



*Justicia*

**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

La versión on line de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en [portaljuridico.lexnova.es](http://portaljuridico.lexnova.es)

### CONSEJO ASESOR

**Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE HUELVA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **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 2010

EDICIÓN	LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
INTERNET	www.lexnova.es
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuyente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

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] **Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios**  
SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS

- [31] **La contratación pública ecológica**  
AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [55] **I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ

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

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

- [117] **IV. FUENTES DEL DERECHO**  
A. MENÉNDEZ REXACH

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

- [137] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**  
M. SÁNCHEZ MORÓN

- [145] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**  
M. REBOLLO PUIG

- [161] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**  
F. LÓPEZ MENUDO

- [173] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**  
F. LÓPEZ MENUDO

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

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

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

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

- [259] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**  
J. TORNOS MAS

- [281] **XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD**  
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

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

### [309] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios

SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Cádiz

## Resumen

### PROPOSICIONES PARA LA ARTICULACIÓN DE LA CARRERA HORIZONTAL DE LOS FUNCIONARIOS

*Una de las novedades más destacadas de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ha sido la introducción de la llamada carrera horizontal de los funcionarios, atendiendo así una sugerencia del Informe de la Comisión de expertos de abril de 2005. Sin embargo, los escasos elementos que suministra el EBEP en relación con el diseño de esta modalidad de la carrera profesional de los empleados públicos son de un carácter*

*eminente dispositivo. Por esta razón, el legislador de desarrollo del EBEP disfruta de un margen de configuración amplísimo, con el consiguiente riesgo para hacer efectiva la movilidad interadministrativa de los funcionarios. En este trabajo se formulan algunas proposiciones con el objeto de orientar la previsiblemente larga y compleja labor de desarrollo del EBEP en este apartado de la carrera profesional.*

## Abstract

### PROPOSALS FOR THE ARTICULATION OF THE HORIZONTAL CAREER OF THE GOVERNMENT EMPLOYEES

*One of the most notable developments Act 7/2007 of 12 April, the Basic Statute of the public employee has been the introduction of the so-called horizontal career of officials attending a suggestion of the report of the Committee of experts from April 2005. However, scarce elements provided by the EBEP in relation to the design of this mode of the career of public employees are*

*an eminently device. For this reason, the legislator of the EBEP development enjoy a very broad, configuration margin with the consequent risk to give effect to the interadministrative mobility of officials. In this work some proposals are formulated to guide the expected long and complex work of the EBEP in this section of the career development.*

## Sumario:

**I. Introducción. II. Definición y fines de la carrera horizontal. III. Ámbito de aplicación y características.** A) Voluntariedad. B) Irreversibilidad. C) Progresividad. D) Apertura. E) Transparencia. **IV. Los escalones de la carrera horizontal.** A) Denominación de los escalones de la carrera. B) Número de escalones. C) Supuesto especial de las Agrupaciones Profesionales. D) La permanencia en cada nivel o escalón. **V. Los elementos de evaluación.** A) Los factores previstos en el EBEP. B) La evaluación del desempeño con factor central. C) Otros factores. conocimientos adquiridos, compromiso con la organización y sanción de demérito. D) Ley y reglamento en la ordenación de los factores a evaluar. **VI. La evaluación en supuestos especiales.** A) Reconocimiento de servicios previos. B) Otros supuestos especiales. **VII. El procedimiento de valoración de la actividad profesional.** **VIII. Los efectos del ascenso de nivel o escalón en la carrera.** A) El complemento retributivo de carrera horizontal. B) Otros efectos asociados a la carrera horizontal. **IX. La aplicación transitoria de la carrera horizontal.**

## I. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, una de las materias en las que se manifiesta el carácter abierto del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) es la carrera profesional. El EBEP –artículo 16.3– establece que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable “en cada ámbito” que “podrán” consistir, “entre otras”, en la aplicación aislada o simultánea de “alguna o algunas” de las siguientes modalidades (y se citan cuatro; carrera horizontal, vertical, y promoción interna vertical y horizontal...)<sup>1</sup>.

De los términos del artículo 16.3 (“podrán”, “entre otras”, de “alguna o algunas”), parece desprenderse que el legislador de desarrollo del EBEP puede optar por incorporar todas o sólo algunas de las modalidades de carrera señaladas, así como puede también optar por incorporar otras no contempladas en el EBEP<sup>2</sup>. El legislador única-

(1) Sobre las bases en el EBEP, vid. L. ORTEGA, “La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, y F. CASTILLO BLANCO, “El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿hasta dónde llegan las Bases?”, ambos trabajos en *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público*, IAAP, Sevilla, 2009.

(2) Podría apuntarse como modalidad no prevista en el artículo 16 del EBEP la llamada promoción cruzada u oblicua, como propuso el G.P Izquierda Unida-IPCV en la tramitación del Proyecto de Ley (enmienda núm. 133), pero dado que

## Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios

mente estaría obligado a establecer un “modelo de carrera profesional”, pero sin que el EBEP aparentemente condicione cuál deba ser, de tal modo que la garantía básica es prácticamente inexistente. Pero, en realidad, el margen de maniobra del legislador no es tan abierto como pudiera parecer.

Así, la *carrera vertical* tendrá que seguir existiendo, por la sencilla razón de que el propio EBEP ordena a las Administraciones a estructurar sus organizaciones a partir de las técnicas de ordenación de puestos de trabajo –artículo 74–. Y si es obligatoria una RPT o instrumento organizativo similar, habrá que prever un sistema de provisión de puestos de trabajo que, de acuerdo con la Constitución, respete los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, y eso es justamente la *carrera vertical*. En definitiva, la *carrera vertical* tendrá que seguir existiendo, pues responde a una necesidad de la propia Administración (unida a exigencias constitucionales)<sup>3</sup>.

De otro lado, la *promoción interna* (al menos, la *vertical*) aun cuando en teoría podría suprimirse, en la práctica es impensable por lo que supone de conquista social de los funcionarios desde que la implantó la Ley de Medidas de 1984. Además, no sólo ha sido interiorizada por los funcionarios, sino que es un instrumento que conviene también a la propia Administración para una eficaz gestión de sus recursos humanos, pues a través de los planes de recursos humanos se pueden articular medidas de *promoción interna* que eviten reclutar personal externo, al tiempo que se incentiva a los funcionarios para que mejoren, de forma sustancial, su formación, beneficiándose la Administración de unos empujados más cualificados. Además, el propio EBEP parece contradecir el supuesto carácter dispositivo, al menos para la *promoción vertical*, cuando en el artículo 18.2 establece Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto “articularán los sistemas para realizar la *promoción interna*” (respecto a la *promoción horizontal* se expresa en el sentido de “podrán”).

Por tanto, en el fondo, la única decisión que puede adoptar el legislador autonómico es la referente a la *carrera horizontal*, pues se trata de un elemento novedoso, aún no consolidado<sup>4</sup>. Pero incluso sobre este aspecto tampoco puede pasarse por alto el hecho de que una vez puesta sobre la mesa la posibilidad por parte del EBEP, difícilmente las organizaciones sindicales van a renunciar en la futura negociación del correspondiente Anteproyecto de Ley a la implantación de la *carrera horizontal*, máxime si alguna Comunidad Autónoma se adelanta (como ya ha hecho la Junta de Extremadura)<sup>5</sup>.

Pero, sobre todo, debe recordarse que la implantación de un sistema de *carrera horizontal* no constituye una mera posibilidad de mejora retributiva para los funcionarios

el indicado artículo refiere la *carrera* a los funcionarios de *carrera*, no procede incluir esta modalidad de *promoción* pues es referible al personal laboral.

(3) De hecho, la existencia de un régimen correcto de provisión de puestos de trabajo constituye un elemento decisivo en cualquier modelo de recursos humanos. Y una organización sólo puede ser altamente eficiente si sabe situar en los puestos de trabajo a los empleados más capacitados. Sobre estas cuestiones, véase M. FÉREZ FERNÁNDEZ, *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*, Diputació de Barcelona, 2006.

(4) Esta modalidad había sido sugerida por el Informe de la Comisión de abril de 2005, si bien ya existían iniciativas en esta línea en algunas Administraciones locales y autonómicas. Véase M. FÉREZ FERNÁNDEZ, *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*, op. cit., p. 62.

(5) Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008.

públicos, sino que por el contrario responde a una necesidad objetiva de nuestro sistema de empleo público. En efecto, con la salvedad (de escasa entidad, por otra parte) de la técnica del grado personal<sup>6</sup>, la única vía de los funcionarios de hacer carrera (al margen de la promoción interna, que se detiene al alcanzar el Grupo A) ha sido hasta el momento la carrera vertical: así toda la carrera profesional se basa en la ocupación sucesiva de diferentes puestos de trabajo<sup>7</sup>. De este modo, si el funcionario no puede conseguir que le revisen al alza la valoración de su puesto de trabajo<sup>8</sup>, la única alternativa que le queda para mejorar su situación profesional es optar a ocupar otros puestos de nivel superior, con independencia de que tenga o no la calificación profesional necesaria e inclusive de sus propias preferencias laborales, abandonando puestos para los que está, tal vez, mejor preparado<sup>9</sup>.

Esta limitación de las opciones de carrera genera en las Administraciones una movilidad artificial y disfuncional, pues los puestos de trabajo comparativamente mal retribuidos acusan un elevado grado de inestabilidad, dado que los funcionarios únicamente permanecen en los mismos el tiempo imprescindible. De este modo, áreas funcionales comparativamente mal retribuidas en la RPT están continuamente vacantes. Asimismo, por efecto de la regla de la “adscripción indistinta” de los puestos de trabajo, el empleado termina desplazándose para otras áreas mejor retribuidas pero para las que, tal vez, tiene menor cualificación y competencia<sup>10</sup>.

Pero es que, además, no siempre es factible para los funcionarios acudir a la carrera vertical. En efecto, en el caso de pequeñas Administraciones e, incluso, de Administra-

(6) De hecho, tras la reforma del grado personal efectuada en 1988, un autor tan significado como A. NIETO, sostiene sin ambages la supresión de la carrera administrativa en nuestro ordenamiento (“La carrera administrativa”, en *Función pública, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, p. 42).

(7) C. ROMÁN RIECHMANN, M. SÁNCHEZ MORÓN, F.J. VELÁZQUEZ LÓPEZ (“Líneas de reforma del empleo público”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 495) señalaron los efectos perversos de este sistema sobre la organización del trabajo.

(8) Y cuando esta revisión no está objetivamente justificada y se lleva a cabo como una simple mejora retributiva negociada colectiva o individualmente, según los casos, son inevitables las disfunciones en la estructura organizativa (inflación de puestos de trabajo al margen del diseño organizativo, estrechamiento de la carrera vertical, proliferación artificial de puestos de singularizados...). A esta cuestión ya se refirió el Consejo de Estado en su dictamen 1489/1998 sobre el Proyecto de Estatuto Básico presentado durante el primer Gobierno del Presidente Aznar: “la utilidad de la carrera administrativa así concebida no tiene como únicos beneficiarios a los propios funcionarios, que tendrán el incentivo de hacer carrera con independencia de la posibilidad de lograr concretos puestos de trabajo para ascender. También las Administraciones Públicas podrán obtener ventajas como frenar la presión que sobre sus estructuras organizativas ha generado la búsqueda de mejoras retributivas a través de la creación de nuevos puestos de trabajo en los niveles superiores”.

(9) Como señalaran C. ROMÁN RIECHMANN, M. SÁNCHEZ MORÓN, F.J. VELÁZQUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 496, esta dinámica unida a la estructura piramidal de las RPT desemboca en la idea de que todo alto funcionario debe llegar a ocupar un puesto directivo como culminación de su carrera (un magnífico asesor puede ser un pésimo directivo), en una especie de espiral absurda.

(10) Todo ello, naturalmente, sin entrar en las insuficiencias y disfunciones del sistema de provisión de puestos de trabajo para garantizar una carrera objetiva. La discrecionalidad en la provisión es obvia en los casos de puestos de trabajo de libre designación, pero también está presente en los cada vez más generalizados concursos específicos. Véase por todos las reflexiones aún plenamente vigentes de L. M. ARROYO YANES, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 429 y ss. Como señala A. PALOMAR OLMEDA (“Derecho a la carrera y promoción interna”, en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 204), el sistema de empleo público previo al EBEP no permite conocer las reglas de ascenso jerárquico.

## Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios

ciones de tamaño medio si se trata de puestos singularizados, es casi imposible optar a otro puesto de trabajo, por lo que el funcionario se ve avocado a permanecer en el mismo puesto de trabajo sin posibilidad de mejora de sus retribuciones<sup>11</sup>.

Debido a estas consideraciones, el Informe de la Comisión de Expertos sugirió la conveniencia de implantar un modelo que permita reconocer al funcionario un ascenso profesional, tanto desde el punto de vista retributivo como de la posición alcanzada en su trayectoria profesional, sin que ello dependa sólo de la ocupación de un puesto de trabajo determinado, sino también de la evaluación del desempeño, de su formación y de otros méritos que en cada caso se determinen: es decir, un sistema de carrera horizontal<sup>12</sup>. En definitiva, se trata de potenciar la carrera profesional pero sin que la misma interfiera en la organización de la Administración.

La cuestión es, por tanto, ¿cómo articular un modelo de carretera horizontal a partir de los escasos elementos y, además, dispositivos suministrados por el EBEP?<sup>13</sup>. A esta finalidad se dedican las reflexiones que siguen. Con carácter previo, debe señalarse que el legislador deberá valorar, en cada caso, los elementos del sistema que es necesario o conveniente integrar en la Ley y cuáles deben remitirse al ulterior desarrollo reglamentario, que en esta materia será ineludible<sup>14</sup>.

Finalmente, debe señalarse que en las sugerencias que siguen se han tenido presente principalmente los desarrollos de la carrera del personal estatutario de los servicios de salud, pues tres años antes de que se aprobara el EBEP la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, obligó a las Comunidades Autónomas a establecer, previa negociación en las mesas correspondientes, mecanismos de carrera profesional para el personal estatutario de sus servicios de salud –artículo 40.1–<sup>15</sup>.

(11) Ello es particularmente presente en relación con los funcionarios propios de las Corporaciones Locales, que ven limitada su carrera a la Corporación Local de la que dependen, debido a la práctica nula movilidad interadministrativa, y aún dentro de la misma Corporación la capacidad de movilidad es frecuentemente mínima, debido a la proliferación de plazas adscritas a la Escala de Administración Especial, con un carácter en no pocos casos rigurosamente singular –“técnicos de gestión cultural”, “deportiva”, de “juventud”, de “consumo”...-. Vid. Jaime FERRI, “Motivación y retribuciones”, en *La gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Ed. Complutense, Madrid, 1996, p. 167.

(12) Este sistema tendría también por efecto frenar la presión que sobre las estructuras organizativas ha generado la búsqueda de mejoras retributivas.

(13) El carácter dispositivo de los elementos enunciados en el artículo 17 se acentuó en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, al pasar la redacción de: “Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera conforme a las siguientes reglas ...”; a “Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas”, producto de la aceptación de la enmienda núm. 455 del G.P. Convergència i Unió. Por lo demás, hubo propuestas más radicales, como la del G.P. Ezquerra Republicana, en la cual sencillamente propuso la supresión de todo el precepto (enmienda núm. 267).

(14) Además, la negociación de esta disposición con las organizaciones sindicales, amén de una exigencia de sentido común, está impuesta por el EBEP –artículo 37.1–.

(15) Previamente, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, constituyó el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios, consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios –artículo 37.1–.

## II. DEFINICIÓN Y FINES DE LA CARRERA HORIZONTAL

A partir de la escueta noción del artículo 16.3.a), puede entenderse por carrera horizontal el derecho de los funcionarios a progresar de escalón, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo o actividad profesional, sobre la base de una evaluación objetiva y reglada. De este modo, desde la perspectiva de los funcionarios, la carrera debe definirse como un derecho individual de los funcionarios, condicionado naturalmente al cumplimiento de los requisitos legales<sup>16</sup>. Asimismo, como se verá seguidamente, la expresión “desarrollo” o “actividad” profesional” se emplea en un sentido amplio, más allá del objeto exclusivo de la evaluación del desempeño.

En este momento inicial conviene añadir que la progresión a un escalón o nivel superior de la carrera horizontal requerirá un período mínimo de permanencia en el escalón anterior, así como la evaluación favorable de los factores establecidos en la Ley, comportando la percepción del correspondiente complemento retributivo de carrera. Pero, además, debería subrayarse que el acceso a un determinado escalón de la carrera horizontal no implicará un cambio del puesto de trabajo ni de la actividad a desarrollar por el funcionario –artículo 16.3.a) EBEP–. De este modo, la progresión en la carrera profesional es independiente de la movilidad y no interfiere la organización administrativa.

Por esta razón, la carrera profesional es también independiente del nivel de responsabilidad jerárquico que se asigne en cada caso al funcionario en virtud del sistema de provisión de puestos de trabajo, siendo ambos compatibles. De este modo se trata de evitar, desde un principio, equívocos sobre el papel y los efectos que la carrera horizontal supone en el conjunto del sistema de carrera profesional. Con todo, la reimplantación de un mecanismo de categorías personales en un sistema como el actual de empleo o puestos de trabajo, puede generar algún tipo de disfunciones<sup>17</sup>.

Al mismo tiempo que la indicada y prevalente dimensión subjetiva de la carrera horizontal, conviene realzar su dimensión institucional, esto es como un instrumento para la mejor gestión de las Administraciones públicas, a partir de la enunciación de sus fines, entre los cuales pueden apuntarse los siguientes: motivar e incentivar al personal; mejorar su competencia profesional; promover y reconocer la excelencia en el desempeño; mejorar la organización y sus resultados; y, en última instancia, aumentar

(16) En este sentido, el propio EBEP declara el derecho del funcionario a la progresión en la carrera profesional mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación –artículo 14.c)–.

(17) El sistema de provisión de puestos de trabajo, al permitir que la RPT asigne un puesto de trabajo a dos grupos profesionales, determinó en su día la superación, no exenta de resistencias e incomprensiones, del tradicional clasismo académico, al posibilitar que un funcionario del Grupo B ocupara un puesto de trabajo más elevado que un funcionario del Grupo A e, incluso, con jefatura sobre el mismo. La cuestión ahora será si se admitirá sin reservas que un funcionario de un escalón o nivel más bajo desempeñe un puesto de trabajo más elevado que un funcionario de categoría, nivel o escalón superior, y con jefatura sobre éste, situación que podrá darse perfectamente al disociarse –como no puede ser de otro modo– la carrera horizontal de la vertical.

la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos<sup>18</sup>. En definitiva, de lo que se trata es de encauzar las legítimas expectativas subjetivas de los empleados en el marco de las necesidades e intereses y de la organización a la que sirven.

### III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Dado que el propio EBEP –artículo 17– reserva la carrera horizontal a los funcionarios de carrera, deben entenderse excluidos a los funcionarios interinos, sin perjuicio de que el tiempo de trabajo previamente prestado en situación de interinidad pueda ser tomado en cuenta para la valoración de los años de permanencia necesarios para acceder a los diferentes escalones de carrera, tal como se señala más adelante. Asimismo, ésta es una diferencia importante en relación con la evaluación del desempeño, la cual es referida a todos los empleados públicos –artículo 20.1 y 2–. Por tanto, podrán acceder al sistema de carrera horizontal los funcionarios de carrera de cualquiera de los Cuerpos y Escalas de la función pública de la Administración de que se trata que se encuentren en situación administrativa de servicio activo<sup>19</sup>.

#### A) Voluntariedad

En nuestra opinión el acceso a la carrera horizontal, al igual que la promoción interna, debe configurarse con carácter voluntario. La obligatoriedad de la carrera horizontal se compadecería mal con la antes indicada configuración como un derecho de los funcionarios. Más aún, la carrera horizontal es, desde la perspectiva de la Administración, un instrumento para la motivación del personal y la mejora de la calidad de los servicios, que no compromete las estructuras organizativas. No se trata de imponer nada, sino de ofrecer incentivos a aquellos empleados que deseen progresar profesionalmente. De este modo, cada funcionario puede determinar su incorporación al modelo y el ritmo de progresión en los distintos escalones que lo configuran<sup>20</sup>. A este respecto, puede señalarse que el propio EBEP –artículo 18.4– establece que las Administraciones públicas adoptarán las medidas que incentiven la participación del personal en los procesos selectivos de promoción interna “y para la progresión en la carrera profesional”.

(18) En este sentido, Ley de Castilla y León 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud –artículo 82.2–.

(19) En el ámbito del personal estatutario de los servicios de salud se contempla, en alguna Comunidad, la posibilidad de que personal estatutario temporal pueda voluntariamente solicitar la evaluación de su desarrollo profesional, si bien los efectos retributivos quedan condicionados a la obtención de la condición de personal estatutario fijo en la categoría evaluada y a partir de la misma. Así, Decreto de la Comunidad de Castilla-La Mancha 66/2007, de 22 de mayo, modificado por Decreto 89/2008, de 24 de junio, por el que se regula el sistema de carrera profesional del personal estatutario sanitario de formación profesional, y del personal estatutario de gestión y servicios, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha –artículo 7.3–.

(20) Por ejemplo, el citado Decreto de la Comunidad de Castilla-La Mancha 66/2007 –artículo 5–. Así se prevé también en el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008.

Se trataría, asimismo, de una diferencia fundamental con la evaluación del desempeño que perfectamente puede tener un carácter preceptivo, dado que el EBEP anuda a la misma consecuencias no sólo retributivas sino también la permanencia en el puesto de trabajo obtenido por concurso –artículo 20.4–.

### **B) Irreversibilidad**

En nuestra opinión, los grados o escalones, una vez adquiridos, deben considerarse consolidados e irreversibles. Aun cuando el EBEP no impone esta consolidación de escalones o grados, parece necesaria para garantizar la seguridad jurídica del sistema de carrera<sup>21</sup>. En efecto, al ser voluntaria la carrera horizontal –tal como se ha señalado– no parece razonable situar a los funcionarios en la tesitura de pedir una evaluación de la cual puede resultar que, lejos de progresar, pueden retroceder de escalón o grado, quedando en peor condición. Esta eventualidad arrojaría serias incertidumbres sobre el colectivo que podrían frustrar su efectividad. Y lo cierto es que el resultado de la evaluación puede suponer un “parón” en la carrera, pero la idea misma de carrera se compadece mal con la eventualidad de un retroceso<sup>22</sup>. Obsérvese, además, que ya el EBEP permite a la Administración la destitución del puesto de trabajo obtenido por concurso por deficiente desempeño en el mismo –artículo 20.4–. Creemos que esta facultad es suficiente instrumento para la adecuada gestión de los recursos humanos, sin que sea preciso trasladar las consecuencias al ámbito subjetivo de la carrera mediante una regresión en la misma.

### **C) Progresividad**

El EBEP –artículo 17.a)– establece que los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad. Sin embargo, entendemos que no es oportuno (al menos, en una primera fase de implantación del sistema) introducir esta posibilidad de obviar la secuencialidad de los ascensos, debido a los efectos perturbadores y de generación de desconfianza en el sistema que puede causar<sup>23</sup>. Lo que sí puede ser de interés incorporar es –como

(21) En este sentido, la enmienda núm. 350 al Proyecto de Ley, presentada por el G.P. Popular en el Congreso, declaraba que el ascenso de categoría supondría la consolidación de la misma con los efectos económicos correspondientes.

(22) Éste es, asimismo, el criterio extendido en el ámbito del personal de los servicios de salud: por ejemplo, Ley de Castilla y León 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud –artículo 83.1–. Y así se prevé también en el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008.

(23) En este sentido, M. FÉREZ FERNÁNDEZ “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna”, en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, S. del Rey Guanter (Dir.), La Ley, Madrid, 2008, p. 280; también en *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, Cemci, Granada, 2007, p. 310, considera potencialmente conflictivo dejar la puerta abierta a ascensos no consecutivos, sin aportar ningún criterio limitativo más allá de una teórica excepcionalidad, recordando nuestra tradición histórica de convertir lo excepcional en regla general. Por su parte, la enmienda núm. 351

se indica más adelante— la posibilidad de acortar los plazos de permanencia en cada escalón o nivel, pero no parece adecuado admitir el salto de escalones o niveles. Asimismo, no puede olvidarse que ya el sistema de carrera vertical permite, mediante el procedimiento de libre designación, obviar las exigencias de permanencia o antigüedad para el desempeño efectivo de los más elevados puestos de trabajo.

### D) Apertura

La doctrina más autorizada ha apuntado que la legislación de desarrollo del EBEP puede determinar un número o cupo máximo de ascensos posibles en cada momento, lo que implica que el proceso de valoración sea de concurrencia competitiva, con objeto de lograr la selección de los mejores<sup>24</sup>. No obstante, en nuestra opinión, para seleccionar a los más capacitados ya existe tanto la carrera vertical (a través del sistema de provisión de puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios enunciados en el artículo 78.1 EBEP) como la promoción interna (necesariamente limitada a las vacantes que se convoquen en cada caso, y que por ello opera también mediante procesos selectivos —artículo 18.1 EBEP—). Por el contrario, el sistema de carrera horizontal entendemos que debe configurarse como un sistema abierto, de tal modo que a todo funcionario que obtenga una valoración favorable (otra cosa será el nivel de exigencia que se fije) debe reconocérsele derecho al ascenso a la categoría correspondiente, sin necesidad de competir con los funcionarios de su grupo o subgrupo profesional (el cual, asimismo, puede ser extraordinariamente heterogéneo, diversificado en múltiples cuerpos, escalas, especialidades y demás agrupaciones de funcionarios)<sup>25</sup>.

### E) Transparencia

El escalón o grado obtenido por cada funcionario debe ser público y constar en el expediente personal del interesado<sup>26</sup>. Se considera importante garantizar la transparencia en este proceso, para evitar que se generen desconfianzas en el mismo<sup>27</sup>. Asimismo, el criterio de transparencia está expresamente contemplado en el EBEP

al Proyecto de Ley, presentada por el G.P. Popular en el Congreso, exigía la superación de pruebas selectivas para admitir este ascenso *per saltum*.

(24) M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 2008, p. 155.

(25) En este sentido, el Decreto de la Comunidad de Castilla-La Mancha 66/2007, de 22 de mayo, modificado por Decreto 89/2008, de 24 de junio, por el que se regula el sistema de carrera profesional del personal estatutario sanitario de formación profesional, y del personal estatutario de gestión y servicios, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, establece que el número de profesionales que pueden acceder a cada grado no está previamente limitado —artículo 5—. Y, de forma más abreviada, la Ley de Castilla y León 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud declara el carácter abierto de la carrera profesional —artículo 83—.

(26) Así, por ejemplo, el citado Decreto de la Comunidad de Castilla-La Mancha 66/2007 —artículo 5—.

(27) Así, por ejemplo, se establece en el Decreto 66/2007 de la Comunidad de Castilla-La Mancha para el personal estatutario del servicio de salud.

en relación con los sistemas de evaluación del desempeño –artículo 20.2– (presupuesto del sistema de carrera horizontal), y constituye un principio general del EBEP –artículo 1.3.h)–<sup>28</sup>.

A este objeto, se sugiere explicitar un compromiso de la Administración correspondiente en el establecimiento de los medios oportunos para garantizar que los funcionarios de carrera puedan conocer periódicamente cuál es la situación de su expediente de carrera profesional y, en particular, cuál es su puntuación en cada una de las áreas de evaluación.

#### IV. LOS ESCALONES DE LA CARRERA HORIZONTAL

##### A) Denominación de los escalones de la carrera

Como sucede con otras instituciones, el EBEP renuncia a imponer una terminología, de modo que se refiere de modo abierto a “un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso” –artículo 17.a)–, “u otros conceptos análogos” –artículo 16.3.a) y disposición adicional décima–<sup>29</sup>. El término de grado, que es el utilizado en el sistema de carrera profesional del personal de los servicios de salud, se presta a confusión con el grado personal vigente aún. Asimismo, la voz “categoría” presenta una connotación clasista<sup>30</sup>. Por ello, puede ser preferible emplear el término “escalón”, por ser meramente descriptivo, u otro similar, como el de nivel<sup>31</sup>. Tampoco parece necesario adoptar denominaciones específicas para cada nivel, como se hace en algún ámbito<sup>32</sup>. Amén de lo arbitraria que puede llegar a ser la terminología, entendemos que puede ser perturbadora incluso para la organización administrativa, en la que debe prevalecer la jerarquía derivada del puesto de trabajo que en cada caso se desempeñe. Por ello, sugerimos una terminología exclusivamente numérica que soslaye calificativos adicionales.

(28) En este sentido, la enmienda núm. 351 al Proyecto de Ley, presentada por el G.P. Popular en el Congreso, declaraba que los procedimientos para evaluar la carrera deberían respetar los principios de publicidad y transparencia.

(29) Así, se habla de oferta de empleo público “o (...) de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal” –artículo 70.1–. Se habla de relaciones de puestos de trabajo “u otros instrumentos organizativos similares” –artículo 74–. Se habla de cuerpos, escalas, especialidades “u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo” –artículo 75.1–.

(30) Éste era el término que empleaba el anteproyecto de estatuto básico que sirvió de precedente.

(31) El término “nivel” es el que utiliza el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008.

(32) El Decreto de la Comunidad Valenciana 66/2006, de 12 de mayo, del Consell, por el que se aprobó el sistema de carrera profesional en el ámbito de las Instituciones Sanitarias de la Conselleria de Sanidad, diferencia: G1, Adjunto; G2, Experto; G3, Referente; G4, Consultor.

### B) Número de escalones

El sistema de carrera horizontal comporta necesariamente la asignación de un número de niveles o escalones para cada grupo y, en su caso, subgrupo profesional<sup>33</sup>. Pero a partir de aquí las posibilidades que se abren son múltiples. De entrada, es evidente que la determinación del número de niveles o escalones por Grupo y, en su caso, subgrupo profesional, es una decisión ampliamente discrecional. Asimismo, nada obliga a establecer el mismo número de niveles para todos los grupos y subgrupos. De hecho, puede ser razonable que los grupos superiores (sobre todo el A1) tengan un mayor número de niveles, pues parece lógico que en los grupos inferiores, la carrera horizontal debe conjugarse con la promoción interna (sobre todo, vertical), mientras que para los funcionarios del Grupo A1 no cabe ya promoción interna (al menos, vertical). No obstante, al menos en una primera fase, puede ser prudente fijar un número igual de niveles o escalones para todos los Grupos y subgrupos profesionales.

A este respecto, puede señalarse que el criterio establecido en los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud consiste en establecer cuatro niveles, más uno inicial, previo o de acceso, el cual no comporta efectos retributivos pues no presupone evaluación alguna (artículo 38 de la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias)<sup>34</sup>. No obstante, este sistema de cinco niveles puede generar un excesivo escalonamiento. No debe olvidarse que en el ámbito general del funcionariado la carrera horizontal se combina con la vertical. Por este motivo, estimamos que con tres escalones más uno inicial o de acceso puede ser suficiente<sup>35</sup>. En todo caso, debe señalarse que el nivel inicial o de acceso (nivel 0) no conlleva ni evaluación ni complemento retributivo de carrera<sup>36</sup>.

### C) Supuesto especial de las Agrupaciones Profesionales

Como es sabido, el EBEP no sólo posibilita el mantenimiento transitorio del antiguo Grupo E (disposición transitoria tercera), sino que además admite que junto a los grupos clasificatorios establecidos en el artículo 76 del Estatuto, las Administraciones Públicas puedan establecer otras agrupaciones diferentes, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo (disposición adicional séptima). En el caso de que la Ley autonómica opte por mantener

(33) La enmienda núm. 350 del G.P. Popular en el Congreso establecía que el número de categorías por Grupo profesional no podía exceder de ocho, si bien admitía la subdivisión de las categorías en escalones a efectos meramente retributivos. De este modo, se recuperaba la propuesta contenida en el Proyecto de Estatuto Básico presentado durante el primer Gobierno del Presidente Aznar.

(34) Éste es también el criterio adoptado en el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008.

(35) Así, se prevé por ejemplo en el actual borrador del Gobierno para el personal docente e investigador de las Universidades.

(36) Debe recordarse que el propio EBEP establece que la carrera profesional de los funcionarios de carrera se iniciará en el grado, nivel, categoría, escalón y otros conceptos análogos correspondientes a la plaza inicialmente asignada al funcionario tras la superación del correspondiente proceso selectivo, que tendrán la consideración de mínimos. A partir de aquéllos, se producirán los ascensos que procedan según la modalidad de carrera aplicable en cada ámbito (disposición adicional décima).

estas agrupaciones profesionales (y, al menos, transitoriamente lo debe hacer), consideramos oportuno que para estas agrupaciones el recorrido de la carrera horizontal sea sustancialmente más breve (por ejemplo, reducir los niveles de tres a dos). La justificación obedece a que en estos casos lo prioritario debería ser que los funcionarios que pertenezcan a estas agrupaciones alcancen una titulación académica que le permita promocionar, como prevé el propio EBEP (disposición adicional séptima)<sup>37</sup>. En definitiva, se sugiere que para el caso específico de las agrupaciones profesionales para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo, los niveles o escalones de la carrera horizontal sean en número inferior a los fijados para los grupos y subgrupos profesionales.

### D) La permanencia en cada nivel o escalón

Es inherente al sistema de niveles o escalones la permanencia en cada nivel o escalón durante un plazo mínimo antes de poder optar a ascender al superior<sup>38</sup>. De este modo, la antigüedad pasa a constituir un presupuesto de la valoración pero no un mérito a valorar.

A este respecto, la determinación de los plazos de permanencia ofrece múltiples opciones: la más sencilla consiste en fijar un plazo idéntico para todos los grupos y subgrupos, así como para todos los niveles o escalones de cada grupo y subgrupo. Sin embargo, no es necesario que el tiempo de permanencia sea idéntico para todos los grupos y subgrupos. Así, por ejemplo, podría diferenciarse entre grupos superiores (los de titulación universitaria) y el resto, en el sentido de que los plazos de los grupos superiores sean más prolongados, si bien no parece aconsejable esta distinción debido a las posibles quejas derivadas del distinto trato en función del grupo o subgrupo profesional. Más plausible sería fijar para los escalones o niveles superiores de cada grupo o subgrupo unos períodos más dilatados que para los inferiores, tal como se efectúa en algunos servicios de salud<sup>39</sup>.

(37) En este sentido, puede observarse que en algún caso se prevé que, para determinadas categorías de personal estatutario de gestión y de servicios, el reconocimiento podrá articularse en menos niveles (Ley Comunidad de Castilla y León 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud –artículo 84.1–).

(38) La enmienda núm. 351 del G.P. Popular en el Congreso al Proyecto de Ley establecía que se fijará un período de permanencia mínimo y obligatorio en cada categoría.

(39) La Ley de Castilla y León 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud establece que el tiempo mínimo de permanencia en cada grado será de cinco años –artículo 84–. En cambio, en otras Comunidades Autónomas los plazos varían en función del grado o nivel: en la C. Valenciana (Decreto 66/2006, Decreto 85/2007 y Decreto 173/2007), es como sigue: el grado 1 requiere permanencia durante al menos 5 años en el nivel de base 0; el grado 2 del personal de los grupos A y B, durante al menos 5 años en el nivel 1; el grado 3 del personal de los grupos A y B, durante al menos 6 años en el nivel 2; el grado 4 del personal de los grupos A y B, durante al menos 6 años en el nivel 3. Por su parte, en la Comunidad Islas Canarias (Decreto 421/2007, de 26 de diciembre) se establecen los siguientes períodos mínimos de permanencia: grado 1º: 5 años; grado 2º: 5 años; grado 3º: 6 años; grado 4º: 7 años. Además en la de Comunidad de Castilla-La Mancha, (Decreto 66/2007, de 22 de mayo, modificado por Decreto 89/2008, de 24 de junio): Grado I: 5 años; Grado II: 5 años, desde el acceso al grado I; Grado III: 7 años, desde el acceso al grado II; Grado IV: 7 años, desde el acceso al grado I.

## Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios

En todo caso, la carrera horizontal, conjugada en su caso con la promoción interna, debería tener un recorrido suficiente para colmar las expectativas de ascenso profesional de un funcionario medio (aproximadamente unos veinte años de recorrido). Y, en nuestra opinión, para simplificar el sistema y no generar más complejidad, los plazos de permanencia deberían ser idénticos para todos los grupos y subgrupos y, o bien también idénticos para todos los escalones o niveles, o establecer una duración algo más prolongada en los niveles superiores (por ejemplo, cinco años en los niveles 0 y 1 para el acceso a los niveles 1 y 2, respectivamente; y seis años de permanencia en el nivel 2 y, en su caso, 3, para el acceso a los niveles 3 y 4). En todo caso, parece conveniente que sea la Ley de desarrollo del EBEP la norma que fije estos plazos de permanencia, sin perjuicio de lo que se indica más adelante.

En efecto, consideramos conveniente que la Ley contemple la posibilidad de que una evaluación “significativamente” positiva (el ulterior desarrollo reglamentario deberá traducir esta condición en términos cuantitativos) permita reducir el tiempo de permanencia (un año, tal vez dos) para el acceso a los niveles superiores, lo cual creemos que puede incentivar la excelencia en el desempeño profesional. No obstante, parece prudente que esta reducción del tiempo de permanencia tenga fijado un límite, es decir, que por muy alta que sea la evaluación deba permanecerse en un plazo mínimo en el nivel o escalón correspondiente, pues de lo contrario esta vía equivaldría a un ascenso *per saltum*, desaconsejado más arriba<sup>40</sup>.

### V. LOS ELEMENTOS DE LA EVALUACIÓN

#### A) Los factores previstos en el EBEP

En relación con la evaluación a efectos de la carrera horizontal de los funcionarios, el artículo 17.b) EBEP establece: “Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida”<sup>41</sup>. En todo caso, la aparente vinculación de los criterios enunciados (“se deberá”) no

(40) En este sentido, en la C. Valenciana el propio Decreto 66/2006, modificado en este aspecto por Decreto 173/2007, de 5 de octubre, prevé un acceso anticipado (“abreviado” dice la norma) a los niveles 3 y 4 para aquellos empleados públicos que hubiesen alcanzado una alta valoración en el acceso a los niveles 1 y 2: si la valoración es alta se reduce de seis meses a un año el tiempo de permanencia necesario para pasar al nivel 3, y si la valoración es muy alta, la reducción se duplica, aplicándose como máximo un año de reducción en el tiempo de permanencia necesario para pasar al nivel 3 y aplicándose la reducción restante al tiempo de permanencia necesario para pasar al nivel 4.

(41) El Informe de la Comisión de expertos de abril de 2005 había sugerido vincular la progresión entre las diferentes categorías a la acreditación de determinados grados de competencias profesionales: “La promoción horizontal debe estar vinculada en estos casos al desarrollo de las competencias relacionadas con el puesto de trabajo, manifestado en el rendimiento del empleado y acreditado en la forma específicamente previsto para ello”. En este sentido el Proyecto de Ley vinculaba la carrera horizontal al desarrollo de las competencias del puesto de trabajo y al rendimiento, evaluado y acreditado –artículo 16.a)–. Y, de hecho, la propia exposición de motivos del EBEP alude a esta idea: “Pero, a su vez, resulta necesario facilitar la promoción interna de todos los empleados que adquieran las competencias y requisitos necesarios para progresar en su carrera”. Sin embargo, el concepto de competencias no aparece después en la articulación (es un decir) de la carrera. Sobre esta cuestión, véase M. FÉREZ FERNÁNDEZ, “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna”, en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, S. del Rey Guanter (Dir.), La Ley, Madrid, 2008, pp. 282 y ss.

es tal, pues el precepto va precedido de un designio claramente abierto (“pudiendo aplicar, entre otras (...)”<sup>42</sup>).

– “Trayectoria y actuación profesional”. Parece referirse el EBEP a puestos de trabajo desempeñados (algo similar a la experiencia profesional tal como se valora en los concursos de provisión de puestos de trabajo), pero la expresión “actuación profesional” parece comportar una evaluación. Asimismo, la referencia a la experiencia adquirida se repite al aludir el EBEP a otros méritos y aptitudes.

– “Calidad de trabajos realizados”. Dado que habla de “calidad” y no de cantidad, de nuevo parece implícita la idea de evaluación.

– “Conocimientos adquiridos”. Éste sí es un elemento con identidad propia, y que generalmente se traduce en la asistencia y participación en actividades de formación continua acreditadas.

– “Resultado de la evaluación del desempeño”. Aquí debe entenderse que el EBEP se remite a los sistemas de evaluación del desempeño que el mismo texto legal ordena –artículo 20.1–. Parece una duplicidad de los dos primeros conceptos indicados.

– “Otros méritos y aptitudes”. Aun cuando el EBEP parece configurar estos elementos como específicos de determinadas funciones, nada impide que la Ley de desarrollo los configure de modo general. Así, en relación con los “méritos”, pueden tenerse en cuenta conceptos tales como títulos académicos o docencia en materias relacionadas con su competencia profesional. Con todo, conviene referirse a dos posibles elementos: la antigüedad y el grado personal.

Aunque el texto definitivo del EBEP omite la referencia a la antigüedad como mérito (que sí figuraba en el Proyecto de Ley<sup>43</sup>), dado el carácter meramente enunciativo o indicativo del EBEP en este punto nada impediría a las Leyes de desarrollo del mismo su recepción. No obstante, no se considera oportuna la acogida de este factor como mérito. El elemento de la antigüedad ya se incorpora mediante el sistema de plazos de permanencia en cada escalón, pero no debería constituir por sí solo un mérito añadido<sup>44</sup>.

(42) Por ello no se comparte la interpretación de A. PALOMAR OLMEDA (“Derecho a la carrera y promoción interna”, en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 219 y 220) que llega a afirmar el carácter taxativo de los criterios fijados en el EBEP. Con todo, debe señalarse que el Proyecto de Estatuto Básico presentado durante el primer Gobierno del Presidente Aznar renunciaba por completo a regular los criterios de ascenso. Vid. L.M. ARROYO YANES, “La ordenación jurídica de la carrera administrativa ante su reforma”, *El Estatuto de la Función Pública ¿La reforma adecuada?*, Actas del II Congreso sobre Función Pública, Fundación Genesian, Sevilla, 1999, pp. 70 y ss.

(43) La antigüedad también figuraba en la enmienda núm. 351 al Proyecto de Ley, presentada por el G.P. Popular en el Congreso. El criterio de la antigüedad fue suprimido a partir de la enmienda núm. 511 del propio G.P. Socialista. Lo cierto es que ya el Informe de la Comisión de abril de 2005 había señalado que nada sería peor que vincular la progresión en la carrera, sustancialmente, al criterio formal (y desmotivador) de la antigüedad (p. 107).

(44) Como señala M. SÁNCHEZ MORÓN (*Derecho de la función pública*, Tecnos, 5.ª ed., 2008, p. 155), la actitud pasiva del funcionario no puede llevar a un ascenso automático de categoría por el transcurso del tiempo, posibilidad ésta que hubiera distorsionado por completo la finalidad modernizadora que la reintroducción de la carrera horizontal tiene en el EBEP. Sobre los llamados turnos por antigüedad para el ascenso en la legislación histórica sobre función pública, véase por todos A. GUTIÉRREZ REÑÓN, “La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas”, *Documentación Administrativa*, núm. 210 y 211, 1987, pp. 42 y ss.

De otro lado, la gran cuestión a determinar en este apartado puede ser la consideración o no como mérito del actual *grado personal* consolidado. Dado que el grado personal no constituye ya una determinación básica, el legislador de desarrollo del EBEP puede decidir por mantener esta figura, como un mecanismo de consolidación de las retribuciones complementarias ligadas al puesto de trabajo (todas o una parte), y, en cuyo caso, puede ser utilizado como mérito en la valoración de la carrera profesional. En nuestra opinión, sin embargo, sería aconsejable, para evitar confusión y duplicidades, su supresión. En efecto, no se compadece bien con el espíritu modernizador que anima el diseño de la entera carrera profesional en el EBEP mantener un elemento de progresión o ascenso que se adquiere por una suerte de usucapión de niveles de puestos de trabajo<sup>45</sup>. Podrá decirse que, al fin al cabo, el grado personal únicamente genera un limitado efecto retributivo (de consolidación del complemento de destino), sin garantía de puestos de trabajo a desempeñar, pero no será menos cierto que lo mismo sucederá, de forma directa, con la carrera horizontal<sup>46</sup>. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la garantía de los derechos retributivos ordenada en el EBEP –disposición transitoria primera–.

### **B) La evaluación del desempeño con factor central**

En nuestra opinión, aun cuando los conceptos manejados por el EBEP son ciertamente confusos y, al menos en parte, reiterativos, creemos que puede afirmarse que la evaluación del desempeño en sentido estricto forma parte de la evaluación a efectos de la carrera horizontal, de la cual es justamente premisa ineludible –artículo 20.5 EBEP–. Además, el propio EBEP –artículo 20.3– establece que las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación del desempeño en la carrera profesional horizontal.

De hecho, aun cuando no lo estableciera el EBEP, se trataría de un criterio impuesto por un elemental principio de eficiencia en la gestión pública (en el sentido de no duplicar los procesos de evaluación de la actividad profesional). Por tanto, la evaluación de la carrera horizontal integra a la evaluación para el desempeño, pero incluye también la evaluación de otros elementos o factores ligados al desarrollo profesional del funcionario. Y, por ello, dicho sea de paso, parece razonable entender que la evaluación del desempeño y la evaluación a efectos de la carrera horizontal se mueven en tiempos diversos: más breves los de la evaluación del desempeño, y más amplios, comprensivos de varios de los anteriores, los de la evaluación a efectos de la carrera horizontal.

(45) Como señala F. DE MIGUEL PAJUELO “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”, en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 176, valorar la experiencia del funcionario por el nivel del puesto más alto ocupado en su vida profesional podría ser un sistema razonable si la provisión de puestos respondiera adecuadamente a los principios de mérito y capacidad. Es decir, si sólo sirvieran para consolidar el grado los puestos obtenidos por concurso, cuando lo cierto es que los puestos con niveles más altos se adscriben, por regla general, al procedimiento de libre designación.

(46) Además, debe recordarse que el grado personal constituye un mérito a valorar en los concursos de provisión de puestos de trabajo (de hecho, el primer mérito previsto en el Reglamento General de Ingreso y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado –artículo 44.1.a)–, mérito que previsiblemente debería ser sustituido por el nivel o escalón de la carrera horizontal.

Más aún, creemos que puede afirmarse que la evaluación del desempeño no sólo forma parte del proceso de valoración de la trayectoria profesional a efectos de la carrera horizontal, sino que constituye el principal elemento de valoración<sup>47</sup>. Y ello no sólo porque la evaluación del desempeño, al medir y valorar la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados –artículo 20.1–, puede englobar también a las referencias que el EBEP formula a la actuación profesional y a la calidad de los trabajos realizados, sino sobre todo debido a que supone evaluar el elemento nuclear en la ejecutoria profesional del funcionario mediante sistemas de evaluación que deben adecuarse, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación –artículo 20.2 EBEP–. En definitiva, defendemos que la evaluación del desempeño correspondiente al período objeto de valoración constituya el elemento central o principal en la valoración a efectos de la carrera profesional. Y, en tal sentido, la norma reglamentaria que determine el baremo correspondiente debería asignar a los resultados de la evaluación del desempeño el factor con más peso<sup>48</sup>.

### C) Otros factores: conocimientos adquiridos, compromiso con la organización y sanción de demérito

Asimismo, nos inclinamos por simplificar las múltiples referencias del EBEP y tipificar legalmente tres elementos o factores de valoración: los resultados de la evaluación del desempeño (ya examinados), los conocimientos adquiridos y el compromiso con la organización<sup>49</sup>. En cuanto a los conocimientos adquiridos, se trata de un factor

(47) En este sentido, F. DE MIGUEL PAJUELO (*op. cit.*, p. 183) señala que la evaluación del desempeño es el elemento esencial para el ascenso en el sistema de carrera. Asimismo, ya en relación con el Proyecto de Ley presentado durante la primera legislatura de los Gobiernos de Aznar, C. ROMÁN RIECHMAN había defendido la evaluación del desempeño como elemento “fundamental” para la valoración de los méritos a efectos de carrera, *El Estatuto de la Función Pública ¿La reforma adecuada?*, Actas del II Congreso sobre Función Pública, Fundación Genesian, Sevilla, 1999, p. 52.

(48) De este modo, se “rentabiliza” el ingente esfuerzo de gestión que supondrá la implantación de los sistemas de evaluación del desempeño, pues sus consecuencias retributivas serán considerables: directamente la evaluación determinará las retribuciones complementarias ligadas a la actual productividad, pero además constituirá el elemento central para retribuciones vinculadas a la carrera.

(49) En tal sentido, en el ámbito de la salud, a partir de la disposición del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, según la cual la carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su “desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios” (artículo 40.2 Ley 55/2003, y, de modo similar, artículo 37.1 Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias), las normas de las Comunidades Autónomas vienen fijando tres áreas de evaluación comunes para todos los profesionales. a) Actividad profesional: valora la experiencia, el esfuerzo personal y la calidad profesional. Para su evaluación se tendrá en cuenta, en cada nivel, el tiempo de permanencia en el nivel correspondiente y el cumplimiento de objetivos previamente fijados medidos mediante indicadores objetivables y referidos a la actividad y calidad profesional. Asimismo, la evaluación de la actividad profesional se realiza, de acuerdo con el principio de eficiencia, a partir del complemento de productividad variable, de tal manera que se considera que el personal ha cumplido los objetivos profesionales en un determinado año si, durante el mismo, ha devengado alguna cantidad en concepto de productividad variable o sistema de retribución en función del cumplimiento de objetivos implantado. b) Adquisición de conocimientos: se valora la asistencia a actividades de formación continua y continuada relacionadas con el ejercicio profesional en la Administración, siempre que estén acreditadas oficialmente. Se valorará la asistencia a cursos, doctorado, aprendizaje de nuevas técnicas, etc., siempre y cuando incida positivamente en una formación acreditada. La evaluación se realizará conforme al oportuno baremo que se deberá aprobar en las disposiciones de desarrollo de la presente norma. Es lo que otras normas llaman capacitación profesional (Decreto 421/2007 de la Comunidad Islas Canarias). c) Compromiso con la organización: valora la participación voluntaria en programas de mejora de la calidad, participación en comisiones técnicas o comités internos, proyectos institucionales, grupos de expertos, equipos de investigación, grupos de calidad y acreditación, ejercicio de puestos directivos o de

sobre el que existe una amplia experiencia de valoración tanto en relación con los concursos para la provisión de puestos de trabajo como en los procedimientos de promoción interna. Básicamente, la adquisición de conocimientos valorará la asistencia con aprovechamiento del funcionario a actividades de formación continua y continuada relacionadas con el ejercicio profesional en la Administración, siempre que estén acreditadas oficialmente.

Asimismo, en la referencia del EBEP a “aptitudes” creemos que entraría el grado de compromiso del funcionario con la organización, el cual debería valorar la participación voluntaria del funcionario en programas de mejora de la calidad de los servicios públicos, procesos innovadores y de buenas prácticas en aras de la excelencia, entre otras acciones. En todo caso, convendría dejar abierto (“entre otras acciones”) este factor para permitir la inclusión de otras actuaciones, tales como participación en comisiones técnicas o comités internos, proyectos institucionales, grupos de expertos, el ejercicio de funciones de coordinación y supervisión que no formen parte del contenido del puesto de trabajo, participación en tribunales de selección o comisiones de provisión, entre otras.

De otro lado, en el sentido justamente opuesto, debe tenerse en cuenta que el EBEP ha introducido la sanción disciplinaria consistente en el demérito, “que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria” –artículo 96.1–. Por ello, la imposición de una sanción, que deberá entenderse firme en vía administrativa, de demérito deberá constituir un factor negativo a efectos de valoración de la carrera horizontal.

### D) Ley y reglamento en la ordenación de los factores a evaluar

En nuestra opinión, la Ley deberá definir los conceptos, elementos o áreas de evaluación, pero remitiéndose al desarrollo reglamentario en lo que se refiere al peso específico que cada área de evaluación tendrá en los distintos grupos y, en su caso, niveles, mediante el baremo que habrá de diseñarse al efecto. Además, parece conveniente dejar abierta la posibilidad de que por norma reglamentaria puedan incluirse otros méritos. Así, por ejemplo, en funcionarios del Grupo A (sobre todo A1), puede ser interesante valorar también como méritos determinadas actividades de docencia e investigación directamente relacionadas con su competencia profesional<sup>50</sup>.

coordinación y supervisión y, en general, el desarrollo de actividades que contribuyan de forma efectiva a la mejora de la actividad profesional en Salud Pública.

(50) En este sentido, F. DE MIGUEL PAJUELO, “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”, en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 183, señala que no existe ningún impedimento para que los criterios que determinan el ascenso puedan variar de unas carreras a otras o la ponderación de los mismos pueda ser diferente. O incluso, dentro de una misma carrera la ponderación de los criterios puede ser distinta para el ascenso de unos grados o categorías a otros. En tal sentido, en el ámbito del personal estatutario de los servicios de salud, como es lógico, el peso de los factores es diferente según se trate de personal de gestión y servicios o de personal sanitario, y, dentro de éste, según se trate de personal sanitario de Formación Profesional o personal estatutario de formación universitaria. Así, artículo 85 de la Ley de Castilla y León 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud.

Asimismo, en lugar de establecer un único baremo para todos los grupos y subgrupos de clasificación profesional, la Ley puede permitir que puedan introducirse diferencias en la cuantificación de los méritos entre el Grupo A (que requiere titulación universitaria) y el resto de los grupos<sup>51</sup>. Así, por ejemplo, parece razonable que el factor de adquisición de conocimientos tenga más peso en el Grupo A, al tratarse de profesionales de titulación universitaria que requieren una actualización continuada de la formación, que en el resto de los Grupos, en los que si bien debe contemplarse puede tener menor peso específico. Otra cosa será, naturalmente, el nivel de exigencia que se establezca para la obtención de una valoración favorable en cada grupo y subgrupo, aspecto éste extraordinariamente delicado, pues es tan contraproducente fijar un nivel excesivamente bajo, que convierta el proceso en un mero trámite, como fijar un nivel inalcanzable para la mayoría de los funcionarios, lo cual generaría una inevitable frustración y conflictividad<sup>52</sup>.

En todo caso, será precisa la remisión al desarrollo reglamentario para que traduzca los criterios previstos en la Ley, y otros que puedan añadirse, en términos cuantificables<sup>53</sup>. Asimismo, puede considerarse la conveniencia de añadir la regla, de sentido lógico, según la cual los méritos considerados en cada evaluación positiva no podrán utilizarse nuevamente para acceder a otro grado o nivel<sup>54</sup>.

## VI. LA EVALUACIÓN EN SUPUESTOS ESPECIALES

### A) Reconocimiento de servicios previos

Aun cuando el acceso a la carrera horizontal se reserva —como se ha dicho— a los funcionarios de carrera, parece razonable que los servicios previamente prestados, en el sentido de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, o en otro más restringido que se establezca al efecto, puedan ser computados también a estos efectos<sup>55</sup>. Además, debe recordarse que la evaluación del desempeño se aplica a los funcionarios interinos,

(51) En este sentido, en el ámbito de la salud las áreas de evaluación no son idénticas para todos los grupos, sino que se establecen algunos matices diferenciadores entre los grupos superiores (A y B) y el resto (C, D y E). En concreto, a las tres áreas de evaluación antes reseñadas, las normas de las Comunidades Autónomas añaden una cuarta para los Grupos A y B, consistente en la actividad docente e investigadora, en la que se considera la participación en programas de formación continuada acreditada, participación como colaboradores en trabajos de investigación y publicaciones científicas en las líneas de Salud Pública priorizadas por la Administración y la contribución a los programas de actualización y formación profesional en el ámbito de su área de conocimiento.

(52) Otra cuestión adicional es la conveniencia de que los elementos a considerar en la evaluación sean actualizados a través de la revisión periódica, de manera que respondan a la realidad y necesidades cambiantes de la organización.

(53) Así, en el ámbito de los servicios de salud las normas reglamentarias determinan el número de créditos máximos que se pueden obtener en cada grado por cada uno de los factores así como el número mínimo de créditos necesarios para el acceso a cada grado.

(54) Así, Decreto 66/2007, de 22 de mayo, Comunidad de Castilla-La Mancha —artículo 9.2—.

(55) Así se prevé también en el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008.

pues es general para todos los empleados públicos. Por tanto, la Ley de la función pública deberá establecer que el tiempo de servicios prestados previamente a la adquisición de la condición de funcionario de carrera en la Administración correspondiente será tomado en cuenta para la valoración de los años de permanencia necesarios para acceder a los diferentes niveles de carrera horizontal en los términos recogidos en las correspondientes disposiciones de desarrollo.

Con todo, el principal problema que habrán de resolver las normas de desarrollo del EBEP es el relativo al personal que proceda de prestar servicios en otra Administración pública, distinta de la Administración en la que solicita la evaluación a efectos de carrera horizontal. A este respecto, es claro que el principio de promoción de la movilidad interadministrativa reclamará la previsión de criterios de homologación entre los sistemas de carrera profesional de las distintas Administraciones públicas. De hecho, el propio EBEP –artículo 84.2– prevé que la Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad<sup>56</sup>. Pero a falta de acuerdos a nivel de Conferencia Sectorial, no cabe descartar la posibilidad de llegar a convenios interadministrativos en esta materia. En definitiva, el tiempo de servicios previamente prestados en otra Administración Pública deberá ser tomado en cuenta conforme a los criterios de homologación de los sistemas de carrera que se acuerden en la Conferencia Sectorial de Administración Pública o mediante convenio con otras Administraciones Públicas.

Ahora bien, en lo que se refiere a los funcionarios en situación de servicio en otras Administraciones Públicas que reingresen al servicio activo en la Administración de origen, el EBEP –artículo 88.4– deja claro que en defecto de Convenios o instrumentos de colaboración, la Administración en la que se produzca el reingreso *debe* realizar el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva. Además, aun cuando no se tratase de un precepto básico del Estado, se trataría de una medida más que aconsejable para ofrecer a los funcionarios propios, pues supone garantizar la efectividad del posible reingreso de los funcionarios a la Administración de origen.

### **B) Otros supuestos especiales**

En relación con los funcionarios en situación de servicios especiales, debe recordarse que el EBEP –artículo 87.2– declara que el tiempo que permanezcan en tal situación

(56) Mediante Resolución de 29 de enero de 2007 de la Dirección General Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad, se acordó publicar el “Acuerdo por el que se fijan los criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud”, BOF de 27 de febrero de 2007, núm. 50. En virtud de este acuerdo, los servicios de salud reconocerán de manera automática los grados de carrera acreditados por un profesional en otro servicio de salud (grado inicial por inicial, grado I por el I, etc.), referidos a la misma especialidad, categoría profesional o grupo de titulación. No obstante, el régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de los grados que se hayan reconocido con carácter automático, así como los efectos correspondientes, será el establecido en el sistema de carrera del servicio de salud de destino. Además, se establece que los servicios de salud, a los efectos de reconocimiento de nuevos grados, establecerán en sus sistemas de carrera los mecanismos necesarios para valorar los períodos, méritos o servicios prestados desde la obtención del último grado de la carrera reconocido, con independencia del servicio de salud en el que se hubieran desarrollado.

“se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación”. La cuestión es, evidentemente, cómo valorar el tiempo de permanencia en esta situación a efectos de carrera. Finalmente, no queda otra alternativa que acudir a algún tipo de ficción legal, en el sentido de presumir que durante el período que dure dicha situación administrativa la actividad profesional y el compromiso con la organización se han cumplido plenamente.

De modo similar sucede en los casos de funcionarios en situación de excedencia por cuidados de familiares y de funcionarias en situación de excedencia por razón de violencia de género, pues el EBEP –artículo 89.4– establece que el tiempo de permanencia en dichas situaciones debe ser computado a efectos de carrera. Por tanto, también deberá computarse, a efectos de la carrera horizontal, el tiempo de permanencia en las situaciones de excedencia por cuidados de familiares y por razón de violencia de género.

De otro lado, cabe también plantear otros supuestos especiales de funcionarios, que si bien permanecen en situación administrativa de servicio activo se encuentran durante un tiempo más o menos prolongado sin desempeño efectivo del puesto de trabajo: permisos para la asistencia a cursos o seminarios de formación, o en actividades y tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad en la Administración; períodos de permisos sindicales, licencia por maternidad e incapacidad temporal, entre otros. La cuestión es si se asumirá que los objetivos profesionales se han cumplido plenamente durante estos períodos. No obstante, tal vez estas situaciones deban resolverse al ordenar la evaluación del desempeño en estos casos.

## VII. EL PROCEDIMIENTO DE VALORACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

El procedimiento para la evaluación de la actividad profesional a efectos de la carrera horizontal se trata de una materia, como es lógico, propia del desarrollo reglamentario. Con todo, la Ley de la función pública correspondiente puede introducir algunas determinaciones<sup>57</sup>.

Aun cuando la sujeción a este procedimiento debe ser voluntaria –como se ha defendido– caben dos fórmulas de articulación. Así, puede establecerse un sistema temporalmente abierto, de tal modo que cada procedimiento se inicia a solicitud de cada funcionario interesado, sin ninguna restricción temporal. Es decir, cuando un funcionario considere que está en condiciones de progresar al nivel siguiente de carrera, podrá solicitar la evaluación al órgano en cada caso competente. O bien cabe establecer un sistema de convocatorias periódicas de evaluación a las que pueden concurrir

(57) En general, el proceso de evaluación está compuesto por una fase de autoevaluación, consistente en la recopilación y aportación de pruebas procedentes de la actividad profesional, y por una fase de evaluación externa, en función de la competencia a evaluar y atendiendo a las metodologías más apropiadas.

los funcionarios interesados, con sujeción a un plazo<sup>58</sup>. Se trata, evidentemente, de determinar en cada caso qué fórmula permite la gestión más racional de los procesos de evaluación.

De otro lado, es evidente la libertad de configuración del legislador en todo lo relacionado con la organización de la evaluación: atribución de la misma a órganos departamentales o interdepartamentales o, incluso, a entidades especializadas, concentración o desconcentración de las decisiones...<sup>59</sup>. No obstante, pueden apuntarse algunas consideraciones generales. De entrada, si se acepta el criterio propuesto más arriba de conceder un papel central a la evaluación del desempeño, la valoración de la carrera horizontal estará en buena parte condicionada por los resultados de los procesos de evaluación del desempeño, de tal modo que gran parte del trabajo técnico estará ya realizado. De otro lado, sea cual sea el modelo organizativo que se adopte, conviene garantizar una aplicación uniforme del sistema, pues las decisiones en esta materia afectan a la carrera profesional del funcionario.

Por todo ello, convendría disociar la fase técnica de la evaluación de la resolución formal del procedimiento. La primera fase debería corresponder a órganos colegiados en los que primara la cualificación o competencia técnica de sus miembros, además de garantizar su imparcialidad y respetar el criterio de paridad de género<sup>60</sup>. Por su parte, las resoluciones, que corresponderán al órgano directivo o de Gobierno que en cada caso se determine, deberían ser en todo caso motivadas y únicamente deberían poder discrepar de la propuesta del órgano colegiado técnico por razones de legalidad, expresamente fundamentadas.

El plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento es otra determinación que habrá de concretarse, si bien no parece que debe exceder de un plazo de seis meses<sup>61</sup>. Cuestión distinta es el sentido que deba asignarse al silencio administrativo en estos procedimientos. A nuestro entender, lo más prudente es optar por un silencio con efectos desestimatorios<sup>62</sup>. Y, en tal caso, debe recordarse la reserva formal de ley impuesta por la Ley 30/1992 –artículo 43.1– para la imposición del silencio desestimatorio.

(58) Así, el Decreto 421/2007, de 26 de diciembre, de la Comunidad Islas Canarias establece que las solicitudes se presentan por escrito durante el período comprendido entre el uno de abril y el treinta de junio de cada año, ambos inclusive. Y, de modo similar, Orden de la Consellería de Sanidad de Galicia de 28 de octubre de 2008 para el acceso a la carrera profesional del personal laboral del sector sanitario público gestionado por entidades adscritas a la Consellería de Sanidad e integrado en el régimen estatutario por los procesos previstos en el Decreto 91/2007.

(59) En el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008 se opta por un sistema concentrado.

(60) Más dudoso es que tal órgano responda también a criterios de participación sindical o unitaria de los funcionarios.

(61) Puede señalarse que el plazo máximo para resolver y notificar las solicitudes en el sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía es de dos meses (artículo 10 del Decreto 18/2007, de 23 de enero). Más aún, el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008 prevé un plazo de un mes.

(62) De otro criterio, en la Comunidad Valenciana, los Decreto 66/2006 y 173/2007 del personal estatutario de los servicios de salud fijan un sentido estimatorio para el silencio.

En todo caso, del resultado de la evaluación puede derivarse la promoción a un nivel o escalón superior o el mantenimiento del nivel ya reconocido<sup>63</sup>. De este modo, en coherencia con el defendido carácter irreversible de la carrera, debe omitirse cualquier posible regresión en ésta. En caso de evaluación positiva, sin perjuicio de los efectos sustantivos que se indican más adelante, formalmente la obtención de un escalón o nivel debería dar derecho al reconocimiento público del mismo.

Por su parte, en caso de evaluación negativa, debe determinarse el período de carencia para que el funcionario pueda solicitar una nueva evaluación, y que puede situarse entre uno y dos años. En efecto, dado el coste que comporta estos procesos de evaluación, es conveniente prever un plazo de carencia en caso de evaluación negativa, sin perjuicio, naturalmente, de la eventual impugnación que pudiera formularse<sup>64</sup>.

Finalmente, la norma podrá determinar si las resoluciones en esta materia agotan la vía administrativa o si se sigue el criterio general previsto en la Ley 30/1992. A este respecto, dado que éste es un tema que se presta a una cierta conflictividad jurídica, parece oportuno articular algún mecanismo que permita reducir la litigiosidad ante los tribunales, al tiempo que se ofrece una garantía complementaria para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los funcionarios. En este sentido, puede señalarse que algún Estatuto de Autonomía prevé la creación de un órgano administrativo de la función pública resolutorio de los recursos que se interpongan en esta materia<sup>65</sup>.

En otro plano organizativo, se sugiere la creación de un órgano de composición paritaria, entre representantes de la Administración y de los sindicatos presentes en la correspondiente Mesa General de Negociación de la Administración, encargado no ya de la función de evaluar sino de supervisar la aplicación del conjunto del sistema de carrera horizontal<sup>66</sup>.

(63) Así, por ejemplo, Decreto de la Comunidad de Castilla-La Mancha 66/2007, de 22 de mayo.

(64) El plazo de dos años es el utilizado por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias –artículo 38.1.c)–, y seguido en la generalidad de la legislación autonómica (por ejemplo, Comunidad de Castilla-La Mancha, Decreto 66/2007, de 22 de mayo). Es también el previsto en el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008. No obstante, puede señalarse que el Decreto 18/2007, de 23 de enero, por el que se regula el sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, establece un plazo de un año –artículo 12–.

(65) Artículo 136 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 2/2007. Lo cierto es que, como hace notar P. ESCRIBANO COLLADO, tomado al pie de la letra el precepto estatutario, dicho órgano administrativo ya existe y reside en la Consejería competente en materia de función pública. Por ello, añade el autor citado, más sentido hubiera tenido precisar que dicho órgano sea especializado o colegiado, o ambos. Vid. "La Administración de la Junta de Andalucía", en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, dirigidos por Muñoz Machado y Rebollo Puig, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, p. 915.

(66) En este sentido, cabe citar el modelo del Instituto de Salud catalán, en el cual se ha creado una Comisión de Seguimiento, de composición paritaria, formada por el ICS y las organizaciones sindicales que firmen este acuerdo y presente en la Mesa sectorial de negociación de sanidad, como instrumento fundamental para analizar y evaluar la aplicación del acuerdo, armonizar las interpretaciones y la casuística que pueda surgir en su desarrollo. La comisión tiene las competencias de llevar a cabo el seguimiento de la aplicación y del cumplimiento del contenido del acuerdo en especial significación con la implementación del sistema de retribución variable por cumplimiento de objetivos y de la carrera profesional.

## VIII. LOS EFECTOS DEL ASCENSO DE NIVEL O ESCALÓN EN LA CARRERA

### A) El complemento retributivo de carrera horizontal

Las retribuciones derivadas de la aplicación de la carrera horizontal quedan encuadradas en la retribución complementaria relativa a la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa, prevista en el artículo 24.a) del EBEP. Asimismo, dado que el EBEP –artículo 22.4– establece que las pagas extraordinarias comprenden la totalidad de esta retribución complementaria, debe entenderse que estas retribuciones deberán abonarse en catorce pagas, siendo dos de ellas las extraordinarias.

Respecto al importe de estas retribuciones parece oportuno que sea diferente para cada grupo y subgrupo profesional, en el sentido de que la cuantía correspondiente a cada nivel o escalón se incremente en función del grupo o subgrupo profesional. Ahora bien, dentro de cada grupo y subgrupo no parece necesario introducir diferenciaciones, de tal modo que se sugiere que se fije una cuantía equivalente para cada nivel, de tal modo que, por ejemplo, la cuantía correspondiente al escalón 2 del Grupo A1 equivaldrá al doble de la cuantía del escalón 1 del mismo grupo<sup>67</sup>. En todo caso, parece lógico remitir la determinación de estas cantidades a una norma reglamentaria de desarrollo de la Ley.

De otro lado, y de modo similar a las disposiciones previstas en la actualidad en relación con el grado personal, es conveniente prever que en los supuestos de cambio de grupo o subgrupo profesional derivado de una promoción interna el funcionario no se vea perjudicado económicamente. En tal sentido, debe preverse que el funcionario que promocione a un grupo o subgrupo de titulación superior, teniendo reconocido previamente un determinado nivel o escalón de carrera horizontal, mantendrá un complemento retributivo equivalente a la cuantía correspondiente a dicho nivel de carrera hasta que se le reconozca un nivel de carrera en el nuevo grupo de titulación cuya cuantía supere la de aquél<sup>68</sup>. Asimismo, como es lógico, en ningún caso se podrá percibir de forma simultánea el complemento de carrera por más de un grupo de titulación.

### B) Otros efectos asociados a la carrera horizontal

Aun cuando, como se ha señalado más arriba, la carrera horizontal no supone, en sí misma, cambio de puesto de trabajo –artículo 16.a) EBEP–, no puede olvidarse que todas las modalidades de carrera profesional que contempla el EBEP deben estar debidamente interrelacionadas. Más aún, el propio EBEP –artículo 16.2– declara que

(67) Así, por ejemplo, Decreto 85/2007, Comunidad Valenciana, y, con matices, Decreto de la Comunidad de Castilla-La Mancha 66/2007, de 22 de mayo.

(68) Se trata de un criterio previsto en las normas autonómicas sobre carrera profesional del personal estatutario y contemplado también en el Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos de 15 de septiembre de 2008.

los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en el mismo ámbito.

De este modo, es aconsejable extraer todas las consecuencias que procedan de un proceso tan costoso y complejo como es el de la evaluación del desarrollo profesional. Y, en tal sentido, el nivel o escalón alcanzado en la carrera horizontal puede –y debe– constituir un mérito a valorar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo por parte de los funcionarios de carrera, así como en la fase de concurso de los procedimientos de promoción interna<sup>69</sup>. Incluso en una fase posterior, cuando el sistema de carrera horizontal se encuentre ya plenamente implantado, podría considerarse dar el paso de configurar el nivel alcanzado en la carrera como requisito para la provisión de determinados puestos de trabajo, lo cual deberá contemplarse en la correspondiente RPT o instrumento organizativo similar<sup>70</sup>.

## IX. LA APLICACIÓN TRANSITORIA DE LA CARRERA HORIZONTAL

Al implantarse el sistema de carrera horizontal se planteará la cuestión de ¿qué hacer con los servicios prestados con anterioridad al mismo? A este respecto, puede ser aleccionadora la experiencia de lo acontecido en determinadas Comunidades en relación con el personal estatutario de los servicios de salud, en las cuales se optó por reconocer los servicios prestados con anterioridad a la implantación del sistema de carrera profesional, para llevar a cabo el encuadramiento inicial de cada profesional en el nivel de carrera que le correspondiera. Ahora bien, como por definición los servicios anteriores a la aprobación del sistema de carrera profesional no fueron objeto de evaluación objetiva, las normas autonómicas se han visto obligadas a declarar que “tales servicios quedan exentos de evaluación, por lo que se considerará que durante los mismos se han cumplido plenamente los requisitos asistenciales y, en la parte proporcional, el resto de requisitos”<sup>71</sup>.

En nuestra opinión una aplicación retroactiva del sistema de carrera horizontal del tipo señalado podría llevar a su fracaso, convirtiendo un instrumento pensado para promover la calidad y la innovación en un simple aumento retributivo lineal en función de la antigüedad, y creando nuevos agravios entre funcionarios recientes –que deben acreditar su desempeño– y funcionarios “con trienios” que pueden verse encuadrados en los más elevados niveles por simple antigüedad.

(69) En este sentido, la enmienda núm. 350 al Proyecto de Ley, presentada por el G.P Popular en el Congreso, declaraba que la posesión de una categoría podría considerarse como requisito o valorarse como mérito para proveer determinados puestos de trabajo cuando así se disponga en el correspondiente instrumento de ordenación de la actividad profesional.

(70) M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 2008, p. 156.

(71) Disposición transitoria primera del Decreto de la Comunidad Valenciana 85/2007, desarrollada por Orden de 22 de septiembre de 2008, DOCV del 30.

## Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios

Por ello, se sugiere que se parte de la aplicación pro futuro del sistema de carrera horizontal. Así, debe recordarse que, conforme al artículo 20.5 del EBEP, la aplicación de la carrera profesional horizontal requiere la aprobación previa de los sistemas objetivos de evaluación del desempeño previstos en el mismo. En consecuencia, se propone que inicialmente todos los funcionarios serán encuadrados en el nivel o escalón 0 correspondiente a su grupo y subgrupo profesional, y sólo tras la permanencia el tiempo previsto y la evaluación correspondiente se posibilite el encuadramiento en un nivel o escalón superior<sup>72</sup>.

(72) Ciertamente este criterio propuesto permite demorar el coste directo de implantación del sistema: primero, habrá que esperar la aprobación de la Ley de la función pública; segundo, la aprobación del Decreto de desarrollo de la Ley y la implantación de los sistemas de evaluación del desempeño; y tercero, el transcurso del plazo de permanencia que se fije en el escalón o nivel de acceso o ingreso. La duda es si tal vez para entonces ¿habrá cambiado otra vez el Estatuto funcionarial?...



# La contratación pública ecológica

AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO

Cuerpo Superior de Administradores  
Civiles del Estado

## Resumen

### LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

*Los criterios medioambientales se han convertido en una variable de gran trascendencia que ha cobrado un protagonismo creciente en el ámbito jurídico como sustrato y abono del escenario económico y social. La protección del medio frente a agresiones de personas físicas y jurídicas en el Derecho Penal, el control y promoción de las actividades civiles y mercantiles respetuosas con el medio ambiente en el Derecho Civil y Mercantil, el establecimiento y cuidado de un entorno laboral adecuado y amigable, regido por criterios verdes, en el Derecho Laboral, y la ingente normativa administrativa relativa a la contaminación, residuos, dominio público, evaluación de impacto ambiental, patrimonio natural y biodiversidad ponen de manifiesto la importancia que los aspectos ecológicos tienen en el diseño e implantación de toda política pública y en el ordenamiento jurídico en su conjunto.*

*El presente artículo se centra en dichos elementos “verdes” aplicados a la contratación*

*administrativa, los importantes antecedentes internacionales y comunitarios que inspiraron la normativa española sobre contratos, y las medidas recientemente adoptadas para implantar esas variables respetuosas con el medio ambiente en los procedimientos legales de contratación. Por tanto, bajo una óptica exclusivamente “verde” se analizan las dos normas sobre contratos públicos más importantes (la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales) y la iniciativa política adoptada en enero de 2008 que abarca ocho sectores sensibles para la contratación pública ecológica hasta finales del año 2010 (el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social).*

## Abstract

### THE ECOLOGICAL PUBLIC CONTRACTING

*The environmental criteria have become a variable of great transcendence that has got a growing protagonism in the juridical field*

*as basis and fertilizer of the economic and social scenario. The protection of the environment against aggressions of natural and*

*juridical persons in the Criminal Right, the control and promotion of the civil and mercantile activities respectful with the environment in the Civil and Mercantile Right, the establishment and care of an appropriate and friendly labour environment, governed by green criteria, in the Labour Right, and the enormous administrative norm relative to the contamination, residuals, public domain, evaluation of environmental impact, natural patrimony and biodiversity, show the importance that the ecological aspects have in the design and installation of all public policy and in the juridical classification as a whole.*

*The present article is centred in these “green” elements applied to the administrative contracting, the important international and commu-*

*nity precedents that inspired the Spanish norm on contracts, and the measures recently adopted to implant those variables respectful with the environment in the legal contracting processes. Therefore, under an exclusively “green” optics are analysed the two more important norms on public contracts (the Law 30/2007, of October 30, of Contracts of the Public sector, and the Law 31/2007, of October 30, on contracting procedures in the sectors of the water, the energy, the transports and the postal services) and the political initiative adopted in January of 2008 that embraces eight sensitive sectors for the ecological public contracting until final of the year 2010 (the Plan of Public Green Contracting of the General Administration of the State and its Public Organisms, and the Entities Agents of the Social Security).*

## Sumario:

**1. Definición y objetivos. 2. Beneficios de la contratación pública ecológica.**

**3. Ámbitos de aplicación. 4. Instrumentos internacionales sobre CPE. 5. Instrumentos**

**comunitarios sobre CPE.** A) Los Tratados. B) Estrategias e iniciativas políticas comunitarias. C) Los instrumentos normativos comunitarios. D) La jurisprudencia comunitaria.

**6. Instrumentos nacionales sobre CPE.** A) La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de

Contratos del Sector Público. B) Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos

de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

C) Otras iniciativas e instrumentos nacionales sobre contratación pública ecológica;

en especial, el Plan de Contratación Pública Verde.

## 1. DEFINICIÓN Y OBJETIVOS

Resulta interesante apreciar que la contratación pública ecológica (en adelante, CPE), al tener como objetivo la reducción del impacto medioambiental de los bienes, productos, obras y servicios que se producen o se emplean por todos los actores económicos, constituye un instrumento ejemplar y forma parte de una estrategia más amplia y global diseñada a escala internacional y europea que persigue el desarrollo sostenible de nuestras economías.

## La contratación pública ecológica

El concepto de desarrollo sostenible, ampliamente utilizado en la actualidad, procede de una denominación oficial acuñada por primera vez por las Naciones Unidas en el conocido Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland), creada en la Asamblea de la ONU en 1983, y luego asumido en la Declaración de Río de Janeiro de 1992. El término puede ser conceptualizado como la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades del futuro para atender sus propias necesidades. Se trata de un concepto que abarca los aspectos ambientales, económicos y sociales de todas las políticas públicas, y que es preciso atender para que pueda alcanzarse un desarrollo verdaderamente sostenible.

Las políticas de contratación pública de los Estados pueden ser reorientadas con la finalidad de servir y contribuir eficazmente al objetivo estratégico de la consecución de un desarrollo sostenible, además de constituir una punta de lanza de una práctica que se pretende extender progresivamente en los próximos años no sólo a todo el sector público, sino ser ejemplarizante para el sector privado, además de ejercer una importante influencia sobre los mercados.

La Comisión Europea define la contratación pública ecológica como el proceso de adjudicación de un contrato público en el que las autoridades tratan de obtener productos, servicios y obras que tendrán un impacto medioambiental durante toda su vida útil menor que otros productos, servicios y obras semejantes, pero sometidos a procesos de adjudicación de contratos distintos.

Esencialmente, los objetivos de la contratación pública ecológica (CPE) son tres: en primer lugar, y en plena exigencia de reducción de gastos corrientes de bienes y servicios en las Administraciones Públicas como consecuencia de la crisis financiera internacional, la CPE pretende reducir el gasto público derivado del consumo de bienes, servicios y suministros (en este último caso, y sobre todo, de suministros energéticos); en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se pretende reducir el impacto medioambiental del consumo del sector público, y, en tercer lugar, se pretende estimular la innovación y el desarrollo en nuevas tecnologías, productos y servicios medioambientales, resultando evidente que una mayor demanda de estos productos por parte de las Administraciones como uno de los mayores consumidores de bienes y servicios del país tendrá como consecuencia un impulso en la formación, la investigación y el desarrollo de éstos, impulsando la industria europea, haciéndola más competitiva y generando empleo en lo que ya se empieza a conocer como “economía verde”.

Desde el punto de vista cuantitativo, la Comisión Europea se propuso que, hasta el año 2010, el 50% de los procedimientos de adjudicación empleados en toda la Unión Europea (UE) sean ecológicos, teniendo en cuenta para el cálculo o bien el valor del contrato o bien el porcentaje de contratos ecológicos sobre el volumen total de contratos.

## 2. BENEFICIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

Según datos estimados de la Comisión Europea, la CPE tiene efectos altamente beneficiosos y cuantificables en términos medioambientales. Así, medidas que afecten a la construcción de edificios con sistemas inteligentes de ahorro de energía o eficientes energéticamente, al suministro de electricidad ecológica, al empleo de medios informáticos y telemáticos con mecanismos de ahorro energético o a sistemas de ahorro de agua y energía pueden suponer evitar la emisión de importantes cantidades de CO<sub>2</sub> a la atmósfera (se estima que si todas las

organizaciones públicas de la UE empleasen energía limpia se podría evitar la emisión de 60 millones de toneladas de dióxido de carbono, lo que equivale al 18% del compromiso comunitario de reducción de gases de efecto invernadero conforme al protocolo de Kyoto) así como reducir el consumo de grandes cantidades de agua y otros recursos naturales escasos.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que los poderes públicos forman parte de un importante grupo de consumidores en toda la UE, con un gasto que se cifra en el 16% del producto nacional bruto (PNB) de la Unión. Y la contratación pública ecológica persigue que el impacto de ese porcentaje en el medio ambiente sea lo más reducido posible. Para ello resulta preciso modificar ciertos patrones que hasta ahora no se tenían en cuenta, ya que la producción de un bien, la prestación de un servicio y el consumo o utilización de uno y otro han de considerar ciertos costes que no se venían considerando, sobre todo el coste del ciclo de vida, que abarca no sólo el bien o servicio en sí mismo considerado, sino el consumo de energía preciso para producirlos, el necesario para su transporte, el requerido para su almacenamiento y destrucción o reciclaje posterior, entre otros. Ya se han dado importantes pasos en este sentido, y hay resultados tangibles tras las iniciativas y la normativa comunitaria adoptada a este respecto: así, en un mercado que representa más de 1,5 billones de euros, las Directivas europeas sobre contratación pública han conseguido reducir los precios abonados por las autoridades y organismos públicos cuando adquieren bienes y servicios en más de un 30%.

Considerando todas estas variables, se ha constatado que hay numerosos ámbitos en los que puede emplearse una “contratación verde”, sobre todo en aquellos en los que los productos ecológicos evidencian no ser más caros que los no verdes.

Además, ya se ha mencionado el “efecto llamada” que la CPE tiene en el sector privado y el importante alcance pedagógico que produce en la población en general y en los consumidores en particular. También excita la investigación pública y privada en productos, servicios y tecnología ecológicos y abre la puerta a que las PYMES que han desarrollado soluciones verdes o cuentan con sistemas de gestión amigables medioambientalmente puedan acceder a la contratación pública.

La Comisión Europea también ha puesto el acento en los beneficios que la CPE presenta para la salud de la población, ya que puede ayudar a mejorar la calidad de vida cuando se reduce la contaminación en las ciudades o se elimina el empleo de productos químicos tóxicos o contaminantes, por ejemplo. Además, los ciudadanos que perciben esos efectos saludables de los productos y servicios verdes pueden verse impulsados a adquirirlos o consumirlos en el ámbito de su vida privada.

### 3. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

Son muchos los ámbitos de la Administración Pública en los que se puede impulsar la CPE, especialmente si se adoptan criterios medioambientales claros y ambiciosos en relación con los productos y servicios que van a ser consumidos o empleados por aquélla. La Unión Europea está embarcada en un proceso de definición y estandarización de esos criterios medioambientales, de los que pretende que sean compatibles entre todos los Estados miembros para evitar distorsiones del mercado único europeo y una reducción de la competencia. La adopción de unos criterios mínimos estandarizados resultan beneficiosos no sólo para los Estados, sino

## La contratación pública ecológica

también para las empresas que operan en más de uno y para las PYMES. Si se analiza con atención, ya existen en la UE algunos criterios medioambientales estandarizados, como son la etiqueta ecológica europea, la regulación *Energy Star* o la normativa comunitaria sobre el diseño ecológico de los productos industriales.

Para todo ello, resulta preciso superar ciertos obstáculos como el escaso establecimiento de criterios medioambientales para productos y servicios, la insuficiente información sobre el coste del ciclo de vida de los productos así como sobre los beneficios de los productos y servicios medioambientales, el desconocimiento sobre la posibilidad de incluir criterios medioambientales en las ofertas contractuales y la falta de compromiso político y de coordinación de buenas prácticas entre los Estados.

La contratación pública ecológica puede impulsarse especialmente en ciertos ámbitos o sectores, como es el caso de la compra de material inventariable. Así, productos tales como equipos informáticos, de reprografía y otros que cumplan con la exigente normativa de ahorro de energía, adquisición de papel reciclado, luminarias de bajo consumo, mobiliario de oficina realizado con madera o material sostenible, vehículos eléctricos y sistemas de aire acondicionado adaptados a la normativa medioambiental resultan un banco de pruebas privilegiado de este tipo de contratación verde. En la actualidad la Comisión Europea ya tiene definidos criterios medioambientales comunes para un grupo de productos y servicios de 10 sectores estratégicos en función del impacto medioambiental, el gasto público y la repercusión en los consumidores y en la industria: construcción (materiales, trabajos y edificios), alimentación y servicios de restauración, transporte, energía, ordenadores y mobiliario de oficina, uniformes y otros materiales textiles, papel y material de oficina, muebles, productos y servicios de limpieza y equipamiento que se utiliza en el sector sanitario. Todos ellos son los criterios que el Ejecutivo comunitario pretende que sean adoptados por los Estados miembros y, en consecuencia, que sean recogidos en sus planes de acción nacionales.

Otro ámbito susceptible de aprovechar la corriente de contratación pública ecológica son los contratos de obras, en que la Administración puede exigir el cumplimiento de requisitos medioambientales no sólo durante todo el proceso constructivo, sino también en el resultado, en los equipos y en las instalaciones de esas obras. De hecho, el Código Técnico de Edificación (aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo), de aplicación a las edificaciones públicas y privadas, dispone que los edificios se proyectarán, construirán, mantendrán y utilizarán de tal forma que se cumplan las exigencias básicas en materia de salubridad denominadas “Higiene, salud y protección del medio ambiente”, con la finalidad de reducir el riesgo de que los edificios se deterioren y de que deterioren el medio ambiente en su entorno inmediato. Esta norma establece unas exigencias básicas en materia medioambiental, como son la recogida y evacuación de residuos (los edificios dispondrán de espacios y medios para extraer los residuos ordinarios generados en ellos de forma acorde con el sistema público de recogida de tal manera que se facilite la adecuada separación en origen de dichos residuos, su recogida selectiva y su posterior gestión), unas exigencias básicas de protección frente al ruido (para reducir la transmisión del ruido aéreo, del ruido de impactos y del ruido y vibraciones de las instalaciones propias del edificio, y para limitar el ruido reverberante de los recintos) y, sobre todo, unas exigencias básicas de ahorro de energía. El objetivo de estas últimas es conseguir un uso racional de la energía necesaria para la utilización de los edificios, reduciendo a límites sostenibles su consumo y conseguir que una parte de este consumo proceda de fuentes de energía renovables, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento. En concreto, se exige que los edificios dispongan de una envolvente

de características tales que limite la demanda energética necesaria para alcanzar el bienestar térmico, que dispongan de instalaciones térmicas apropiadas para proporcionar el bienestar térmico de sus ocupantes, que cuenten con instalaciones de iluminación eficaces energéticamente, que se instalen paneles de energía solar para cubrir una parte de las necesidades de agua caliente sanitaria o de climatización de piscina cubierta, así como de energía eléctrica.

El ámbito del transporte público colectivo de viajeros es otro de los sectores en que se pueden emplear e impulsar prácticas de contratación pública ecológica. Fuente de contaminación de primer grado, junto con la industria, el transporte es un importante agresor del medio ambiente en que cualquier iniciativa de reducción de emisión de gases que producen efecto invernadero puede dar lugar a resultados notables. Numerosas entidades locales iniciaron hace tiempo programas de adquisición de vehículos para el transporte público que emplean energías renovables o eficientes energéticamente, y España ya cuenta con algunos ejemplos notables en numerosos Ayuntamientos de todo el país.

#### 4. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE CPE

Antes de realizar un análisis sobre el contexto jurídico e institucional de la política medioambiental europea que sirve de soporte a la contratación pública ecológica en España, es preciso hacer referencia al compromiso político más importante a nivel internacional para la protección medioambiental del planeta y la reducción de los gases de efecto invernadero (GEI) y de los residuos producidos por la actividad humana. Se trata del Protocolo de Kyoto, acuerdo internacional que constituye el instrumento enmarcado dentro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, suscrita en 1992 en la conocida como “Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro”, y cuyo objetivo es reducir para el año 2012 las emisiones de gases causantes del calentamiento global, al menos en un 5% en comparación con las cifras del año 1990. En el caso de la UE, el compromiso común alcanzado fue más ambicioso, ya que consiste en reducir en un 8% las emisiones de gases de efecto invernadero hasta ese mismo año 2012. No obstante, a cada país se le otorgó un margen distinto en función de diversas variables económicas y medioambientales según el principio de reparto de la carga, de manera que en dicho reparto se permitió que algunos Estados aumentaran sus emisiones en ese período, mientras que otros debieran reducirlos significativamente. En el caso de España, se le autorizó a aumentar sus emisiones un máximo del 15% en relación al año base.

La Organización de las Naciones Unidas, a través de la conocida como *Agenda 21*<sup>1</sup>, ya instó a los Gobiernos de todo el mundo a liderar acciones y políticas de contratación pública ecológica en el ámbito de las compras de bienes y servicios, así como a incorporar los aspectos medioambientales en todas las políticas y toma de decisiones nacionales. La propia ONU cuenta desde 1999 con una guía para la protección de los consumidores en la que se recogen aspectos relativos al consumo sostenible, y se aplica a sí misma los criterios medioambienta-

(1) *Agenda 21*: plan de acción multidisciplinar de la ONU a adoptar a nivel global, nacional, regional y local por todas las organizaciones de las Naciones Unidas, los Gobiernos y los grupos de interés en cada una de las áreas en las que la actividad humana pueda tener impacto sobre el medio ambiente. Fue adoptada, junto con la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Río de Janeiro (Brasil) del 3 al 14 de junio de 1992.

## La contratación pública ecológica

les en la adquisición de bienes y servicios al tratarse de uno de los principales consumidores internacionales de aquéllos, toda vez que el valor estimado de esas operaciones de contratación alcanzan los 30.000 millones de dólares anuales. Por este motivo, las Naciones Unidas cuentan con un grupo de trabajo sobre contratación pública ecológica y socialmente responsable. También cuenta con una Organización de Servicios de Contratación Inter-agencias (IAPSO, en sus siglas en inglés), encargada de asesorar a cualquier agencia de las Naciones Unidas, instituciones financieras internacionales, Gobiernos, agencias de desarrollo, países donantes y ONGs en relación con la contratación, sobre todo la que se dirige a los países y proyectos en desarrollo.

Junto a esos compromisos políticos, existen unos instrumentos normativos de relevancia que han abonado el camino de la contratación pública ecológica a nivel internacional y que han servido de impulso a la adopción de instrumentos normativos en la Unión Europea. Es el caso de la Recomendación sobre contratación pública ecológica de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2002 o la conocida como *task force* (grupo de trabajo) de Marrakech<sup>2</sup> sobre procedimiento de contratación sostenible, que fue constituida como resultado de la cumbre mundial sobre desarrollo sostenible celebrada en Johannesburgo en septiembre de 2002 y que ha permitido alcanzar importantes resultados y consensos en este ámbito en la escena internacional. La citada Recomendación de la OCDE motivó la adopción de políticas de contratación pública ecológica por parte de numerosos países pertenecientes a dicha organización, tales como Japón, Canadá, Australia, Estados Unidos y Corea del Sur, además de otras economías emergentes como China, Tailandia y Filipinas.

### 5. INSTRUMENTOS COMUNITARIOS SOBRE CPE

Por lo que respecta a las iniciativas, políticas y acervo comunitario en relación con el desarrollo sostenible que sirve de marco a la CPE en la Unión Europea, el análisis debe abrirse para abarcar las competencias comunitarias en esta materia para posteriormente apuntar las estrategias, iniciativas e instrumentos normativos más importantes en relación con el desarrollo sostenible y con la CPE.

#### A) Los Tratados

Hay que partir de la base de que la Unión Europea ostenta competencias compartidas o transversales en materia de medio ambiente, lo que significa que los Estados y sus regiones ejercen importantes competencias en este ámbito, al no ser exclusivas de la Comunidad y entrar dentro de las llamadas competencias compartidas “de carácter paralelo”, es decir, de una competencia de la que son titulares tanto la Comunidad como los Estados miembros y cuyo ejercicio por parte de la primera no tiene un efecto de cierre sobre la actuación en este mismo ámbito por parte de los Estados. Por tanto, en lo que respecta a las competencias que ostentan los Estados miembros, se puede afirmar que tanto la UE como los Estados comparten las

(2) La Marrakech Task Force (MTF) es un grupo de trabajo informal compuesto por países y organizaciones que trabajan juntos en aspectos específicos sobre consumo y producción sostenible, comprometiéndose a llevar a cabo un conjunto de actividades que apoyen la puesta en marcha de proyectos concretos.

competencias normativas, mientras que la ejecución y la financiación del Derecho ambiental comunitario corresponde, salvo algunas excepciones, a los Estados miembros.

Por lo que respecta al acervo comunitario en materia de medio ambiente, y sin detenernos aquí en la evolución del concepto en los distintos tratados originarios y modificativos, es preciso mencionar el impacto que el Tratado de Maastricht tuvo en materia medioambiental puesto que se incorporó, por primera vez, la protección del medio ambiente entre los fines de la integración europea previstos en la primera parte del TCE (artículos 2 y 3), y la consecución de un desarrollo económico sostenible como uno de los objetivos de la Unión [ex artículo B) TUE]. Así, la protección ambiental alcanza el estatus de política comunitaria, lo que supone un campo de actuación permanente de la Comunidad para el que se precisó dotarla de un conjunto de medios completo y sistemático.

Con el Tratado de Ámsterdam la protección ambiental gana más fuerza en la nueva redacción dada a los fines de la integración europea, puesto que se incorpora como misión de la Comunidad en el artículo 2 del Tratado “el logro de un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente”. Además, pasa a recogerse en la primera parte del TCE, referido a los principios de la Comunidad, el vigente artículo 6 (artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante, TFUE) que dispone que “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”. Y el Tratado de Niza (en vigor desde el 1 de febrero de 2003) no introdujo grandes novedades en materia medioambiental, si bien las modificaciones recogidas en los tratados en el ámbito institucional han potenciado el sistema de cooperación reforzada como un medio para combinar la voluntad de algunos Estados de avanzar más rápidamente en el proceso de construcción europea que otros, evitando la posible parálisis de una Comunidad que ya está constituida por 27 Estados.

En la actualidad, los artículos 174 a 176 TCE (artículos 191 a 193 TFUE) marcan los objetivos de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, protagonizados por el de alcanzar un nivel de protección elevado considerando las distintas situaciones que presentan las regiones de la Comunidad; en cualquier caso, los objetivos a alcanzar son los siguientes:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales y
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.

El Tratado de Lisboa, ratificado el 3 de noviembre de 2009 por el último Estado miembro que restaba por hacerlo, la República Checa, y que entró en vigor el pasado 1 de diciembre de 2009, reproduce, en su nuevo título XX, la política de medio ambiente de la UE, mimetizando en su artículo 191 el contenido del anterior artículo 174 TCE en relación con los objetivos que debe contribuir a alcanzar la Unión en el ámbito del medio ambiente, si bien se añade la necesidad de luchar contra el cambio climático.

### B) Estrategias e iniciativas políticas comunitarias

Por lo que respecta a las estrategias e iniciativas europeas, actualmente está en vigor en la UE una estrategia a favor del desarrollo sostenible a largo plazo, la cual, desde una perspectiva global, combina las políticas para el desarrollo sostenible desde el punto de vista medioambiental, económico y social, con el fin de mejorar de forma sostenible el bienestar y las condiciones de vida de las generaciones presentes y futuras. Esta estrategia fue aprobada el 15 de mayo de 2001 mediante una Comunicación de la Comisión Europea titulada “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)”, revisada por una segunda Comunicación de la Comisión de 13 de diciembre de 2005. Esta estrategia establece un marco político en la Unión Europea para permitir el desarrollo sostenible, es decir, para responder a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras. El desarrollo sostenible se basa en cuatro pilares: económico, social, medioambiental e internacional, que deben reforzarse mutuamente, de modo que las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de todas las políticas deben examinarse de forma coordinada y tenerse en cuenta en el momento de su elaboración y adopción. La estrategia pone de manifiesto siete tendencias insostenibles que requieren una intervención inmediata: la exclusión social y el envejecimiento demográfico (que ya prevé la Estrategia de Lisboa<sup>3</sup>), el cambio climático y la energía, los transportes, el consumo y la producción, los recursos naturales, la salud y el fomento del desarrollo sostenible en el mundo. Esta estrategia enumera toda una serie de objetivos operativos y cuantificados y medidas concretas a escala de la UE para alcanzarlos.

Esa estrategia global en lo que respecta al desarrollo sostenible se ha venido completando con iniciativas y estrategias sectoriales que, en definitiva, contribuyen a la consecución de ese objetivo final. Por lo que aquí interesa, y acercándonos a la contratación pública ecológica, cabe mencionar el Libro Verde de la Comisión Europea, de 7 de febrero de 2001, sobre la política de productos integrada (PPI), dirigido a empresas, distribuidores, consumidores y demás actores que intervienen en la producción o consumo de bienes y servicios, con la finalidad de promover el diseño ecológico entre las empresas, que los distribuidores pongan a disposición del consumidor productos ecológicos y que esos consumidores tengan la opción de elegir dichos bienes si así lo desean. El Libro Verde pone el acento en el ciclo de vida y el impacto medioambiental de todo producto, de manera que esos factores deberán tenerse en cuenta a la hora de tomar cualquier decisión.

Otras políticas e iniciativas complementan la estrategia global comentada, en lo relativo al reciclado de residuos, uso sostenible de los recursos naturales y ciclo de vida medioambiental, entre otros.

(3) La Estrategia de Lisboa (también conocida como Agenda de Lisboa o Proceso de Lisboa) es un plan de desarrollo de la UE aprobado por el Consejo Europeo de Lisboa celebrado los días 23 y 24 de marzo de 2000. Su objetivo es convertir la economía de la UE en “la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes de 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social”. En el Consejo Europeo de Göteborg (Suecia) celebrado los días 15 y 16 de junio de 2001 se añadió una dimensión ecológica a estos objetivos, ya que se subrayó el cambio de enfoque en materia de elaboración de las políticas comunitarias, de modo que debía examinarse “de una manera coordinada las consecuencias económicas, sociales y ecológicas de todas las políticas y de tenerlo en cuenta en los procesos de decisión”. Estas tres dimensiones constituyen lo que se conoce como el desarrollo sostenible.

Pues bien, en la materia específica de la contratación pública verde, el objetivo más ambicioso de la UE se contiene en la Estrategia Europea de Desarrollo Sostenible, de junio de 2006, en que se abanderó el objetivo de alcanzar en el año 2010 un porcentaje medio europeo de CPE, al menos, al mismo nivel que el que poseyese el país comunitario más avanzado a este respecto en el año 2006. Sin embargo, el balance realizado por la Comisión Europea en el año 2008 arrojó unas cifras algo desalentadoras: a comienzos de dicho año, sólo 14 de los 27 Estados miembros habían adoptado planes de acción nacionales en materia de CPE, mientras que otros 12 estaban trabajando para adoptarlos. En el caso de España, el último informe disponible<sup>4</sup> refleja que nuestro país ya ha aprobado su plan de acción, y se ha puesto como siguiente objetivo la elaboración de unos códigos de buenas prácticas sobre CPE antes de que finalice el año 2010, así como alcanzar unos niveles de compras ecológicas entre el 25 y el 100% según el tipo de producto. El citado plan de contratación pública verde se publicó en el BOE de 31 de enero de 2008, como después se comentará en detalle. Asimismo, nuestro país ha identificado ocho grupos de productos prioritarios respecto de los que se persigue la adopción de objetivos específicos: construcción y mantenimiento, transporte, energía, equipos de oficina, papel/publicaciones, mobiliario, limpieza y eventos.

En definitiva, con ello lo que se pretende es impulsar iniciativas para la “ecologización” de los productos y, posteriormente, favorecer su adquisición, compra y consumo por parte de todos los consumidores, tanto públicos como privados. Esa “ecologización” se persigue mediante la adopción de medidas de toda índole, como son las medidas fiscales (impuestos y subvenciones), de normalización, acuerdos voluntarios, contratos públicos e información a los consumidores.

Por todo lo anterior, puede concluirse que la contratación pública ecológica indudablemente coadyuva a la consecución de los objetivos de la política comunitaria sobre medio ambiente previstos en el TCE, mejorando su calidad y promoviendo una utilización racional y prudente de los recursos naturales.

Por otra parte, destaca, por su referencia directa a esta materia, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 16 de julio de 2008, relativa a una contratación pública más ecológica. Dicha comunicación pretende establecer unas directrices para reducir el impacto medioambiental del consumo en el sector público y, sobre todo, para fomentar esta práctica entre las instituciones públicas. Para ello, el Ejecutivo comunitario aconseja fijar una serie de criterios medioambientales comunes que se puedan aplicar a la CPE, fomentar la publicación de información sobre el coste estimado de vida útil de los productos, reforzar la seguridad jurídica en torno a la posibilidad de incluir criterios medioambientales en las licitaciones públicas e instaurar un apoyo político a la promoción y aplicación de la CPE mediante la definición de un objetivo provisto de indicadores y de un completo sistema de seguimiento. Aunque la comunicación entiende que la CPE se puede emplear en todos los tipos de contratos, ya se anticipó que la Comisión Europea ha definido diez sectores prioritarios en los que puede tener más incidencia o resultados.

(4) Actualizado al 30 de junio de 2009.

## La contratación pública ecológica

El concepto básico de CPE que emplea la Comisión Europea descansa en criterios medioambientales claros y ambiciosos para los productos y servicios, siempre que sean compatibles con el mercado único, no lo distorsionen ni obstaculicen la libre competencia. El establecimiento de unos criterios comunes a nivel nacional y comunitario redundará en importantes beneficios para las empresas europeas que operan en más de un Estado miembro y para las PYMES. La UE ya cuenta con criterios comunes a tener en cuenta por todos los operadores, como la etiqueta ecológica europea (EU Ecolabel), la regulación de ahorro de energía (conocida como *Energy Star*<sup>5</sup>) o el diseño ecológico de los productos que consumen energía. La Comisión Europea también ha puesto en marcha un programa de asistencia para el cumplimiento de la normativa medioambiental para las pequeñas y medianas empresas debido a la dificultad que normalmente presentan para cumplir la legislación medioambiental frente a las grandes. Dicho programa incluye acciones para proveer a las PYMES de un marco legal adecuado y ciertas medidas que tienen en cuenta sus peculiaridades en áreas como la reducción de la carga administrativa en dichas empresas, ayuda para que integren temas medioambientales en su actividad, apoyo a redes regionales y nacionales, incremento de las experiencias a nivel local y mejora de la comunicación.

Unos años antes, el Ejecutivo comunitario ya había avanzado en el establecimiento de unos criterios comunes sobre CPE. Fue en el año 2005 cuando la Comisión Europea publicó un manual sobre la contratación pública ecológica en el que se recogen unas estrategias de compra ecológica, se dan unas pautas concernientes a la organización de la contratación pública así como a la definición de las exigencias técnicas del contrato y a los criterios para la selección de los proveedores, prestadores de servicios y contratistas, además de recoger unas cláusulas recomendadas para la adjudicación y para la ejecución del contrato. En líneas generales, el manual considera que los Estados miembros tienen capacidad y margen de maniobra suficiente para establecer unas estrategias públicas de compras ecológicas al no requerirse cambios estructurales en las organizaciones más allá de la formación y sensibilización del personal en esta materia. La Comisión recomienda adoptar un enfoque por fases con el fin de ir extendiendo la contratación verde a más sectores públicos, de modo que se seleccionen categorías de productos o servicios con gran impacto ambiental, que se centren los esfuerzos en uno o varios problemas medioambientales, que se tengan en cuenta la disponibilidad y el coste de alternativas más respetuosas con el medio ambiente, que se recaben los datos científicos y medioambientales necesarios, que se impulsen políticas públicas visibles para los ciudadanos y para todos los actores que intervienen, y que se tenga en cuenta el potencial del desarrollo tecnológico. En España, todas estas variables fueron tenidas en cuenta para alumbrar el Plan de Contratación Pública Verde de 21 de enero de 2008 que más tarde se analizará.

Los objetivos marcados por la Comisión Europea para el año 2010 consisten en que el 50% de todos los procedimientos de licitación sean verdes, entendiendo por tal que dichos procedimientos incorporen los elementos más importantes de los criterios medioambientales comunes. Asimismo, se pretende que en los ámbitos en los que se empleen fondos comunitarios y de cohesión, y otros programas de financiación comunitarios, el desarrollo sostenible sea tenido en cuenta como uno de los principios más importantes cuando son gestionados o gas-

(5) *Energy Star*, si bien es un programa de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de América, creado en 1992 para promover los productos eléctricos con un consumo eficiente de electricidad, reduciendo la emisión de gases de efecto invernadero, la Unión Europea participa en él mediante un acuerdo suscrito con EEUU para la coordinación de los programas de etiquetado de eficiencia energética de los equipos ofimáticos aprobado por una Decisión del Consejo de Ministros de 8 de abril de 2003.

tados por las autoridades públicas nacionales. Por supuesto, el Ejecutivo comunitario pretende dar ejemplo en este ámbito implantando gradualmente la CPE en todos los procedimientos de contratación pública en los que sea posible su introducción.

### **C) Los instrumentos normativos comunitarios**

Centrando el análisis en los instrumentos normativos comunitarios sobre CPE, cabe citar la Directiva 2002/91/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios, con la que se pretende fomentar la eficiencia energética de los edificios de la Comunidad teniendo en cuenta las condiciones climáticas exteriores y las particularidades locales, así como los requisitos ambientales interiores y la relación coste-eficacia. Se trata de una Directiva que sin duda ha tenido efectos positivos en la CPE de obras referidas a nuevas construcciones y reformas de las ya existentes.

También debe mencionarse la Directiva 2001/77/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad. Se trata de una norma comunitaria que persigue fomentar un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables no fósiles (energía solar, eólica, geotérmica, mareomotriz, biomasa, ...) a la generación de electricidad en el mercado interior de la electricidad y sentar las bases de un marco comunitario para éste. La citada Directiva exige que los Estados miembros adopten medidas adecuadas para promover el aumento del consumo de electricidad a partir de energías limpias, a lo que coadyuva el hecho de que las nuevas construcciones o reformas de las existentes por parte de los poderes públicos incluyan instalaciones o mecanismos que permitan la utilización de fuentes de energía renovables.

Ahora bien, son las Directivas comunitarias sobre contratación las que sentaron las bases de la actual CPE. Se trata de la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En ambas Directivas se permite que en los contratos de servicios las entidades adjudicadoras prescriban, en las especificaciones técnicas, características medioambientales en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, pudiendo emplear las especificaciones definidas en las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales. Asimismo, la norma comunitaria permite a las entidades adjudicadoras estipular condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, entre las cuales pueden incluirse consideraciones de tipo social y medioambiental.

Por otra parte, dichas disposiciones de Derecho derivado permiten a las entidades adjudicadoras que, en los contratos de obras y de servicios y en los casos adecuados, puedan exigir, a fin de comprobar la capacidad técnica del operador económico, que se indiquen las medidas de gestión medioambiental que aquél puede aplicar al ejecutar el contrato. En estos casos, las normas comunitarias disponen que, cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador eco-

nómico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, hagan referencia al EMAS<sup>6</sup> o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas internacionales o europeas en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas internacionales o europeas en la materia relativas a la certificación.

Por lo que respecta a los criterios de adjudicación, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE permiten que las entidades adjudicadoras, cuando la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, empleen criterios o características medioambientales.

### D) La jurisprudencia comunitaria

No puede concluirse este análisis jurídico sin realizar un apunte importante de dos pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) sobre la contratación pública ecológica, y que sirvieron de base a la aprobación de las dos Directivas sobre contratación mencionadas:

– Caso C-513/99, de 17 de septiembre de 2002, caso *Helsinki Bus*: el origen del conflicto era la participación en un procedimiento de contratación para renovar la red de autobuses de la capital finlandesa. El TJCE fue consultado sobre hasta qué punto pueden tenerse en cuenta los criterios medioambientales en la fase de adjudicación de un contrato. El Tribunal confirmó la posibilidad de introducir criterios medioambientales cuando se emplee el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, si bien deben darse cuatro condiciones: que esos criterios estén vinculados al objeto del contrato; que no permitan un grado ilimitado de elección a las autoridades contractuales, de modo que cualquier exigencia medioambiental debe estar especificada y ser objetivamente cuantificable; que se mencionen expresamente en los documentos del contrato o en el anuncio de licitación, y que sean compatibles con los principios generales de los tratados comunitarios.

– Caso C-448/01, de 4 de diciembre de 2003, caso *Wienstrom*: la disputa planteada ante el TJCE parte de varios licitadores que, conforme a los documentos del contrato en discusión, debían suministrar electricidad procedente de fuentes de energía renovables y que debían probar que habían dispuesto o podían disponer de una cantidad mínima de electricidad anual de fuentes de energía renovables equivalente al consumo anual estimado de los servicios federales. El Tribunal concluyó que es conforme con el Derecho comunitario emplear criterios ecológicos en la contratación, aunque no aporten un beneficio económico inmediato a la autoridad contratante; que es posible otorgar una importancia creciente a tales criterios; que es admisible establecer un criterio de oferta relacionado con el método de producción del producto que se adquiere, y que dichos criterios deben estar en todo caso vinculados con el objeto del contrato y deben ser susceptibles de control, lo que significa que las autoridades contratantes pueden exigir ciertos elementos que les permitan verificar la información proporcionada por los licitadores, como, por ejemplo, a través de certificados.

(6) EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*) es una normativa comunitaria de adopción voluntaria que acredita a las organizaciones públicas o privadas que han implantado un sistema de gestión medioambiental verificado mediante ecoauditorías independientes. Está regulado en el Reglamento (CE) núm. 761/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS).

## 6. INSTRUMENTOS NACIONALES SOBRE CPE

Sin duda, el instrumento legal más importante aprobado en nuestro país sobre CPE está constituido por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Se trata de una norma respecto a la cual el legislador reconoce su ascendente comunitario y el innegable referente que la contratación pública comunitaria ha constituido para las sucesivas normativas sobre contratación aprobadas en España en los últimos 20 años desde nuestro ingreso en la Comunidad Europea. La transposición de las citadas Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE fueron el acicate necesario para dictar una nueva normativa sobre contratos que derogó casi la totalidad del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000. Mientras que la Directiva 2004/18/CE fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la citada LCSP, la segunda Directiva mencionada, la 2004/17/CE, fue transpuesta por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

### A) La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

En lo que afecta a la Ley 30/2007, se introducen importantes novedades en el régimen de contratación pública conforme a la normativa europea. Así, en lo que respecta a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a las normas de contratación pública europea, la LCSP introduce consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.

En concreto, cuando la ley regula las partes del contrato (órgano de contratación y empresario) ya introduce el criterio medioambiental como causa suficiente para prohibir la contratación a aquellas personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por la comisión de infracciones en materia medioambiental conforme a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Téngase en cuenta que esa prohibición de contratar, en caso de concurrir, no produce efectos hasta su constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda (a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado). Así lo establece el artículo 14.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP. En el punto más álgido de la prohibición de contratar se encuentra la condena firme por la comisión de un delito relativo a la protección del medio ambiente de los previstos en los artículos 325 y siguientes del Código Penal, que tampoco producirá efectos hasta su constancia en el mencionado Registro Oficial.

Continuando con lo que respecta a la capacidad y solvencia del empresario, la LCSP dispone que la acreditación de la aptitud para contratar con el sector público exige la concurrencia de plena capacidad de obrar, no estar incurso en una prohibición de contratar, la acreditación de

la solvencia económica, financiera, técnica o profesional o la clasificación, además de la habilitación empresarial o profesional que sea exigible para realizar la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato. Pues bien, en lo que respecta a la solvencia técnica, la norma permite que el empresario pueda acreditarla, en los contratos de obras, mediante la indicación de las medidas de gestión medioambiental que haya aplicado al ejecutar el contrato; en los contratos de servicios, mediante la indicación de las medidas de gestión medioambiental que aquél podrá aplicar al ejecutar el contrato, y en los contratos de suministro, mediante los certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas, lo que sin duda puede incluir los certificados medioambientales como la etiqueta ecológica europea (EU Ecolabel<sup>7</sup>), el certificado de gestión ambiental ISO 14.001<sup>8</sup>, el certificado EMAS u otros certificados de carácter privado como el *Blue Angel*<sup>9</sup> o *Grüne Punkt*<sup>10</sup>, por citar algunos.

Específicamente, en aquellos contratos sujetos a una regulación armonizada en toda la UE, la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental se realizará mediante la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que demuestren que el empresario cumple aquellas normas, remitiéndose al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación.

La LCSP exige, de conformidad con las Directivas europeas, que los órganos de contratación españoles reconozcan los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la UE y que también acepten otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios.

Por lo que respecta al expediente de contratación, la LCSP exige que las prescripciones técnicas se definan, siempre que sea posible, teniendo en cuenta criterios de sostenibilidad y protección ambiental, siempre que el contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, de acuerdo con lo que establezca la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Asimismo, la norma permite que el pliego de prescripciones técnicas se defina, en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales, si bien la norma exige que se utilicen parámetros suficientemente precisos como para permitir que los licitadores puedan determinar fácilmente el objeto

(7) Etiqueta verde: creada en 1992 y que hoy es parte de la estrategia comunitaria recogida en la comentada Comunicación de la Comisión de 16 de julio de 2008 relativa a una contratación pública más ecológica. La ecoetiqueta coadyuva a la CPE porque facilita la fácil identificación de un producto o servicio verde y el cumplimiento de los requisitos comunitarios en materia medioambiental.

(8) ISO 14.001: certificado o norma ambiental internacional elaborada por la Organización Internacional para la Estandarización (ISO) en 1996, que establece herramientas y sistemas dirigidos a los procesos de producción interior de las organizaciones públicas y privadas y que se refiere a los efectos o externalidades que se derivan en el medio ambiente.

(9) *Blue Angel* es un certificado alemán dirigido a los productos y servicios que son medioambientalmente eficientes. Fue la primera etiqueta medioambiental de carácter mundial creada en 1978, que abrió el paso a otras etiquetas y certificados nacionales y supranacionales.

(10) *Grüne Punkt*: denominado "Punto verde", es un símbolo oficial de una red europea de sistemas industriales de reciclado de envases y embalajes de bienes de consumo. Fue creado en Alemania en 1991 y en la actualidad se enmarca en el contexto de la Directiva de Residuos de Envases y Embalajes 94/62/CE.

del contrato y para facilitar a los órganos de contratación su adjudicación. A renglón seguido, la norma dispone que, cuando se prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, podrán utilizarse prescripciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que éstas sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar todas las partes concernidas tales como organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y que sean accesibles a todas las partes interesadas.

La LCSP permite que los órganos de contratación indiquen que los productos o servicios provistos de una etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de prescripciones técnicas, debiendo aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos elaborado por un organismo técnico oficialmente reconocido, lo que incluye no sólo a los organismos españoles, sino también los reconocidos en otros Estados miembros.

En relación con la ejecución del contrato, la ley permite que los órganos de contratación establezcan condiciones especiales referidas a consideraciones medioambientales, con la condición de que sean compatibles con el Derecho comunitario y que se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Si no se cumpliesen esas condiciones es posible que los pliegos establezcan penalidades o hasta la resolución del contrato. Además, con el fin de facilitar la labor de los candidatos o licitadores, la ley prevé que el órgano de contratación indique en el pliego los organismos de los que aquéllos pueden obtener la información necesaria sobre las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato. Si el órgano administrativo realiza esa indicación, también podrá exigir a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del medio ambiente.

La ley prevé algunas especialidades aplicables a la preparación de determinados contratos, como en el contrato de concesión de obra pública, en el que el anteproyecto de construcción y explotación de la obra (documento potestativo si así lo decide la Administración Pública en función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características) debe contener una documentación mínima entre la que se encuentra una memoria que recoja los factores medioambientales considerados para atender el objetivo fijado. Asimismo, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas, en los términos y con el alcance que se fije en aquéllos, los licitadores podrán introducir las mejoras que estimen convenientes y que pueden referirse a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales.

En la fase de adjudicación de los contratos, la LCSP también recoge que en la selección del adjudicatario, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, deberán tenerse en cuenta criterios vinculados al objeto del contrato, entre otros las características medioambientales. Pero, además, la norma permite que se valore más de un criterio cuando proceda ejecutar contratos que puedan tener un impacto

significativo en el medio ambiente, dentro de los cuales se pueden tener en cuenta y valorar condiciones ambientales mesurables como el menor impacto ambiental, el ahorro y uso eficiente del agua, la energía y los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida (directamente inspirado en la normativa comunitaria), los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos. En esos casos, el órgano de contratación debe establecer unos criterios de ponderación relativa en función de una banda de valores con una amplitud adecuada.

Por otra parte, el incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente en las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo es causa justificante para la adjudicación del contrato mediante el procedimiento negociado.

Siguiendo con las normas especiales para determinados contratos, los criterios medioambientales han de ser tenidos en cuenta en el contrato de concesión de obra pública, de modo que una de las obligaciones previstas por la LCSP para el concesionario radica en mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa medioambiental que resulte de aplicación. También se prevé como una obligación a cumplir por el concesionario la protección del dominio público que quede vinculado a la concesión preservando sus valores ecológicos y ambientales.

### **B) Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales**

Por lo que respecta a la Ley 31/2007, su propósito es transponer no sólo la Directiva 2004/17/CE, sino también la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (esta última Directiva fue modificada por la posterior Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos). Desde un primer momento, la normativa comunitaria ha distinguido entre los contratos generales de las Administraciones Públicas y los contratos en los sectores específicamente citados, a los que sujeta a un régimen jurídico singular caracterizado en parte por una mayor flexibilidad en ámbitos como el de la selección del contratista. Ahora bien, puesto que el sector de las telecomunicaciones fue liberalizado posteriormente, la norma española incluye en su objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Todos los principios recogidos en la Directiva 2004/17/CE están presentes en la Ley 31/2007, de modo que se incluyen como criterios de adjudicación los ámbitos medioambientales, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Específicamente, la Ley 31/2007 prevé, dentro de la documentación del contrato, que las prescripciones técnicas sean definidas teniendo en cuenta criterios de sostenibilidad y protección ambiental definidos en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados

de la Contaminación, cuando el objeto del contrato pueda afectar al medio ambiente. Al igual que en la Ley 30/2007, la Ley 31/2007 permite que las prescripciones técnicas se formulen en términos de rendimiento o exigencias funcionales, pudiendo incluir características medioambientales, parámetros que deben ser lo suficientemente precisos como para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a las entidades contratantes adjudicar el contrato. En estos casos, la norma establece que las entidades contratantes utilicen las prescripciones detalladas o partes de éstas tal y como se definen en las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que se reúnan ciertas características dispuestas en la norma.

La Ley 31/2007 también prevé medidas de gestión medioambiental, de modo que para los contratos de obras y de servicios las entidades contratantes pueden exigir en ciertos casos, a fin de comprobar la capacidad técnica del operador económico, que se indiquen las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato. Además, cuando las entidades contratantes exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, la ley dispone, de acuerdo con la normativa europea, que hagan referencia al sistema comunitario de gestión y auditorías medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas internacionales o europeas en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas internacionales o europeas en la materia relativas a la certificación. Para ello, la Ley 31/2007 establece el principio de reconocimiento mutuo por las entidades contratantes de los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados de la UE, así como de otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de calidad y de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos.

Por lo que respecta a los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, la Ley 31/2007 dispone que, cuando se emplee el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, para la valoración de las proposiciones deberá atenderse a criterios vinculados con el objeto del contrato, entre los cuales se encuentran las características medioambientales. Si se trata de contratos cuya ejecución tenga o pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, la ley exige que se valoren condiciones ambientales mensurables tales como el menor impacto ambiental, la eficiencia energética, el coste del ciclo de vida, la generación de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

Dentro de las condiciones de ejecución del contrato, la norma dispone que se podrán establecer condiciones especiales siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y que se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en el pliego de condiciones. Además, las condiciones que regulen la ejecución del contrato podrán referirse a consideraciones medioambientales. Al igual que en la LCSP, la Ley 31/2007 recoge las obligaciones relativas a las disposiciones en materia de protección del medio ambiente, de modo que la entidad contratante podrá señalar en el pliego de condiciones el organismo u organismos de los que los candidatos o los licitadores pueden obtener la información pertinente sobre obligaciones de protección del medio ambiente que estén vigentes en el Estado, en la Comunidad Autónoma y en la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a las obras realizadas o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

## La contratación pública ecológica

Como contrapartida, la entidad contratante que facilite dicha información a los candidatos o licitadores les solicitará que indiquen que en la elaboración de su oferta han tenido en cuenta las obligaciones relativas a las disposiciones en materia de protección del medio ambiente.

### **C) Otras iniciativas e instrumentos nacionales sobre contratación pública ecológica; en especial, el Plan de Contratación Pública Verde**

Las previsiones medioambientales recogidas en la LCSP y en la Ley 31/2007 son complementadas por otros planes e iniciativas en la materia, tales como el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética en los edificios de la Administración General del Estado, el Proyecto de Plan Nacional Integrado de Residuos y la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia. Horizonte 2007-2012-2020.

Sin entrar en detalle en los instrumentos citados, es necesario centrar el análisis en otro instrumento de mayor interés como la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. Se trata de un plan que acoge la mayoría de las indicaciones o recomendaciones realizadas por la Comisión Europea en el Manual sobre contratación pública ecológica del año 2005, ya citado, y en el que se inspira claramente, como se verá.

Cada departamento ministerial (a través de su Subsecretaría) es responsable de la aplicación del plan, con independencia de que la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública<sup>11</sup> sea la responsable del seguimiento general de éste, atribuyéndole las siguientes funciones:

- Recibir los informes sobre los logros alcanzados en esta materia, que las Subsecretarías deberán elaborar cada 2 años.
- Elaborar con periodicidad bienal el informe general sobre el estado de la contratación pública verde, que se realizará a partir de los informes departamentales anteriormente citados y que se elevará para conocimiento al Consejo de Ministros.
- Colaborar a nivel nacional e internacional en las iniciativas, redes y grupos de trabajo que se puedan crear en el ámbito de la compra pública verde.
- Recopilar la información necesaria con la finalidad de proponer al Consejo de Ministros, si procede, la revisión del plan en el año 2010. En ella se fijará el calendario temporal progresivo para alcanzar, antes de 31 de diciembre de 2015, la totalidad de los objetivos acordados.

Esa Comisión Interministerial fue la encargada de la elaboración de un informe detallado en el que se especificaba el grado de incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, antecedente del plan aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 2008. El objetivo del “plan verde” era promover en toda la Administración General del Estado y sus organismos públicos:

(11) Comisión constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de mayo de 2006. Su constitución formal se produjo el 22 de septiembre de 2006, bajo la presidencia de la Subsecretaria del entonces Ministerio de Medio Ambiente.

- La compra y utilización de productos con bajo contenido o ausencia de sustancias peligrosas para la salud y el entorno,
- la compra y uso de productos reutilizables,
- la compra y uso de productos de larga duración,
- la compra y uso de productos con elementos fácilmente separables,
- la compra y uso de productos y materiales reciclables y separables,
- la compra y uso de materiales reciclados,
- la reducción en la generación de residuos y con su correcta gestión,
- el ahorro de recursos, energía o agua, y la
- mejora de la calidad ambiental, reduciendo la polución y los ruidos nocivos.

El plan de contratación pública verde tiene un ámbito subjetivo de aplicación premeditadamente amplio, ya que abarca tanto a la Administración General del Estado como a sus organismos públicos y a las entidades gestoras de la Seguridad Social, excluyendo tan sólo a algunas dependencias en arrendamiento. El objetivo del plan es establecer una conexión entre los procedimientos legales de contratación y la implantación de prácticas respetuosas con el medio ambiente, con la finalidad de que el 31 de diciembre de 2010 se alcance la meta prevista en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible<sup>12</sup>.

El plan recoge, en un anexo, todo un conjunto detallado de objetivos y medidas para ciertos grupos de productos, servicios y obras considerados prioritarios por la UE para la incorporación de criterios medioambientales. El plan español, al igual que antes hizo la Comisión Europea, se centra en algunas categorías de productos o servicios, que se cifran en ocho: construcción y mantenimiento, transporte, energía, equipos de oficina, papel y publicaciones, mobiliario, limpieza, y eventos. Como podrá comprobarse, el plan responde a la filosofía del Manual sobre CPE de la Comisión Europea del año 2005, acogiendo y desarrollando sus estrategias, definiciones y cláusulas recomendadas.

Si la Comisión Europea aconseja a los Estados que deseen implantar la CPE realizar una correcta definición del objeto del contrato según los productos, servicios y obras más adecuados en atención al impacto que tengan en el medio ambiente, si bien antes es aconsejable realizar una labor de formación y sensibilización adecuada de todos los agentes implicados, la Orden PRE/116/2008 contempla como medidas más importantes a este respecto las siguientes:

- Incluir en la relación de bienes y servicios declarados de contratación centralizada, siempre que se justifique en términos de eficiencia económica y eficacia administrativa, los suministros y servicios objeto del plan que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos.
- Realizar acciones de información y formación del personal encargado de la ejecución del plan.
- Realizar actuaciones para la mayor publicidad del plan.

(12) Documento fechado el 13 de diciembre de 2005 en Bruselas. COM (2005) 658 final.

## La contratación pública ecológica

- Realizar acciones de participación de los agentes económicos y sociales implicados.
- Realizar acciones de formación continua durante el período 2008-2010 destinadas a los funcionarios de las unidades responsables de la aplicación del plan, con cargo al presupuesto de gastos del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

La Comisión considera que el personal de compras debe contar con la formación jurídica, financiera y medioambiental necesaria para decidir cuándo y en qué medida se introducen los factores medioambientales en el procedimiento de contratación. Además, considera imprescindible transmitir la política de compras ecológica a una variedad de partes interesadas, entre las cuales se encuentran los proveedores, prestadores de servicios y contratistas.

Por otra parte, el Ejecutivo comunitario aconseja definir claramente los pliegos del contrato, tanto los de cláusulas administrativas particulares como los de prescripciones técnicas, de modo que se permite que los poderes adjudicadores establezcan especificaciones basadas en normas técnicas o en requisitos de ejecución. La Comisión Europea entiende que el enfoque centrado en la ejecución suele tener como efecto positivo promover la creatividad del mercado, favoreciendo el desarrollo de soluciones técnicas innovadoras. Por otra parte, la Comisión viene considerando que las normas técnicas medioambientales pueden referirse tanto a las normas europeas, a las autorizaciones técnicas comunitarias, a las normas internacionales, a las normas nacionales y a las especificaciones técnicas nacionales. A nivel europeo se recuerda al Comité Europeo de Normalización (CEN), al Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y al Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI) como principales organizaciones que crean normas técnicas medioambientales.

La Comisión Europea también abre la puerta a que los Estados miembros puedan pedir a los licitadores potenciales que presenten variantes ecológicas, lo que implica establecer una serie mínima de especificaciones técnicas para el producto que se desea comprar. En todo caso, para autorizar el uso de variantes en un procedimiento de contratación pública es preciso que se indique con antelación en el pliego de condiciones. Cabe, también, que se empleen etiquetas ecológicas, que proporcionan información útil sobre los costes inherentes a un producto, que van desde la extracción de las materias primas en la fase anterior a la producción, la producción y distribución, hasta la eliminación final. De hecho, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE permiten usar las principales especificaciones de las etiquetas ecológicas para definir el rendimiento o las exigencias funcionales en materia de medio ambiente. Esas mismas normas comunitarias permiten a los Estados definir los métodos de producción en las especificaciones técnicas, tales como que el producto se haya realizado con un material específico o que los materiales o las sustancias químicas empleadas no sean perjudiciales para el medio ambiente. A este respecto, la Orden PRE/116/2008 contempla como una de las medidas más importantes la siguiente:

- Elaborar cláusulas tipo en materia medioambiental para su inclusión por los distintos órganos de contratación en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares definidos en el artículo 99 de la LCSP.

La Comisión Europea recoge algunos criterios y recomendaciones dirigidos a los Estados miembros en relación con la selección de contratistas, atendiendo a aspectos medioambientales, tales como excluir a las empresas con actuaciones contrarias a las normas o a la legislación medioambiental, tener en cuenta la experiencia de una empresa y la cualificación profesional de su personal, solicitar justificantes de la capacidad técnica y exigir sistemas de gestión

medioambiental como EMAS (si bien no se puede exigir el registro en un sistema concreto). Por otra parte, los supuestos en los que el poder adjudicador puede excluir a un licitador se enumeran detalladamente en las Directivas citadas, lo que ha sido recogido en la normativa española. A este respecto, la Orden PRE/116/2008 contempla como una de las medidas más importantes la siguiente:

– Incluir en el Reglamento General de la LCSP, entre los criterios de solvencia profesional y técnica de las empresas, indicación de las medidas de gestión medioambiental que se estimen oportunas, conforme a lo previsto en la citada norma.

En lo que respecta a la aplicación de criterios medioambientales en la fase de adjudicación del contrato, la Comisión Europea ha establecido las siguientes recomendaciones a los Estados miembros, acogiendo la doctrina asentada por el TJCE: por un lado, es posible aplicar dichos criterios siempre que cumplan cuatro condiciones: estar vinculados al objeto del contrato, ser específicos y cuantificables objetivamente (de modo que no pueden otorgar al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, para lo cual se deben establecer criterios específicos, mensurables y que estén relacionados con el producto), deben publicarse previamente (indicando si el contrato se adjudicará en función del precio más bajo o de la oferta económicamente más ventajosa) y deben respetar el Derecho comunitario (haciendo hincapié en la jurisprudencia comunitaria, que pone el acento en el principio de no discriminación, como base de otros principios como la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento).

Por otra parte, la Comisión aconseja la adopción de un enfoque sobre el coste del ciclo de vida porque revela los costes verdaderos de un contrato, mejorando tanto la repercusión medioambiental como la situación financiera. Ello implica incluir en la decisión de compra todos los costes incurridos durante el ciclo de vida de un producto o servicio.

Por último, la Comisión entiende que las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE sobre contratos públicos permiten incluir de manera explícita los aspectos medioambientales en los criterios de adjudicación, en base a la jurisprudencia del TJCE que, en el ya mencionado asunto C-513/99, caso *Helsinki bus*, estableció la normativa básica sobre los criterios de adjudicación de tipo medioambiental.

Todas estas recomendaciones en la fase de adjudicación propuestas por la Comisión en su Manual de CPE están ya recogidas en nuestra normativa, por cuanto en la adjudicación de los contratos se garantiza a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, ajustando su actuación al principio de transparencia. También se hace gala de un régimen de publicidad riguroso, de modo que no sólo se contempla la posibilidad que tienen los órganos de contratación de publicar un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer los contratos de obras, suministros y servicios superiores a ciertas cuantías que tengan proyectado adjudicar en los 12 meses siguientes, sino que todos los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas (excepto de los negociados en ciertos supuestos) se publican en el BOE así como en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) cuando se trata de contratos sujetos a regulación armonizada.

Ya se ha comentado, asimismo, que la LCSP y la Ley 31/2007 recogen como criterios de selección del adjudicatario, mediante la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, aquellos que estén directamente vinculados al objeto del contrato (misma expresión que la exigida por la Comisión Europea), entre los

## La contratación pública ecológica

cuales se encuentran las características medioambientales. Esos criterios han de detallarse en el anuncio, conforme a la normativa española, y han de estar ponderados cuando se tomen en consideración más de uno de ellos.

La Comisión Europea también realiza recomendaciones en lo que respecta a la ejecución de los contratos, de modo que aconseja a los Estados miembros incluir en las cláusulas contractuales aspectos medioambientales en la fase de ejecución; también se sugiere que el poder adjudicador especifique la forma de suministro de las mercancías e incluso el medio de transporte, en aquellos contratos en que sea aplicable, y se menciona la obligación del contratista de respetar todas las cláusulas contractuales sobre las modalidades de ejecución que hayan sido introducidas por el poder adjudicador.

En general, nuestra normativa establece, a este respecto, que la ejecución de los contratos se ajustará estrictamente a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas (y al proyecto que sirve de base al contrato de obras y al contrato de concesión de obra pública) o a las características de tiempo y lugar establecidas en el contrato (en el caso del contrato de gestión de servicios públicos, del contrato de suministro y del contrato de servicios). Puesto que ya se ha mencionado que los pliegos pueden incluir prescripciones técnicas aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, y puesto que las prescripciones técnicas pueden definirse en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas últimas la contemplación de características medioambientales, parece que la normativa española en vigor también cumple con las recomendaciones que sobre esta fase de la contratación pública ecológica realiza la Comisión Europea. Asimismo, la normativa española sobre contratos permite a los órganos de contratación establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y que se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el mismo contrato. Entre esas condiciones especiales de ejecución se incluyen las consideraciones de tipo medioambiental, además de la posibilidad prevista en las leyes para que el órgano de contratación señale en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas al medio ambiente.



**I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA****Sumario:**

**1. Introducción.** **2. Principios generales.** **3. Fuentes.** **4. Recursos.** A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. D) Libre circulación de capitales.

**1. INTRODUCCIÓN**

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior. No obstante lo anterior, sin apartarse de la que viene siendo su “reiterada jurisprudencia” en estas materias, el Tribunal de Justicia nos ha brindado nuevos e interesantes argumentos para la reflexión durante el período que comprende esta crónica.

En las anteriores crónicas de esta revista hemos venido refiriéndonos a los sucesivos procesos de ratificación del Tratado de Lisboa por parte de los Estados miembro, que culminó con el levantamiento del veto irlandés y finalmente la aprobación del texto por Polonia, tras varios bloqueos. Ello permitió que por fin el Tratado de Lisboa haya entrado en vigor a todos los efectos con fecha 1 de diciembre de 2009, y que desde esta fecha debamos acostumbrarnos a mencionar a las Instituciones europeas con sus nuevos nombres. Lo más destacable es la “desaparición” de la Comunidad Europea (que ya perdió el adjetivo “económica” en 1992. Pues bien, desde 1 de diciembre de 2009 debemos hablar únicamente de “Unión Europea” (UE). Desaparece igualmente (al menos su nomenclatura) el Tratado de la Comunidad Europea, que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Los cambios alcanzan también al Tribunal de Luxemburgo, al que debemos acostumbrarnos a llamar Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

**2. PRINCIPIOS GENERALES**

La STJCE de 23 de diciembre de 2009, As. C-376/08, analiza si los principios generales de igualdad de trato y de proporcionalidad derivados de los artículos 43 y 49 de la CE deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece la exclusión automática de la participación en un procedimiento de adjudicación

de un contrato público y la imposición de sanciones penales tanto a un consorcio estable como a sus empresas miembros, cuando estas últimas han presentado ofertas que compiten con la presentada por el consorcio en el mismo procedimiento, aunque la oferta de dicho consorcio no se haya presentado por cuenta y en interés de dichas empresas.

La petición de decisión prejudicial, que se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad de construcción Serrantoni Srl y el Ayuntamiento de Milán en relación con la decisión de éste de excluir a la empresa de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras, tenía por objeto la interpretación del artículo 4 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y de los principios generales de igualdad de trato y de proporcionalidad.

En su sentencia, el Tribunal recuerda que debe reconocerse a los Estados miembro un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público (véase, en este sentido, la Sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, Rec. p. I-0000, apartado 44). Los Estados miembro son los que mejor pueden determinar, a la luz de consideraciones históricas, jurídicas, económicas o sociales que les son propias, las situaciones propicias para la aparición de comportamientos que pueden suponer el menoscabo de dichos principios (véase la sentencia *Michaniki*, antes citada, apartado 56). Sin embargo, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho comunitario (véase, en particular, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2004, *Swedish Match*, C-210/03, Rec. p. I-11893, apartado 47), las medidas adoptadas por los Estados miembro no deben exceder de lo necesario para alcanzar este objetivo (véanse, en este sentido, las Sentencias *Michaniki*, antes citada, apartados 48 y 61, y de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07, Rec. p. I-0000, apartados 21 y 23).

La normativa controvertida en el litigio principal establecía la exclusión automática de la participación en una licitación pública en el supuesto de ofertas simultáneas y competidoras presentadas por un establecimiento estable y por una o varias de las empresas que forman parte de él. La exclusión automática controvertida se aplicaba únicamente a los consorcios estables y a las empresas que los integran, y no a las demás formas de consorcios, como los de cooperativas de producción y trabajo y los de empresas artesanales. En cuanto a estas últimas formas de consorcios, según el artículo 37, apartado 7, del Decreto Legislativo 163/2006, la exclusión se aplicaba sólo en caso de ofertas competidoras presentadas por el consorcio en cuestión y por aquellas de las empresas que lo integran y por cuenta de las cuales aquél haya presentado una oferta. A este respecto, el Tribunal remitente señaló que todas estas formas de consorcios son esencialmente idénticas y no presentan entre ellas diferencias de finalidad ni de organización susceptibles de justificar una desigualdad de trato.

Pues bien, para el Tribunal la medida de exclusión automática controvertida en el litigio principal, que afecta únicamente a la forma del consorcio estable y a sus empresas miembros y que resulta de aplicación en caso de ofertas competidoras, independientemente de si el consorcio considerado participa o no en la licitación pública controvertida por cuenta y en interés de las empresas que han presentado una oferta, constituye un tratamiento discriminatorio en perjuicio de esta forma de consorcio y, por tanto, no es conforme con el principio de igualdad. Además, aun suponiendo que el trato controvertido se aplicase indistintamente a todas las formas de consorcios, o que el órgano jurisdiccional nacional declarase la existencia de elementos objetivos que puedan distinguir la situación de los consorcios estables de la de las demás formas de consorcios, una norma de exclusión automática como la controvertida en el litigio principal no sería, de todos modos, compatible con el principio de proporcionalidad. En efecto, según el Tribunal tal norma conlleva una presunción irrefutable de interferencia recíproca en los supuestos en que un consorcio y una o varias de las empresas que lo integren hayan presentado, en el mismo procedimiento de contratación pública, ofertas competidoras, aun cuando el consorcio en cuestión no haya intervenido en el procedimiento por cuenta y en interés de dichas empresas, sin que se les dé ni al consorcio ni a las empresas afectadas la posibilidad de probar que sus ofertas han sido elaboradas de manera totalmente independiente y que, en consecuencia, no existe riesgo de influir en la competencia entre los licitadores [véanse, en este sentido, en relación con los contratos públicos que entran, respectivamente, en el ámbito de aplicación de las Directivas 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), las sentencias, antes citadas, Michaniki, apartado 67, y Assitur, apartado 30]. Tal norma de exclusión sistemática, que conlleva también, para los poderes adjudicadores, una obligación absoluta de excluir a las entidades afectadas, incluso en los supuestos en que las relaciones entre estas últimas carezcan de repercusión en su comportamiento en los procedimientos en los que han participado, es contraria al interés comunitario de garantizar la participación más amplia posible de licitadores en una licitación y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia (véase, en este sentido, en relación con los contratos públicos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, la Sentencia Assitur, antes citada, apartados 26 a 29).

Por otra parte, el Tribunal recordó que, según su jurisprudencia reiterada, los artículos 43 y 49 de la CE se oponen a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios garantizada por estas disposiciones del Tratado (véanse, en este sentido, las Sentencias de 14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-299/02, Rec. p. I-9761, apartado 15, y de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Bélgica, C-433/04, Rec. p. I-10653, apartado 28). Una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una medida de exclusión automática en perjuicio de los consorcios estables y de sus empresas miembros, puede ejercer una influencia disuasiva en los operadores económicos establecidos en otros Estados miembro, a saber, por una

parte, los operadores que deseen establecerse en el Estado miembro afectado, creando un consorcio estable, constituido, en su caso, por empresas nacionales y extranjeras, y, por otra parte, aquellos que se planteen adherirse a tales consorcios ya constituidos, para poder participar más cómodamente en procedimientos de contratación pública organizados por los poderes adjudicadores de dicho Estado miembro y poder ofrecer así más fácilmente sus servicios. Semejante medida nacional, susceptible de tener un efecto disuasorio en los operadores económicos establecidos en otros Estados miembro, constituye para el Tribunal una restricción en el sentido de los artículos 43 y 49 de la CE (véase, en este sentido, la Sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 29), tanto más cuanto este efecto disuasorio se agrava por el riesgo que presentan las sanciones penales establecidas en la normativa nacional controvertida en el litigio principal. Sin embargo, una restricción como la controvertida en el litigio principal:

“puede justificarse, en su caso, en la medida en que persiga un objetivo legítimo de interés general y siempre que garantice la realización de éste y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. Ahora bien, en el presente asunto, es obligado declarar que no se justifica la restricción controvertida, pese a su objetivo legítimo de luchar contra las potenciales colusiones entre el consorcio en cuestión y las empresas que lo integran, habida cuenta de que, tal y como se desprende de los apartados 38 a 40 de la presente sentencia, va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Así pues, procede responder a la segunda cuestión que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece, en el procedimiento de adjudicación de un contrato público cuyo montante no alcanza el umbral establecido en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2004/18, pero que reviste un interés transfronterizo cierto, la exclusión automática de la participación en dicho procedimiento y la imposición de sanciones penales tanto a un consorcio estable como a sus empresas miembros, cuando estas últimas han presentado ofertas que compiten con la presentada por el consorcio en el mismo procedimiento, aunque la oferta de dicho consorcio no se haya presentado por cuenta y en interés de dichas empresas” (apartados 44 a 46 de la STJCE de de 23 de diciembre de 2009, C-376/08).

### 3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica, las SSTJCE de 26 de noviembre de 2009, As. C-211/09, Comisión c. Grecia, y As. C-202/09, Comisión c. Irlanda, y de 4 de febrero de 2010, As. C-185/09, Comisión c. Suecia, inciden en una reiterada doctrina del Alto Tribunal Comunitario con relación al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptar el Derecho interno a una Directiva comunitaria. En este sentido, la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto (fundamentos 7º, 10º y 9º, respectivamente). Además, el segundo de los pronunciamientos referidos también recuerda la imposibilidad de un Estado miembro de

## I. Derecho de la Unión Europea

alegar disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar su no adaptación a una Directiva en el plazo establecido (fundamento 11º).

Por su parte, la **STJCE de 23 de diciembre de 2009, As. C-45/08, Spector Photo Group y Van Raemdonck**, se refiere a dos temas muy interesantes. En primer lugar, a las cuestiones prejudiciales, señalando que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad disfrutaban de una presunción de pertinencia; de ese modo, la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando:

- Resulte evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.
- El problema sea de naturaleza hipotética.
- El Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

En segundo término, la citada Sentencia alude a los principios generales del Derecho, indicando que los derechos fundamentales forman parte de ellos. Además, va más allá al señalar que el respeto a los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios y que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de éstos.

Por último, la **STJCE de 14 de enero de 2010, As. C-233/08, Kyrian**, resalta que, a falta de disposiciones comunitarias expresas, corresponde a cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho comunitario (fundamento 62º). Además, dicha regulación de los recursos no será menos favorable que la referente a los derechos con origen en el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) y no podrá hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

### 4. RECURSOS

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

Durante el transcurso del tiempo entre la anterior crónica de jurisprudencia y la actual no han aumentado en gran número las sentencias recaídas en asuntos de recursos de anulación, así como también respecto de recursos por omisión. En relación con el recurso por omisión podemos recordar el **ATPI de 24 de noviembre de 2009, Szomborg/Comisión, As. T-228/08**, por medio del cual se declaró la inadmisibilidad del recurso de omisión que tenía por objeto declarar que la Comisión se ha abstenido de manera ilegal de presentar, dentro del plazo previsto, el informe científico previsto en el artículo 27 del Reglamento (CE) núm. 2187/2005 del Consejo, de 21 de diciembre de 2005, relativo a la conservación mediante medidas técnicas, de los recursos pesqueros en aguas del Mar

Báltico, los Belts y el Sund, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1434/98 y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 88/98.

No obstante, respecto a los recursos de anulación encontramos más sentencias, y así podemos recordar, entre otras, la **STPI (Sala Sexta) de 18 de noviembre de 2009, Scheucher-Fleisch y otros/Comisión, As. T-375/04**, en cuyo apartado cuadragésimo tercero, en relación con la afectación del recurrente, sostuvo que “los interesados en el sentido del artículo 88 de la CE, apartado 2, que con arreglo al artículo 230 de la CE, párrafo cuarto, pueden, en consecuencia, interponer un recurso de anulación, son las empresas o asociaciones que puedan verse afectadas en sus intereses por la concesión de la ayuda, en particular, las empresas competidoras de las beneficiarias de dicha ayuda y las organizaciones profesionales (sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink’s France, C-367/95 P, Rec. P.I-1719, apartado 41, y Comisión/Aktionsgemeinschaft Recht un Eigentum, citada en el apartado 40 *supra*, apartado 36)”. Otra sentencia que podemos recordar es la **STJCE (Sala Segunda) de 3 de diciembre de 2009, Hassan/Consejo y Comisión, As. Ac. C-399/06 P y C-403/06 P**, por medio de la cual se anularon las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2006, Hassan/Consejo y Comisión (T-49/04) y Ayadi/Consejo (T-253/02). La importancia de esta sentencia radica en que anuló, en lo que atañe al Sr. Hassan, el Reglamento (CE) núm. 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usama bin Laden, la red Al-Qaeda y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 467/2001 del Consejo, por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 46/2008 de la Comisión, de 18 de enero de 2008. Hay que recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61, párrafo primero, segunda frase, del Estatuto del Tribunal de Justicia, en caso de anulación de la resolución del Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Justicia podrá resolver definitivamente el litigio, cuando su Estado así lo permita. Cosa que sí sucedía en este asunto pero no en el asunto C-197/09 RX-II (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 17 de diciembre de 2009, Réexamen M/EMEA).

En la **STJCE (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisión, As. T-195/08**, el Tribunal General recordó la doctrina sobre el recurso de anulación que establece que quien impugne debe tener un interés en obtener la anulación del acto impugnado. Un interés que supone que la anulación de este acto puede tener, de por sí, consecuencias jurídicas y que el recurso pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto.

Respecto el Reino de España cabe recordar el **ATJCE (Sala Octava) de 14 de enero de 2010, Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)/Comisión, As. C-112/09 P**, por medio del cual desestimó el recurso de casación presentado por la SGAE, con lo cual quedó con plenos efectos el auto que declaraba que la SGAE había presentado un recurso

extemporáneo contra una decisión de la Comisión y por ello debía ser inadmitido este recurso.

Finalmente, debemos señalar la reciente **STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2010, Internationaler Hilfsfonds/Comisión, As. C-362/08 P**, en la cual el Tribunal de Justicia nuevamente recordó la jurisprudencia consolidada sobre la admisibilidad de los recursos de anulación sosteniendo que para calificar los actos impugnados hay que atenerse tanto a su contenido esencial como a la intención de sus autores antes que a su forma. Con lo cual, en principio, constituyen actos impugnables las medidas que fijan definitivamente la postura de la Comisión al finalizar un procedimiento administrativo y que tienden a producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, con exclusión de las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión definitiva, que carecen de tales efectos, y de los actos puramente confirmatorios de un acto anterior no impugnado dentro de plazo.

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

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

### **D) Cuestiones prejudiciales**

A diferencia de anteriores ocasiones, en las que el ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículos 13 y 19 del TUE en su versión consolidada, y artículos 251 y ss., del nuevo TFUE) apenas sí ha introducido elementos para la reflexión en lo que a la temática prejudicial se refiere (artículo 267 del TFUE), durante el período que comprende esta crónica han sido muchos y muy variados los argumentos que, sin apartarse de su reiterada jurisprudencia, nos ha propuesto la Corte comunitaria. Argumentos entre los que cabe destacar: a) las causas de inadmisibilidad; b) el concepto de órgano jurisdiccional (prejudicial); c) el alcance de la competencia de la Curia en este ámbito; d) la posibilidad de reabrir la fase oral del procedimiento; e) el interrogante acerca de si las partes tienen, o no, derecho a completar la petición formulada por el órgano de remisión; f) la cuestión de si el Convenio de Viena forma parte, o no, del contenido “interpretable” por el Tribunal, y g), finalmente, cómo debe ser entendida y a qué obliga la teoría de la interpretación conforme.

De estos argumentos, cabalmente, nos proponemos dar cuenta en las páginas que siguen. Y nos proponemos hacerlo de un modo sintético, al hilo de la exposición sistemática de las sentencias –a nuestro juicio– más significativas que ha pronunciado la Corte comunitaria en los últimos tres meses.

Así, y comenzado por los motivos o causas de inadmisibilidad, debemos mencionar entre otras: las SSTJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, C-196/08; de 15 de octubre de 2009, *Audiolux* y otros, As. C-101/08; de 22 de octubre de 2009, *Meerts*, as. C-116/08; la STJUE de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*, As. C-314/08; de 12 de enero de 2010, *Petersen*, As. C-341/08; de 14 de enero de 2010, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, As. C-304/08; de 22

de octubre de 2009, *Zurita García, As. C-348/08*, y de 23 de diciembre de 2009, *Spector Photo Group y Van Raemdonck, As. C-45/08*.

En relación con todas ellas, y puesto que su análisis pormenorizado resulta imposible en esta sede, baste decir que la máxima Corte comunitaria ha seguido un mismo esquema argumentativo, a saber: 1) ha partido de la premisa de que las cuestiones prejudiciales presentadas por un órgano jurisdiccional comunitario deben ser, en principio, admitidas y respondidas; 2) ha señalado, a continuación, que sólo en los casos en los que comparezcan una serie de motivos o circunstancias singulares, tasadas y reiteradamente identificadas por la jurisprudencia de la Corte puede desvirtuarse aquella premisa (p. ej., falta de elementos de hecho y Derecho suficientes en la petición de decisión prejudicial, que estemos en presencia de una cuestión meramente hipotética o que los preceptos invocados para su interpretación, o de cuya validez se duda, no formen parte del Derecho comunitario), y 3) que puesto que en ninguno de los casos examinados se he podido verificar la presencia de estas circunstancias o motivos que exceptuarían aquella premisa, el Tribunal de Justicia tan sólo ha podido declarar la admisión de la cuestión prejudicial planteada.

Valga como ejemplo de cuanto se acaba de señalar la ya mencionada **STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Spector Photo Group y Van Raemdonck, As. C-45/08***. Se trata, en efecto, de un pronunciamiento en el que (apdo. 24) una de las partes en el proceso principal (la *Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen* o CBFA), junto a los Gobiernos belga y alemán, dudan sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. En pocas palabras: alegan que las cuestiones planteadas son de carácter hipotético en la medida en que se refieren a la compatibilidad de un artículo de una Ley interna en su versión modificada, mientras que la resolución impugnada no se basa en esta disposición, sino en el mismo artículo de aquella Ley pero en su versión inicial.

Conforme al esquema antes expuesto, el Tribunal de Justicia se limita a continuación (apdo. 25 de la sentencia) a recordarnos que, en el seno de un procedimiento establecido por el artículo 234 de la CE (artículo 267 del actual TFUE), corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario –como aquí ocurre–, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse.

De hecho –insiste en recordarnos la Corte comunitaria (apdo. 26 de la sentencia)–, y según su reiterada doctrina, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. De modo que la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible: a) cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; b) cuando el problema es de naturaleza hipotética, o c) cuando el Tribunal de Justicia no

## I. Derecho de la Unión Europea

dispone de los elementos de hecho o de Derecho suficientes para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

Con base en lo anterior, y de nuevo según el esquema antes explicado, el Tribunal de Justicia constata finalmente (apdos. 27 y 28 de la sentencia) que en el caso de autos no parece que la interpretación solicitada de la norma de Derecho comunitario invocada (la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero) carezca de relación con la realidad o el objeto del litigio principal. Debe tenerse en cuenta, en efecto, que los hechos a los que alude el litigio principal son posteriores a la entrada en vigor de dicha Directiva y fueron sancionados con arreglo a la legislación nacional que prohíbe las operaciones con información privilegiada. No obstante, ello también indica que en la resolución de remisión se exponen los elementos fácticos y jurídicos necesarios para que el Tribunal de Justicia responda de modo útil a las cuestiones que se le plantean y se indican las disposiciones cuya interpretación se solicita. En su consecuencia (apdo. 29 de la sentencia), no existe otra posibilidad que declarar la petición de decisión prejudicial admisible.

Pasando al análisis del *concepto de órgano jurisdiccional*, y desde la sola perspectiva del mecanismo prejudicial comunitario, el Tribunal de Justicia nos recuerda asimismo, en dos de sus sentencias, cuáles son los caracteres que aquél deber reunir para ostentar dicha cualidad.

La primera de ellas es la **STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, As. C-205/08**, donde la Corte comunitaria nos indica (apdo. 35) que es órgano jurisdiccional –a los solos efectos del eventual planteamiento de una cuestión prejudicial–, y refiriéndose en este caso concreto al *Umweltsenat* (Consejo o Comisión Senatorial del Medio Ambiente de Austria), aquel que se caracteriza por: 1) su origen legal; 2) poseer la nota de permanencia; 3) disponer de una jurisdicción obligatoria; 4) actuar conforme a procedimientos contradictorios; 5) aplicar normas jurídicas para la resolución de los conflictos, y 6) ser independiente. Rasgos, todos ellos, que en opinión del Tribunal de Justicia adornan al *Umweltsenat* austríaco (apdos. 36 a 38 de la sentencia) y que, por tanto (apdo. 39), determinan que la cuestión por él planteada deba ser declarada admisible.

La segunda de las sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha reiterado su concepto de órgano jurisdiccional es la **STJUE de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMA*, As. C-305/08**. Un pronunciamiento ahora referido a la naturaleza –jurisdiccional o no– del *Consiglio di Stato italiano* y respecto del cual, precisa el Tribunal de Justicia, que si bien es cierto que no reúne de inicio todos los rasgos y características apuntadas en su reiterada jurisprudencia (valga como ejemplo la sentencia anterior), no lo es menos (apdo. 25 de este pronunciamiento) que, conforme también a su repetida jurisprudencia al respecto, cuando el *Consiglio di Stato* emite un dictamen en el marco de un tipo especial de procedimientos (el recurso extraordinario al que se refiere la Ley de Procedimiento italiana), sí que constituye un órgano jurisdiccional en el sentido querido por el artículo 234 del TCE (artículo 267 del actual TFUE). De modo que su petición prejudicial también debe ser admitida.

En tercer lugar, y en lo que atañe ya al *alcance de la competencia de la Curia* en el ámbito prejudicial, destacan asimismo dos sentencias, que tienen su origen en sendos planteamientos de esta índole formulados por órganos jurisdiccionales españoles.

La primera de ellas es la **STJUE de 10 de diciembre de 2009, Rodríguez Mayor y otros, As. C-323/08**, donde, ante la alegación de falta de competencia de la Corte formulada por los Gobiernos español y húngaro, así como por la Comisión Europea (apdos. 21 y 22 de la sentencia), y fundamentada en el hecho de que la Directiva controvertida (la 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembro que se refieren a los despidos colectivos) no resulta de aplicación en el supuesto de autos (dado que para que aquella Directiva sea aplicable a una situación como la controvertida en el litigio principal es preciso que el número de despidos sea al menos igual a veinte para un período de noventa días), el Tribunal de Justicia establece (apdo. 23) que, sin dejar de ser cierto lo anterior, la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, determina en su artículo 5 que no afecta a la facultad de los Estados miembro de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para éstos. Y ocurre, precisamente (apdo. 24 de la sentencia), que de la resolución de remisión se desprende que en Derecho español existen tales disposiciones, pues, con arreglo al artículo 51, apartado 1, párrafos primero y tercero, del Estatuto de los Trabajadores, el concepto de despido colectivo también incluye en el caso español la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre —eso sí— que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco y cuando el despido se produce como consecuencia del cese total de su actividad fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A ello hay que añadir (apdo. 25 de la sentencia) que el órgano jurisdiccional remitente indica que en el litigio principal la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla empleada por una de las partes (el Sr. De las Heras Dávila), y como consecuencia del fallecimiento de éste, debería estar comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones mencionadas en el apartado anterior, y también debería calificarse de despido colectivo. De hecho, el mencionado órgano jurisdiccional considera que, en caso contrario, existiría una diferencia de trato contraria a la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, y al concepto de “despidos colectivos” en el sentido de dicha norma.

A este respecto, señala el Tribunal de Justicia (apdo. 26 de la sentencia): “... conviene evidenciar que la petición de decisión prejudicial se refiere, evidentemente, a un caso de extinción de relaciones laborales cuyo número es inferior a los umbrales previstos en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio...”. Pero también que (apdo. 27), dado que el legislador nacional decidió incluir en el concepto de despidos colectivos —en el sentido de la mencionada Directiva— casos que tampoco están comprendidos en su ámbito de aplicación (al tiempo que dejó fuera de ese concepto casos como el del litigio principal), existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicho concepto y las soluciones tomadas del Derecho comunitario vinculadas a él reciban una interpretación uniforme; cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse.

Así pues (apdo. 28 de la sentencia), y en virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se considera competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. Y ello partiendo de la premisa de que la normativa española asimila

## I. Derecho de la Unión Europea

determinados tipos de extinción del contrato de trabajo que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, a los “despidos colectivos” contemplados en ella. Mientras que, según aquella normativa interna, otros tipos de extinción del contrato de trabajo que pueden afectar al mismo número de trabajadores –concretamente la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla como consecuencia de la muerte del empresario– no están comprendidos en el concepto de “despidos colectivos”.

La segunda sentencia a la que antes nos referíamos, en la que se pone en duda el alcance de la competencia del Tribunal y que tiene su origen en el planteamiento prejudicial de un órgano jurisdiccional español, es la **STJUE de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, As. C-118/08**. Por lo que respecta a este pronunciamiento, baste señalar que, según el Gobierno español (apdo. 22 de la sentencia), la Corte comunitaria resulta incompetente para pronunciarse sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de resoluciones judiciales como las que conforman la jurisprudencia nacional controvertida, dado que el máximo órgano jurisdiccional interno (el Tribunal Supremo), y proponente a su vez de esta cuestión prejudicial, puede modificarla si considera que no es compatible con dicho Derecho.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cambio (apdo. 23 de la sentencia) considera que, según su reiterada jurisprudencia y si bien es cierto que no le corresponde –en el marco de un procedimiento prejudicial– apreciar la conformidad del Derecho (o jurisprudencia) nacional con el Derecho de la Unión, ha declarado en numerosas ocasiones que sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación pertenecientes a dicho Derecho que pueden permitirle apreciar tal conformidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido. Y que (apdo. 24 de la sentencia), a tal fin y como ha señalado el Abogado General en el punto 13 de sus conclusiones a este procedimiento, el origen legislativo, administrativo o judicial de las normas nacionales cuya conformidad con el Derecho de la Unión ha de apreciar el tribunal remitente a la luz de los elementos de interpretación que le proporciona el Tribunal de Justicia no afecta en ningún modo a la competencia de éste para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial.

A mayor abundamiento (apdo. 25 de la sentencia), la Curia comunitaria subraya que, según su jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 267 del TFUE, corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. En otros términos: cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho de la Unión, en principio, el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse.

Sentado lo anterior, y en el caso de autos (apdo. 26), sucede, justamente, que no se solicita al Tribunal de Justicia que interprete el Derecho nacional o una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional, sino que proporcione al tribunal remitente elementos de interpretación de los principios de efectividad y equivalencia para permitirle apreciar si,

en virtud del Derecho de la Unión, está obligado a inaplicar normas nacionales relativas a los recursos de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción de dicho Derecho por una ley nacional.

Es por ello (apdo. 27 de la sentencia) que el Tribunal de Justicia se declara competente para resolver la petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo español.

En cuarto lugar, la Corte comunitaria también ha tenido ocasión, durante el período de tiempo que comprende esta crónica, de posicionarse acerca del mecanismo de la *reapertura de la fase oral* del procedimiento. Y lo ha hecho en la **STJUE de 14 de enero de 2010, Stadt Papenburg, As. C-226/08**.

En este caso (apdo. 19 de la sentencia), el representante legal del *Stadt Papenburg* (el municipio alemán de *Papenburg*) solicita al Tribunal de Justicia que ordene la *reapertura de la fase oral*, con arreglo al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento. En apoyo de esta pretensión (apdo. 20) indica que el Abogado General, en sus conclusiones sobre este asunto, había articulado la respuesta que proponía dar al Tribunal de Justicia a la quinta cuestión prejudicial planteada sobre la base de una descripción de los datos y de los hechos que pueden inducir a error al Tribunal de Justicia. En particular, el representante del *Stadt Papenburg* pone de manifiesto que, contrariamente a lo que daba a entender el Abogado General en sus conclusiones, la decisión de conformidad de una de las partes en el proceso principal (la *Wasser-und Schiffahrtsdirektion Nordwest*, de 31 de mayo de 1994), por la que se autorizó al propio *Stadt Papenburg*, al *Landkreis Emsland* y al *Wasser-und Schiffahrtsamt Emden* a efectuar obras de dragado del río Ems (cuando ello se considerara necesario) no es la primera decisión de esta índole acerca de la navegabilidad del río Ems. Aún más, de otra parte, pero en este mismo sentido, el representante del *Stadt Papenburg* señala que no cabe considerar que el Ems sea un río que, en su estado natural, permita navegar a los buques de 6,3 metros de calado (aspecto este relevante en el proceso principal), sino que tal eventualidad sólo es posible como resultado de unos dragados autorizados anteriormente. Por último, el Abogado del *Stadt Papenburg* insiste en la necesidad de reabrir la fase oral del procedimiento prejudicial a la luz, también, de su disconformidad con las alegaciones formuladas por el Abogado General en apoyo de su respuesta a una de las cuestiones prejudiciales (la primera).

El Tribunal de Justicia, por el contrario (apdo. 21 de la sentencia), nos recuerda sobre este particular que es cierto que puede ordenar de oficio, o a propuesta del Abogado General, o a instancia de las partes, la *reapertura de la fase oral* conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento. Pero también que ello sólo es posible si considera que no está suficientemente informado, o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes. Y dado que en el caso de autos (apdo. 22 de la sentencia), el propio representante legal del *Stadt Papenburg* afirma en sus alegaciones, por un lado, que algunos hechos en los que se funda el planteamiento de la Abogado General son inexactos y, por otro, que la postura de ésta acerca de la interpretación del artículo 4, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva sobre los hábitats es errónea, forzoso es reconocer (apdo. 24 de la sentencia) que la resolución de remisión contiene todas las in-

## I. Derecho de la Unión Europea

formaciones necesarias para que el Tribunal de Justicia pueda responder adecuadamente a las cuestiones que se le han planteado y, en particular, a la primera cuestión.

A la luz de esta circunstancia (apdos. 25 y 26 de la sentencia), no figura dato alguno –a juicio de la Corte– que ponga de manifiesto ni la utilidad ni la necesidad de la reapertura de la fase oral. En su consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión, oído el Abogado General, decide en este caso –como en tantos otros– que no procede ordenar la reapertura de la fase oral.

En quinto lugar, la Curia europea ha tenido ocasión de establecer –y esto no es frecuente– que “las partes en un procedimiento prejudicial no pueden completar ni exigir que el órgano remitente complete su escrito de remisión”, hecho este que, por lo demás, no afecta a la competencia del Tribunal de Justicia para responder a la cuestión en los términos en los que le ha sido remitida. Al menos ésa es la conclusión que parece deducirse de la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Hochtief y Linde-Kca-Dresden*, As. C-138/08.

En esta sentencia (apdo. 19), en efecto, la Corte comunitaria se enfrenta a la poco frecuente circunstancia de que algunas de las partes recurrentes en el litigio principal consideran que el órgano jurisdiccional remitente debería haber completado las cuestiones planteadas con otra relativa a la inobservancia en la legislación húngara de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de proporcionalidad.

Sin embargo (apdo. 20 de la sentencia), el Tribunal de Justicia les recuerda que, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 234 del TCE (artículo 267 del TFUE), corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del asunto pendiente ante él, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Y que (apdo. 21 de la sentencia), por tanto, la facultad de determinar las cuestiones que deben someterse al Tribunal de Justicia corresponde exclusivamente al juez nacional, no pudiendo las partes modificar su contenido.

A ello añade la Corte comunitaria (apdo. 22 de la sentencia) que la modificación material de las cuestiones prejudiciales o la respuesta a las cuestiones complementarias formuladas por las recurrentes del litigio principal en sus observaciones sería incompatible con la función que el artículo 234 del TCE (267 del TFUE) confiere al Tribunal de Justicia, así como con su obligación de garantizar que los Gobiernos de los Estados miembro y las partes interesadas tengan la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, habida cuenta de que, con arreglo a esta disposición, a las partes interesadas sólo se les notifican las resoluciones de remisión.

En vista de todo lo anterior (apdo. 23 de la sentencia) y dado que el órgano jurisdiccional remitente no ha considerado necesario ni pertinente plantear una cuestión sobre las razones o circunstancias por las que se excluyó a las partes recurrentes del litigio principal de que se trata, el Tribunal de Justicia no puede realizar ningún análisis al respecto y procede a responder a las cuestiones suscitadas.

En sexto lugar, y durante estos últimos tres meses, la Corte comunitaria también ha tenido ocasión de resolver la duda de si el *Convenio de Varsovia* para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en el 12 de octubre de 1929 (en su versión modificada en último lugar por los cuatro Protocolos adicionales de Montreal de 25 de septiembre de 1975, en lo sucesivo, *Convenio de Varsovia*) puede ser objeto, o no, de interpretación prejudicial por parte del tribunal de Justicia. Y lo ha hecho a raíz de la situación que se verifica en la **STJUE de 22 de octubre de 2009, Bogiatzi (épouse Ventouras), As. C-301/08**.

En esta sentencia, en efecto, una de las partes en el procedimiento principal (Luxair) sostiene la tesis (apdo. 17 de esta resolución) de que en el litigio principal el Tribunal de Justicia, en realidad, no ha de interpretar el *Convenio de Varsovia*, sino que debe aplicar el artículo 307 del TCE (artículo 351 del TFUE), en virtud del cual y en caso de conflicto entre una norma comunitaria y un *Convenio* anterior al Tratado CE, el principio de primacía no afecta a la obligación del Estado miembro con los Estados terceros.

La Corte comunitaria, en cambio (apdo. 18 de la sentencia), argumenta que el artículo 307 del TCE, párrafo primero, tiene por objeto –según su jurisprudencia reiterada– precisar, de conformidad con los principios de Derecho internacional, que la aplicación del Tratado no afecta al compromiso del Estado miembro de que se trate de respetar los derechos de los países terceros que resultan de un *convenio* anterior y de cumplir sus obligaciones correspondientes.

Ahora bien (apdo. 19 de la sentencia), el Tribunal de Justicia matiza igualmente que, en su reiterada jurisprudencia, ha establecido que las disposiciones de un *convenio* celebrado antes de la entrada en vigor del Tratado no pueden invocarse en las relaciones intracomunitarias. Por lo tanto (apdo. 20), no procede aplicar el artículo 307 del TCE. Supuesto esto (apdo. 21 de la sentencia), advierte la Corte Comunitaria que parece evidente que, antes de responder a las cuestiones planteadas, ha de resolverse, justamente, si el Tribunal de Justicia tiene o no competencia para interpretar el *Convenio de Varsovia*.

En relación con este interrogante, comienza indicando el Tribunal (apdo. 22 de la sentencia) que, en virtud del artículo 234 del TCE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de dicho Tratado y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad. Y que, por tanto (apdo. 23 de este pronunciamiento) y según su reiterada jurisprudencia al respecto, un acuerdo celebrado por el Consejo (conforme a los artículos 300 y 310 del TCE, esto es, artículos 218 y 217, respectivamente, del TFUE) constituye, en lo relativo a la Comunidad, un acto adoptado por una de sus instituciones en el sentido del artículo 234 de la CE, párrafo primero, letra b). Por consiguiente, y a partir de la entrada en vigor de tal acuerdo, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario y, en el marco de éste, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial acerca de la interpretación de dicho acuerdo.

Dicho esto –vuelve a precisar el Tribunal– ocurre que en el litigio principal ha quedado acreditado que la Comunidad no es parte contratante del *Convenio de Varsovia* (apdo. 24 de la sentencia) y que, en buena lógica y en oposición a cuanto se acaba de indicar, el

## I. Derecho de la Unión Europea

Tribunal de Justicia no sería, en principio, competente para interpretar, en el marco de un procedimiento de decisión prejudicial, las disposiciones de dicho Convenio.

Sin embargo, vuelve a matizar la Corte comunitaria (apdo. 25 de este pronunciamiento), ya en anteriores sentencias ha declarado que cuando la Comunidad ha asumido en virtud del Tratado de la CE las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembro en el ámbito de aplicación de un convenio internacional y, por consiguiente, las disposiciones de éste tienen efecto vinculante para la Comunidad, ésta es competente para interpretar dicho convenio, aun cuando éste no haya sido ratificado por la Comunidad.

A continuación, en los apartados 26 a 31 de la sentencia, el Tribunal de Justicia examina, cabalmente, si se verifica la anterior condición. Es decir, si la Comunidad ha asumido o no las competencias previamente ejercidas por los Estados respecto del Convenio de Varsovia, llegando a una conclusión negativa (apdo. 32 de esta sentencia). Y si así ocurre, y en palabras del propio Tribunal de Justicia (apdo. 33 de este pronunciamiento) nos encontramos en presencia de un supuesto de "... falta de una transferencia plena de las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembro a la Comunidad..."; por lo que ésta no puede (por el mero dato de que en el momento de los hechos todos esos Estados fueran partes contratantes del Convenio de Varsovia) estar vinculada por la reglas de ese Convenio, que la propia Comunidad no ha aprobado.

En suma (apdo. 34 de la sentencia), y a la luz de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia no puede sino resolver que el Convenio de Varsovia no forma parte de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, cuya interpretación es competencia del Tribunal de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del TCE. Lo que significa, a su vez, que varias de las cuestiones prejudiciales planteadas en el procedimiento principal van a quedar sin respuesta.

Para poner punto y final a este repaso por las principales sentencias del Tribunal de Justicia en el último trimestre y, a su través, del último de los argumentos en ellas abordados por la corte, hemos de detenernos en la **STJUE de 27 de octubre de 2009, EZ, As. C-115/08**.

Se trata éste de un pronunciamiento especialmente señalado, pues nos brinda la ocasión de repasar cuál es el estado de la cuestión en relación con una temática poco habitual, como lo es: la obligación (teoría) que tienen los jueces internos de *interpretar las normas internas de manera conforme* cuando una disposición comunitaria es objeto de debate en un procedimiento interno en el que aquella disposición aún no ha sido transpuesta o contraviene lo establecido en una norma, o interpretación jurisprudencial, nacional (es el caso, por ejemplo, de situaciones en las que una directiva no ha sido trasladada al Ordenamiento nacional en tiempo y forma cumpliendo, además, con los requisitos de claridad, incondicionalidad y precisión).

En torno a esta temática, y al hilo de una cuestión prejudicial en la que la anterior sentencia tiene su causa, el Tribunal de Justicia comienza precisando (apdo. 137) que el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia y en lo que aquí interesa, sobre las derivaciones que tendría una posible desconformidad con el Derecho comunitario de la interpretación actualmente mantenida por los órganos jurisdiccionales nacionales respecto a la normativa en cuestión en el litigio principal.

A este respecto el propio Tribunal de Justicia (apdo. 138 de la sentencia) expone que, en virtud de su reiterada jurisprudencia en relación con el artículo 10 del TCE (artículo 4.3 del TUE en su versión consolidada), los Estados miembro tienen el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario que se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de sus competencias.

De hecho, y desarrollando esta misma tesis, la Corte comunitaria señala en este apartado 138 de la sentencia que, cabalmente, corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario. Y que, asimismo y si dicha aplicación conforme no fuera posible, el órgano jurisdiccional nacional deberá aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario.

Conforme a lo anterior, continúa argumentando el Tribunal de Justicia (apdo. 139 de la sentencia), procede responder a las preguntas planteadas en el litigio principal declarando que el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado CEEA se opone a la aplicación de una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual una empresa que dispone de las autorizaciones administrativas exigidas para explotar una central nuclear situada en el territorio de otro Estado miembro puede ser objeto de una demanda judicial que pretenda obtener la cesación de las perturbaciones o de los riesgos de perturbaciones de dicha instalación en las fincas vecinas, mientras que las empresas que disponen de una instalación industrial situada en el Estado miembro del foro y que poseen una autorización administrativa en dicho Estado no pueden ser objeto de tal demanda, y sólo están expuestas a una demanda que pretenda el pago de una indemnización por los daños sufridos en una finca vecina.

En conclusión (apdo. 140 de la sentencia), y conforme al parecer del Tribunal de Justicia, procede responder que corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme a las exigencias del Derecho comunitario. De hecho, y si dicha aplicación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario.

### **E) Medidas cautelares**

En lo que concierne a este temática, no se han producido variaciones significativas de las que dar cuenta en la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión durante el período que comprende esta crónica.

### 5. MERCADO INTERIOR

#### A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 20 de noviembre de 2009 al 15 de febrero de 2010), se ha dictado solamente una sentencia en esta materia. Se trata de la **STJUE (Sala Tercera) de 28 de enero de 2010, Comisión contra Francia, As. C-333/08**. En esta sentencia se analiza (y condena, ya lo adelantamos) a Francia por incumplimiento del artículo 28 del TCE al haber establecido, para los aditivos o “auxiliares tecnológicos” (en lo sucesivo, AT) y productos alimenticios en cuya elaboración se hayan empleado dichos aditivos procedentes de otros Estados miembro en los que se fabrican y/o comercializan legalmente, un procedimiento de autorización previa que no respeta el principio de proporcionalidad.

Los AT son sustancias empleadas en el proceso de elaboración o de fabricación de un producto alimenticio con el objeto de obtener determinado efecto técnico durante ese proceso. Los Estados miembro tienen libertad para regular el uso de los AT dentro del respeto de las reglas del TCE. La norma comunitaria de referencia es la Directiva 89/107/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembro sobre los aditivos alimentarios autorizados en los productos alimenticios destinados al consumo humano. Por su parte, la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, establece un procedimiento de información (Estados-Comisión) en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Y por último, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembro en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios dispone que el etiquetado de los productos alimenticios implicará solamente determinadas indicaciones obligatorias, incluida la lista de ingredientes, no considerándose ingredientes los aditivos utilizados como AT.

A esta normativa hay que añadir el Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, cuyo texto proporciona la base para asegurar un nivel elevado de protección de la salud de las personas y de los intereses de los consumidores en relación con los alimentos, teniendo en cuenta la diversidad del suministro de alimentos, incluidos los productos tradicionales, al tiempo que se garantiza el funcionamiento eficaz del mercado interior. Dicho Reglamento establece principios y responsabilidades comunes, los medios para proporcionar una base científica sólida y disposiciones y procedimientos organizativos eficientes en los que basar la toma de decisiones en cuestiones referentes a la seguridad de los alimentos y los piensos. Esta norma establece el principio de cautela, requisitos de seguridad alimentaria, y un listado de alimentos nocivos para la salud.

Por su parte, Francia contaba con un viejo Decreto de 15 de abril de 1912, el cual prohíbe expresamente la posesión para la venta, la oferta o la venta de cualquier mercancía y producto destinado a la alimentación humana cuando se le hayan añadido productos químicos distintos de aquellos cuya utilización haya sido declarada lícita por las Autoridades francesas. El problema y la eventual colisión con el Derecho comunitario lo planteaba el

Decreto núm. 2001-725, de 31 de julio de 2001, sobre los aditivos que podían utilizarse con fines tecnológicos en la fabricación de los productos destinados a la alimentación humana. En 2006 Francia aprobó un Decreto Ministerial, regulador de la utilización de aditivos tecnológicos en la elaboración de algunos productos alimenticios, que derogó la normativa anterior e incluyó en un Anexo la lista de los AT cuya utilización se autoriza en Francia. Establece los requisitos de utilización de dichos AT, los contenidos máximos residuales autorizados y los criterios de pureza aplicables.

En su demanda, la Comisión alega tres motivos frente a la normativa controvertida:

1º) En primer lugar, la inexistencia de una justificación basada en el objetivo de protección de la salud pública para los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados de los procedimientos de autorización previa previstos por dicha normativa; El TJCE comienza por recordar su jurisprudencia constante sobre el tema: la libre circulación de mercancías entre los Estados miembro es un principio fundamental del TCE, concretado en la prohibición del artículo 28 del TCE, de las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembro, así como de todas las medidas de efecto equivalente. Por su parte, la prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones establecida en el artículo 28 del TCE se dirige a cualquier normativa comercial de los Estados miembro que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (Sentencias de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74; de 23 de septiembre de 2003, *Comisión/Dinamarca*, C-192/01<sup>1</sup>, y de 5 de febrero de 2004, *Comisión/Francia*, C-24/00)<sup>2</sup>.

El procedimiento de autorización previa previsto por el Decreto de 1912 constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa en el sentido del artículo 28 del TCE que encarece, dificulta e incluso imposibilita la comercialización de AT y de productos alimenticios en cuya preparación se hayan empleado AT fabricados y/o comercializados legalmente en otros Estados miembro. Una normativa nacional que supedita a autorización previa el empleo de una sustancia nutritiva en un producto alimenticio fabricado y/o comercializado legalmente en otros Estados miembro no es contraria, en principio, al Derecho comunitario si se cumplen ciertos requisitos (Sentencia de 16 de julio de 1992, *Comisión/Francia*, C-344/90). Pero dicha normativa debe prever un procedimiento que permita a los operadores económicos obtener la inclusión de la referida sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas. Dicho procedimiento debe ser fácilmente accesible y debe poderse concluir dentro de un plazo razonable y, si desemboca en una decisión denegatoria, ésta debe ser recurrible judicialmente (Sentencia de 16 de julio de 1992, *Comisión/Francia*).

(1) Comentada en el número 22 de esta Revista (enero de 2004), págs. 69-70 y 271-272 y también en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 64 y 73. Un comentario a esta sentencia puede verse asimismo en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16 (octubre-diciembre de 2005), por Ana CARRETERO GARCÍA, págs. 583 y 584.

(2) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 63, 64 y 65. Un comentario a esta sentencia puede verse también en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16 (octubre-diciembre de 2005), por Ana CARRETERO GARCÍA, págs. 584 a 586.

## I. Derecho de la Unión Europea

Por otra parte, las autoridades nacionales competentes únicamente pueden denegar una solicitud de inclusión de una sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas si dicha sustancia constituye un verdadero riesgo para la salud pública. Y a falta de armonización y en la medida en que subsistan dudas en el estado actual de la investigación científica, corresponde a los Estados decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar y exigir o no una autorización previa a la comercialización de los AT y de los productos alimenticios en cuya preparación se hayan empleado AT, aunque teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la UE (Sentencias de 14 de julio de 1983, Sandoz, 174/82; de 13 de diciembre de 1990 y Bellon, C-42/90). Dicha facultad de apreciación relativa a la protección de la salud pública es particularmente importante cuando se acredita que subsisten dudas en el estado actual de la investigación científica acerca de determinadas sustancias utilizadas en la preparación de productos alimenticios.

El artículo 30 del TCE establece una excepción, de interpretación estricta, a la regla de la libre circulación de mercancías en el interior de la Comunidad; por ello incumbe a las autoridades nacionales que lo invocan demostrar en cada caso, habida cuenta de los resultados de la investigación científica internacional, que su normativa es necesaria para proteger de un modo efectivo los intereses contemplados en dicha disposición y, en especial, que la comercialización de los productos de que se trata plantea un riesgo real para la salud pública.

Una decisión de prohibir la comercialización sólo puede adoptarse si el riesgo real para la salud pública que se haya alegado resulta suficientemente acreditado sobre la base de los datos científicos más recientes disponibles en la fecha de adopción de tal decisión. El análisis del riesgo que el Estado miembro está obligado a realizar tiene por objeto apreciar el grado de probabilidad de que la utilización de AT en la preparación de productos alimenticios tenga efectos nefastos para la salud humana y la gravedad de dichos efectos potenciales. En esas circunstancias debe admitirse que un Estado miembro, en virtud del principio de cautela, puede adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos (Sentencias de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union y otros, C-157/96<sup>3</sup>). Sin embargo, el análisis del riesgo no puede basarse en consideraciones puramente hipotéticas (Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Monsanto Agricultura Italia y otros, C-236/01<sup>4</sup>).

En el presente asunto, Francia justificaba el procedimiento de autorización previa impuesto por su normativa escudándose en los riesgos potenciales que presentan para la salud determinadas categorías de AT. Sin embargo, si bien existen riesgos respecto de determinadas categorías de AT, la normativa nacional debe estar enfocada y claramente justificada respecto a dichas categorías y no debe contemplar todos los AT ni todos los productos alimenticios en cuya preparación se hayan utilizado AT no comprendidos en esas cate-

(3) Comentada en el número 1 de esta Revista (octubre de 1998), pág. 44.

(4) Comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), pág. 54. Un comentario a esta sentencia puede verse también en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 13 (enero-marzo de 2005), págs. 111 y ss., por César CIERCO SEIRA y en la *Revista Española de Derecho Europeo*; núm. 16 (octubre-diciembre de 2005), por Ana CARRETERO GARCÍA, págs. 581 a 583.

gorías peligrosas o sospechosas. No es suficiente basarse en los riesgos potenciales que representan las sustancias o los productos sometidos a autorización.

El régimen de autorización previa previsto por el Decreto de 1912 es desproporcionado en la medida en que se prohíbe sistemáticamente la comercialización de todo AT o de todo producto alimenticio en cuya preparación se hayan utilizado AT fabricados y/o comercializados legalmente en otros Estados miembro, sin hacer distinciones en función de los diferentes AT o del nivel de riesgo para la salud que su utilización pueda presentar eventualmente. Por su carácter sistemático, el Decreto de 1912 no permite respetar el Derecho comunitario en lo que respecta a la identificación previa de los efectos nocivos de los AT y a la evaluación del riesgo real para la salud que presentan, riesgos que exigen un examen en profundidad, caso por caso, de los efectos que podría llevar aparejada la utilización de los AT en cuestión.

Un Estado no puede justificar un régimen de autorización previa sistemático e indiscriminado como el previsto por el Decreto de 1912 alegando la imposibilidad de iniciar exámenes previos más exhaustivos debido a la considerable cantidad de AT utilizables o al hecho de que los procesos de fabricación estén en constante evolución. Como se desprende del Reglamento núm. 178/2002, este enfoque no responde a los requisitos establecidos por el legislador comunitario en lo que atañe a la normativa alimentaria tanto comunitaria como nacional, cuyo objetivo general es alcanzar un nivel de protección de la salud elevado.

El mero hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las aplicables en otro Estado miembro no significa por sí mismo que estas últimas sean incompatibles con los artículos 28 y 30 del TCE (Sentencia de 26 de enero de 2006, Comisión/España, C-514/03<sup>5</sup>). No obstante, el hecho de que en ninguno o en casi ninguno de los Estados miembro exista un régimen de autorización previa para la utilización de los AT en la preparación de productos alimenticios puede ser pertinente a efectos de la apreciación de la justificación objetiva alegada en relación con la normativa francesa y, en particular, en relación con la apreciación de su proporcionalidad.

2º) En segundo lugar, el Tribunal enjuicia, en relación con el Decreto de 2001, la existencia de un obstáculo al artículo 28 del TCE derivado de la inseguridad jurídica creada por dicho Decreto. Pues bien, aun suponiendo que dichas instrucciones fueran conformes con los requisitos derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la existencia de un procedimiento simplificado de inclusión, un operador económico no habría podido constituir un expediente relativo al empleo de un AT con la intención de incluir éste en una lista positiva prevista en el Decreto de 2001, porque dicha lista no había sido establecida, ya que el Decreto ministerial destinado a fijarla aún no había sido adoptado ni publicado.

(5) Comentada en el número 31 de esta Revista (abril de 2006), págs. 50 a 52 y 287-288. Fuera de Justicia Administrativa existe un comentario a esta sentencia en el número 130 de la REDA (abril-junio de 2006), págs. 373 y ss.

3º) Sobre el tercer motivo, basado en la inexistencia de un procedimiento simplificado de inclusión de los AT, el TJUE se remite a las conclusiones a las que llegó en la Sentencia de 5 de febrero de 2004, Comisión/Francia.

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

#### a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 20 de noviembre de 2009 al 15 de febrero de 2010), tan sólo se ha dictado una sentencia del TJCE en la materia. Se trata de la **STJUE (Sala Tercera) de 21 de enero de 2010, “Comisión contra Polonia”, As. C-546/07**. En esta Sentencia el TJUE declara el incumplimiento por parte de Alemania por interpretar, en su práctica administrativa, el concepto “empresa de la otra parte”, empleado en el artículo 1.1 del Convenio intergubernamental de 31 de enero de 1990 entre Alemania y Polonia relativo al desplazamiento de trabajadores de empresas polacas para la ejecución de contratos de obra (en su versión modificada en 1993), en el sentido de “empresa alemana”. La normativa enjuiciada, como se ve, es anterior al Acta de adhesión de Polonia a la UE, que contenía la siguiente restricción: “Para hacer frente a las perturbaciones o amenazas de perturbación graves en sus respectivos mercados laborales, y especialmente en áreas particularmente sensibles del sector de los servicios, que puedan surgir en determinadas regiones a causa de una prestación de servicios transnacional según se define en el artículo 1 de la Directiva 96/71/CE, y mientras en virtud de las disposiciones transitorias estipuladas más arriba apliquen medidas nacionales o derivadas de acuerdos bilaterales a la libre circulación de los trabajadores polacos, Alemania y Austria podrán, previa notificación a la Comisión, establecer excepciones al párrafo primero del artículo 49 del TCE con objeto de limitar, en el contexto de la prestación de servicios por parte de sociedades establecidas en Polonia, el desplazamiento temporal de trabajadores cuyo derecho a trabajar en Alemania y Austria esté sujeto a medidas nacionales. [...] La aplicación del presente apartado no podrá generar condiciones para el desplazamiento temporal de trabajadores en el contexto de la prestación transnacional de servicios entre Alemania o Austria y Polonia que sean más restrictivas que las existentes en la fecha de la firma del Tratado de adhesión”. Por su parte, el Convenio germano-polaco disponía: “Deberán concederse permisos de trabajo a los trabajadores polacos que se desplacen para cubrir un empleo temporal en virtud de un contrato de trabajo entre un empresario polaco y una empresa de la otra parte (trabajadores contractuales), cualesquiera que sean la situación y las tendencias del mercado laboral”.

En la práctica, Alemania había dado a sus autoridades sobre empleo una serie de instrucciones sobre la contratación de trabajadores extranjeros de los nuevos Estados miembro de la Unión para la ejecución de contratos de obra en Alemania, en la cual se contenía una cláusula de protección del mercado laboral en la que se prohibían los contratos de obra en cuya ejecución participen trabajadores extranjeros cuando la obra vaya a realizarse en distritos en los que el índice medio de desempleo durante los seis meses anteriores haya sido al menos un 30% más alto que el índice de desempleo de toda Alemania.

Según el TJUE, corresponde a la Comisión elegir el momento en que inicia el procedimiento por incumplimiento, sin que puedan afectar a la admisibilidad del recurso las consideraciones que determinen dicha decisión (Sentencia de 1 de junio de 1994, Comisión/Alemania, C-317/92). Las disposiciones del artículo 226 del TCE son aplicables sin que la Comisión deba observar un plazo determinado, sin perjuicio de los supuestos en que la duración excesiva del procedimiento administrativo previo, previsto en dicha disposición, pueda aumentar, para el Estado demandado, la dificultad de rebatir los argumentos de la Comisión y pueda violar, así, el derecho de defensa. Corresponde al Estado miembro interesado probar tal incidencia (Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, C-490/04<sup>6</sup>).

El procedimiento por incumplimiento se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le imponen el Derecho comunitario y el principio del respeto de la confianza legítima que, en un caso como el presente, un Estado miembro no puede invocar para oponerse a esa declaración objetiva, ya que la admisión de dicha justificación sería contraria al objetivo del procedimiento previsto en el artículo 226 del TCE (Sentencia de 24 de abril de 2007, Comisión/Países Bajos, C-523/04).

Respecto al fondo, y acudiendo a una jurisprudencia reiterada, resulta que la libre prestación de servicios implica, en particular, la eliminación de cualquier discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por el hecho de que esté establecido en un Estado miembro diferente de aquel en el que debe ejecutarse la prestación (Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, ya citada). El requisito de que una empresa tenga que crear un establecimiento permanente o una filial en el Estado miembro en el que se ejecuta la prestación es directamente contrario a la libre prestación de servicios, en la medida en que hace imposible la prestación en dicho Estado miembro de servicios por empresas establecidas en otros Estados miembro (Sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, 205/84; de 7 de febrero de 2002, Comisión/Italia, C-279/00, y de 11 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-496/01<sup>7</sup>).

El Convenio germano-polaco, tal y como ha sido interpretado por la práctica administrativa alemana, crea una discriminación directa contraria al artículo 49 del TCE frente a prestadores de servicios establecidos en Estados miembro distintos de la República Federal de Alemania que deseen celebrar un contrato de obra con una empresa polaca con el fin de prestar servicios en Alemania.

Aunque Alemania sostenga que la práctica administrativa controvertida está justificada porque se trata de una disposición contenida en un convenio internacional bilateral, procede señalar que, al aplicar los compromisos suscritos en virtud de convenios internacionales, ya se trate de un convenio entre Estados miembro o de un convenio entre un Estado miembro y uno o varios países terceros, los Estados miembro deben, sin perjuicio

(6) Comentada en el número 38 de esta Revista (enero de 2008), pág. 77.

(7) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 72.

de lo dispuesto en el artículo 307 del TCE, respetar las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario (Sentencia Gottardo<sup>8</sup>).

El TJUE ya ha declarado que cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un país tercero puede ser una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en dicho convenio se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembro las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales (Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97<sup>9</sup>). Sin embargo a partir de la adhesión de Polonia a la UE, la aplicación del Convenio germano-polaco afecta a dos Estados miembro, de modo que sus disposiciones sólo pueden aplicarse en las relaciones entre esos Estados miembro si respetan el Derecho comunitario, en concreto las normas del Tratado en materia de libre prestación de servicios (Sentencias de 27 de septiembre de 1988, Matteucci, 235/87, y de 8 de septiembre de 2009, Bud jovický Budvar, C-478/07<sup>10</sup>).

De la jurisprudencia del Tribunal se desprende que disposiciones como las del Convenio germano-polaco controvertidas en el presente asunto sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción, como es el artículo 46 del TCE al que se remite el artículo 55 del TCE. Para poder hacer uso de esa justificación es necesario que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (Sentencias de 29 de octubre de 1998, Comisión/España, C-114/97, y de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07<sup>11</sup>).

Alemania no alega ningún dato convincente que pueda incluirse entre las razones contempladas en el artículo 46 del TCE, ya que, en cualquier caso, las consideraciones de naturaleza económica y las meras dificultades prácticas a la hora de ejecutar el Convenio germano-polaco no pueden justificar restricciones a una libertad fundamental (Sentencia de 26 de enero de 1999, Terhoeve, C-18/95<sup>12</sup>) ni, con mayor razón, una excepción con arreglo al artículo 46 del TCE, que presupone la existencia de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

### b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 20 de noviembre de 2009 al 15 de febrero de 2010), no se ha dictado ninguna sentencia en materia de libertad de establecimiento.

(8) Comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), págs. 56 y 57.

(9) Comentada en el número 15 (abril de 2002), págs. 56 y 57, y en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

(10) Comentada en el número 46 de esta Revista (enero de 2010), págs. 88, 89, 93 y 94.

(11) Comentada en el número 46 de esta Revista (enero de 2010), págs. 89, 103 y 104.

(12) Comentada en el número 10 de esta Revista (enero de 2001), pág. 57.

## C) Libre circulación de trabajadores

### a) Reconocimiento de cualificaciones profesionales

En este ámbito se han producido dos interesantes sentencias. La primera tiene por objeto determinar si los conocimientos adquiridos en un Estado miembro distinto del alemán pueden posibilitar el acceso directo al segundo examen de Estado que contempla la normativa alemana para el acceso a las profesiones jurídicas. La segunda, si la acreditación como Catedrático obtenida en un Estado miembro debe ser reconocida en otro Estado miembro.

En efecto, la **STJCE de 10 de diciembre de 2009, Pešla, C-345/08**, analiza el tipo de conocimientos que se han de tomar como referencia para apreciar si un nacional de un Estado miembro puede tener acceso directo a las prácticas jurídicas que permiten el ejercicio de cualquier profesión jurídica regulada en Alemania. El ejercicio de cualquier profesión jurídica regulada en Alemania requiere, en principio, la obtención de la *Befähigung zum Richteramt* (habilitación para desempeñar las funciones de juez). Con arreglo al artículo 5, apartado 1, de la *Deutsches Richtergesetz* (Ley alemana sobre el Estatuto de la judicatura), se concede esta habilitación a las personas que, tras haber realizado estudios de Derecho en una universidad, hayan superado el primer examen de Estado y, tras unas prácticas preparatorias (*Rechtsreferendariat*), el segundo examen jurídico de Estado.

La sentencia tiene su origen en la solicitud del sr. Pešla para ser admitido a las prácticas preparatorias para el acceso a las profesiones jurídicas del Land de Mecklemburgo-Pomerania Occidental. Mediante Resolución de 27 de marzo de 2007, el *Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern* desestimó la solicitud que tenía por objeto un reconocimiento de equivalencia. En su opinión, el criterio para apreciar la equivalencia es la posesión de los conocimientos necesarios para superar las materias obligatorias del primer examen de Estado, con arreglo al artículo 5, apartado 1, de dicha Ley. Afirmó que los conocimientos sobre un Derecho extranjero no pueden ser reconocidos como equivalentes, al existir diferencias con el Derecho alemán.

Al analizar este supuesto a través de una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia concluye que el mero hecho de que los estudios jurídicos realizados que versen sobre el Derecho de un primer Estado puedan ser considerados comparables, desde el punto de vista tanto del nivel de la formación recibida cuanto del tiempo y de los esfuerzos dedicados a tal fin, a los estudios dirigidos a proporcionar los conocimientos certificados por la cualificación exigida en otro Estado miembro, no puede generar por sí mismo, una obligación de privilegiar, no los conocimientos exigidos por la normativa nacional del Estado miembro en el que el candidato solicita beneficiarse de la formación profesional requerida para acceder a las profesiones jurídicas, sino aquellos relativos esencialmente al Derecho del primer Estado miembro, certificados por las cualificaciones obtenidas en este primer Estado. En efecto, como señala el órgano jurisdiccional remitente, una argumentación como la defendida por el Sr. Pešla a título principal, llevada hasta sus últimas consecuencias, equivaldría a admitir que un candidato pueda acceder a las prácticas preparatorias sin poseer los más mínimos conocimientos tanto de Derecho alemán como de la lengua alema-

## I. Derecho de la Unión Europea

na. De este modo, el Tribunal concluye que el artículo 39 de la CE debe interpretarse en el sentido de que los conocimientos que se han de tomar como elemento de referencia para apreciar la equivalencia de formaciones como consecuencia de una solicitud de admisión directa, sin haber aprobado las pruebas previstas a tal efecto, a las prácticas preparatorias para las profesiones jurídicas, son las certificadas por la cualificación exigida en el Estado miembro en el que el candidato solicita acceder a tales prácticas.

Además, la sentencia también afirma que el efecto útil del artículo 39 de la CE no impone que el acceso a una actividad profesional en un Estado miembro esté sometido a requisitos inferiores a los normalmente requeridos a los nacionales de dicho Estado.

Por su parte, la **STJCE de 17 de diciembre de 2009** tiene ocasión de declarar que los sistemas generales de reconocimiento de títulos que establecen las Directivas 89/48 y 92/51 no regulan la elección de los procedimientos de selección y de contratación de personal previstos para cubrir un determinado puesto y no pueden invocarse como fundamento jurídico de un derecho a ser efectivamente contratado. En efecto, dichos sistemas se limitan a exigir el reconocimiento de las cualificaciones adquiridas en un Estado miembro con el fin de permitir al que las posee presentar su candidatura a un puesto en otro Estado miembro, de conformidad con los procedimientos de selección y de contratación de personal que rigen el acceso a una profesión regulada. Estos principios se han mantenido intactos con motivo de la reforma y racionalización introducidas por la Directiva 2005/36. Por consiguiente, un solicitante no puede alegar la Directiva 2005/36 para quedar exento de una parte del procedimiento de selección y contratación.

En el supuesto que motiva cuestión prejudicial, un nacional italiano pretendía que se reconociese su acreditación como profesor catedrático obtenida en Alemania en su Estado miembro de origen. El TJCE comprueba que la obtención de la acreditación representa una etapa de carácter selectivo dentro del procedimiento de contratación de profesores de universidad. Los titulares de este certificado son incluidos en una lista que los habilita para poder postularse, en la segunda etapa, como candidatos para un puesto específico en una universidad y, por tanto, para ser contratados según los distintos criterios de cada universidad.

Por lo que se refiere, en particular, al procedimiento selectivo para la obtención de la acreditación, hay que señalar que, según los artículos 1, apartado 5, letra a), número 1, de la Ley núm. 230/2005 y 3, apartado 2, y 9, apartado 9, del Decreto Legislativo núm. 164/2006, la obtención de dicho certificado se limita a un número máximo fijado de antemano para cada disciplina conforme a las necesidades fijadas por las universidades. Además, como se desprende de los artículos 1, apartado 8, de la Ley núm. 230/2005 y 9 del Decreto Legislativo núm. 164/2006, la selección se basa en la evaluación comparativa de los candidatos antes que en la aplicación de criterios absolutos. Es más, conforme a los artículos 1, apartado 6, de la Ley núm. 230/2005 y 3, apartado 4, del Decreto Legislativo núm. 164/2006, la acreditación tiene una validez limitada en el tiempo.

Por ello el TJCE concluye que el haber sido seleccionado tras un procedimiento que tiene por objeto seleccionar un número limitado de plazas basado en la evaluación comparativa de los candidatos, en lugar de en criterios absolutos, y que otorga un certificado cuya

validez está estrictamente limitada en el tiempo no puede ser considerado cualificación profesional, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36.

Finalmente, la **STJCE de 12 de febrero de 2010** ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, al no haber adoptado, antes del 12 de octubre de 2007, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.

#### **b) Ventajas fiscales**

La **STJCE de 19 de noviembre de 2009, Filipiak**, ha declarado que los artículos 43 y 49 de la CE se oponen a una normativa nacional que supedita el derecho de un contribuyente residente a deducir de la base imponible del impuesto sobre la renta el importe de las cotizaciones a la seguridad social abonadas durante el ejercicio fiscal, por un lado, y a deducir del citado impuesto las cotizaciones obligatorias al seguro de enfermedad abonadas en dicho período, por otro, al requisito de que dichas cotizaciones se paguen en el Estado miembro de tributación.

#### **D) Libre circulación de capitales**

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

**LUIS ORTEGA ÁLVAREZ**  
**JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA**  
**LUIS F. MAESO SECO**  
**FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ**  
**JUANI MORCILLO MORENO**  
**JESÚS PUNZÓN MORALEDA**  
**JOSE MARÍA MAGÁN PERALES**  
**ISABEL GALLEGO CÓRCOLES**

## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

### Sumario:

**1. Introducción. 2. Procesos constitucionales.** A) Recurso de inconstitucionalidad. B) Cuestión de inconstitucionalidad. C) Recurso de amparo. a) Mediante escritos amplicatorios pueden completarse las demandas de amparo planteadas siempre que sean aportados en el plazo para la interposición del recurso de amparo (artículos 44.2 y 49.1 LOTC). D) Conflicto en defensa de la autonomía local. a) Trámite de admisión de conflicto en defensa de la autonomía local: el criterio de “cuestión notoriamente infundada” (artículo 75 quinquies.1 LOTC) puede interpretarse de la misma manera que ese mismo criterio para la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 37.1 LOTC). **3. Distribución de competencias.**

### 1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009. En este trimestre el Tribunal Constitucional ha dictado 20 sentencias y 37 autos.

De las 20 sentencias, 4 han sido cuestiones constitucionales y el resto, esto es, 16, recursos de amparo constitucionales.

El objeto de las 4 cuestiones de inconstitucionalidad es la duda sobre la constitucionalidad de los artículos 153.1 y 171.4 del Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género (*trato penal diferente en los delitos de maltrato y de amenazas leves*). No hay novedades doctrinales al respecto, sino que las sentencias se limitan a reiterar la doctrina constitucional ya emitida en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero. A pesar de ello, todas las sentencias fueron resueltas por el Pleno del Tribunal y no se atribuyó su conocimiento a ninguna de las Salas, como lleva haciendo el Tribunal en todas las cuestiones con este mismo objeto [artículo 10.1.b) LOTC].

Ninguno de los recursos de amparo resueltos por las 16 sentencias de este trimestre fueron planteados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC. Por tanto, el Tribunal Constitucional no ha aplicado el nuevo criterio de admisión de los recursos de amparo de la “especial trascendencia constitucional” [artículo 50.1.b) LOTC] ni ha desarrollado o profundizado en algún aspecto.

Cabe destacar en este trimestre el protagonismo desempeñado por las Secciones en la resolución de recursos de amparo. De esta forma, el 69% de las sentencias, esto es, 11, fueron resueltas por Secciones del Tribunal (artículo 8.3 LOTC), y el 31% (5) por las Salas. Respecto al trámite de admisión, el 50% de los recursos (8) fueron admitidos a trámite por las Secciones y el otro 50% (8) por las Salas.

De los 37 autos dictados, algunos se han pronunciado sobre recursos de amparo planteados posteriormente a la entrada en vigor de la LO 6/2007 de reforma de la LOTC, pero en ninguno de ellos el Tribunal Constitucional ha desarrollado más su doctrina sobre algún aspecto del trámite de admisión.

Cabe destacar que el Ministerio Fiscal sigue mostrándose en desacuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la exigencia de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo (artículo 49.1 LOTC). Prueba de ello son los 5 recursos de súplica presentados por el Ministerio Fiscal contra la inadmisión de recursos de amparo (artículo 50.3 LOTC) por entender el Tribunal que no se justificaba la especial trascendencia constitucional del recurso. Todos los recursos de súplica fueron inadmitidos por el Tribunal (AATC 284/2009; 283/2009; 274/2009; 264/2009, y 252/2009), insistiendo en su doctrina de que el requisito de la especial trascendencia constitucional ya no equivale a la vulneración del derecho fundamental (AATC 188/2008, de 21 de julio y 289/2008, de 22 de septiembre).

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de inconstitucionalidad

En este trimestre el Tribunal no ha resuelto ningún recurso de inconstitucionalidad.

### B) Cuestión de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa sobre la cuestión de inconstitucionalidad en las sentencias dictadas este trimestre.

### C) Recurso de amparo

#### a) Mediante escritos ampliatorios pueden completarse las demandas de amparo planteadas siempre que sean aportados en el plazo para la interposición del recurso de amparo

Mediante el ATC 262/2009, de 11 de noviembre, la Sección Primera del Tribunal Constitucional estima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la inadmisión de un recurso de amparo por no haber justificado en la demanda el requisito de su “especial trascendencia constitucional” (artículo 49.1 LOTC). En efecto, la demanda de amparo no incluía ninguna justificación del requisito contenido en el artículo 50.1.b) LOTC. Sin embar-

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

go, dentro del plazo de 30 días que exige el artículo 44.2 LOTC, los recurrentes presentaron un escrito ampliatorio de la demanda en el que se contenía una serie de consideraciones en orden a justificar expresamente, en el sentido exigido por los AATC 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre, y por la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º, la especial trascendencia constitucional del recurso, cumpliéndose así el requisito señalado en el artículo 49.1, in fine, LOTC.

### D) Conflicto en defensa de la autonomía local

**a) Trámite de admisión de conflicto en defensa de la autonomía local: el criterio de “cuestión notoriamente infundada” (artículo 75 quinquies.1 LOTC) puede interpretarse de la misma manera que ese mismo criterio para la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 37.1 LOTC)**

El ATC 251/2009, de 13 de octubre, inadmite el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por treinta y seis municipios de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra el artículo 40.2 de la Ley de La Rioja 5/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2009, precepto que da nueva redacción al apartado 1 del artículo 196 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja.

El Pleno del Tribunal Constitucional estima que el presente conflicto incurre en la causa de inadmisión de versar sobre una cuestión manifiestamente infundada establecida en el artículo 75 quinquies.1 LOTC.

El Alto Tribunal entiende que esta causa de inadmisión podría interpretarse utilizando la doctrina de la misma causa de inadmisión para las cuestiones de inconstitucionalidad del artículo 37.1 LOTC. Dicha doctrina establece que “dado que dicha expresión (cuestión manifiestamente infundada) encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal” (por todos, ATC 123/2009, de 28 de abril, FJ 1º).

En este sentido, al extender el Tribunal la anterior doctrina a los conflictos en defensa de la autonomía local, el Pleno puede decidir su inadmisión a trámite sin esperar a su desestimación en la correspondiente sentencia en aquellos supuestos en que resulte apreciable, desde el mismo momento de la ponderación inicial de los términos en que se suscita el conflicto, que éste no puede prosperar (FJ 1º).

Consecuentemente, al estimar el Tribunal que la reforma legislativa no lesiona el principio constitucional de autonomía local, el presente conflicto resulta notoriamente infundado en los términos del artículo 75 quinquies.1 LOTC y es inadmitido (FJ 6º).

### 3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En este trimestre el Tribunal no ha resuelto ningún conflicto entre entes territoriales ni ningún recurso de inconstitucionalidad en materia de distribución de competencias.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

MÓNICA ARENAS RAMIRO

YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS

LUCÍA ALONSO SANZ

**III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS****Sumario:****1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos**

**Humanos.** A) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2). a) Violación del artículo 2 sin fallecimiento de la víctima. b) Derecho a la vida, permisos de salida en cadena perpetua y obligaciones positivas de los Estados de garantía. C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3): Preso esposado durante tratamiento contra el cáncer. D) Libertad personal (artículo 5 CEDH): El mantenimiento de la privación de libertad después de haber cumplido la condena penal impuesta puede justificarse sobre la base de lo previsto en el artículo 5.1.a) CEDH. E) Garantías del proceso (artículo 6). a) La interpretación arbitraria y perjudicial para el recurrente de las normas procesales internas viola el derecho a un juicio justo. b) Libertad de expresión de un docente en un centro católico y violación del derecho por motivos procedimentales. c) La imposición de una sanción penal por difamación como consecuencia de la divulgación de una sátira debe considerarse desproporcionada. d) El no levantamiento de la inmunidad penal a un parlamentario, por él solicitado, no viola el derecho a un juicio justo. e) Retraso en la ejecución de una sentencia que requiere la modificación de una norma reglamentaria. f) Derecho al proceso debido y audiencia pública y oral en un procedimiento contencioso-administrativo. g) La falta de notificación en tiempo para un eventual recurso como consecuencia de una mala red de información judicial constituye violación del Convenio. h) Suficiente motivación de las sentencias: condena a España tras pronunciamiento del Tribunal Constitucional. F) Principio de legalidad penal, retroactividad de la ley penal más favorable y audiencia pública en apelación (artículo 7). G) Derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8). a) Derecho a la vida privada, acceso judicial a historial médico de seropositivo, y revelación en sentencia de su identidad. b) Consideración del caudal relicto como parte de la vida privada, junto a una lesión del derecho a la vida por la inactividad (investigadora) de los poderes públicos. c) Inactividad de las autoridades públicas en casos de reagrupación familiar. d) Publicación de ficheros de datos persona-

les relativos a delincuentes sexuales. e) Derecho a la vida privada, excepciones al secreto de la correspondencia previstas en las leyes y funcionarios de prisiones. H) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9). a) El CEDH no garantiza la objeción de conciencia. b) La exigencia legal de implantación de 15 años para registrar una organización religiosa puede contrariar la libertad religiosa y de asociación. c) Derecho a la educación de los hijos conforme a las convicciones de los padres (artículo 2 del Protocolo 1) y libertad religiosa. Presencia de crucifijos en las aulas: lesión de los derechos reconocidos en el Convenio. I) Libertad de expresión (artículo 10). a) Condena por espionaje que no vulnera el artículo 10 del Convenio. b) Noticia difamatoria relacionada con un político. c) Derecho de rectificación considerado desproporcionado. d) Manifestaciones expresadas en el contexto de un conflicto sindical en España. e) Libertad de información (artículo 10) y principio de no revelación de fuentes anónimas de información confidencial. f) Libertad de expresión: Veracidad. Buena fe en la transmisión de rumores relativos a la actuación de representantes políticos. J) Libertad de reunión y de asociación (artículo 11 CEDH). Desproporción en la disolución de una organización por acusación vaga de simple irregularidad de gestión interna. K) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH). a) Reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados bajo el rito gitano. b) Trato discriminatorio en elecciones generales por razón del origen étnico. L) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1): Violación reiterada de las obligaciones del Convenio. Caso Piloto: obligación estatal de reformar la normativa vigente. Moratoria en la resolución de controversias. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE): La decisión judicial deliberada de apartarse del criterio del TC sobre la interrupción de la prescripción sobre la base de un Acuerdo del TS vulnera el derecho y además ignora los artículos 9.1 CE y 5.1 LOPJ. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE). a) Dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional. Reclamación previa. b) Responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo. Acceso al proceso contencioso-administrativo. c) Adecuación del proceso especial de protección de derechos fundamentales. B). Derecho a utilizar los medios de prueba (artículo 24.2 CE). C) Acción sindical (artículo 28 CE). D) Nacionalidad. a) Adquisición de nacionalidad de apátrida. b) Nacionalidad y buena conducta cívica. E) Derecho de asilo.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

a) Concesión de asilo a ciudadano cubano. b) Asilo y seguridad nacional. F) Libertad de información (artículo 20 CE): La difusión de ideas científicas y doctrinales no puede verse como una ofensa, aunque sí puede constituir un error o una falacia que deberá ser rebatida a través de la discusión científica y doctrinal. G) Derecho al honor (artículo 18 CE). a) El carácter injurioso o vejatorio de un calificativo debe ser valorado desde un punto de vista objetivo y no a la luz de la opinión subjetiva de una persona. b) La publicación incontestada de la imagen de una persona puede vulnerar su derecho al honor, si existe ofensa. H) Derecho a la intimidad (artículo 18 CE). La captación y difusión de la imagen de un Ministro en lugares públicos, junto a su familia, no viola su intimidad.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se examina la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo durante el último trimestre de 2009 (octubre, noviembre y diciembre).

Merece destacarse, entre la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, la sentencia recaída en el asunto **Muñoz Díaz contra España**, de 8 de diciembre de 2009, que considera discriminatorio (por razón de raza) el no reconocimiento de una pensión de viudedad a una mujer gitana por haber estado casada con el fallecido por el rito propio de su etnia, no aceptado legalmente en España, pero cuyo marido había cotizado más de 19 años a la Seguridad Social.

También es de destacar una circunstancia infrecuente que se ha dado en este trimestre, y es que hubo otros 6 casos contra España, aparte del ya mencionado: **C. C.**, de 6 de octubre de 2009; **Ferré Gisbert**, de 13 de octubre de 2009; **Juez Albizu**, de 10 de noviembre; **Aguilera Jiménez y otros**, de 8 de diciembre; **Gurguchiani**, de 15 de diciembre, y **Tapia Gasca y D.**, de 22 de diciembre.

De la jurisprudencia constitucional de este período sólo merece destacar la **STC 206/2009**, de 23 de noviembre, que, con relación al conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre si interrumpe la prescripción de los delitos la mera denuncia o querrela (TS) o se precisa a mayores una resolución judicial de incoación (TC), se enfrenta a un caso de “deliberado” apartamiento por los tribunales ordinarios (con base en un Acuerdo del TS) de la jurisprudencia constitucional, con infracción así no sólo del artículo 24.1 CE sino también del artículo 9.1 CE y 5.1 LOPJ, viéndose precisado de recordar el TC su supremacía, en materia constitucional, incluso sobre el TS.

#### 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

##### A) Introducción

Durante este período, el TEDH ha dictado un total de 484 sentencias, una pequeña parte de las cuales, como siempre, pueden ser suprimidas del total ya que eran desistimientos. Cuatro de

ellas fueron dictadas por la Gran Sala: **Micallef contra Malta**, de 15 de octubre; **Kart contra Turquía**, de 3 de diciembre; **Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina**, de 22 de diciembre, y **Guiso-Gallisay contra Italia**, de 22 de diciembre.

Como en casos anteriores, la mayoría de las sentencias analizadas en este período hacen referencia a la lesión del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), ya sea por dilaciones indebidas (por ejemplo, el caso **Abduvalieva contra Alemania**, de 26 de noviembre de 2009, destacando acaso el asunto **Unión de Clínicas privadas contra Grecia**, de 15 de octubre de 2009, por el estricto estándar que aplica en el plazo de ejecución de decisiones judiciales); ya sea por la ausencia de imparcialidad del órgano juzgador (asunto **Caka contra Albania**, de 8 de diciembre de 2009); o por no haber cumplido con todas las garantías del proceso, alegando la lesión del derecho a un juicio justo (casos **Vincic y otros contra Serbia**, **Castro Ferreira Leite contra Portugal**, de 1 de diciembre de 2009, o **Bushati y otros contra Albania**, de 8 de diciembre).

Pero existen también casos de violación del derecho a la vida (artículo 2), como el caso **Velcea y Mazare contra Rumanía**, de 1 de diciembre de 2009, o de violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH), ya sea por las condiciones degradantes en las detenciones o la falta de efectividad de las investigaciones de las acusaciones contra los malos tratos infligidos por la policía (así, asuntos **Tabesh contra Grecia** y **Dolonec contra Croacia**, de 26 de noviembre de 2009; o **Ahmet Engin Satir y Yusuf Gezer contra Turquía**, y **Jeronovics contra Letonia**, todos de 1 de diciembre de 2009; **Aytas y otros contra Turquía**, de 8 de diciembre de 2009, o **Skorobogatykh contra Rusia**, de 22 de diciembre de 2009).

También hay algunas sentencias sobre el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5 CEDH), frecuentemente ligado a la alegación de malos tratos inhumanos o degradantes prevista en el artículo 3 CEDH (como, por ejemplo, en el caso **Nazaroth contra Rusia**, de 26 de noviembre de 2009) o sobre asuntos relativos a la lesión de la vida privada (artículo 8 CEDH): así, por control de la correspondencia en centros penitenciarios (casos **Korisyki contra Bulgaria**, de 26 de noviembre de 2009, y **Stolder contra Italia**, de 1 de diciembre de 2009), o por violación de la vida privada y familiar, como en el caso **Eberhard y M. contra Eslovenia**, de 1 de diciembre de 2009, donde el TEDH consideró que las autoridades nacionales no habían facilitado el derecho del Sr. Eberhard a visitar a su hija y a mantener el contacto con ella.

De nuevo en este período existen casos frecuentes de vulneración del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH) por privación de la propiedad o excesiva demora en la restitución o compensación en procesos de nacionalización de la propiedad al comienzo de una etapa comunista en el país. Son asuntos como **Naydenov contra Bulgaria**, **Pesková contra la República Checa**, de 26 de noviembre de 2009, o **Bushati y otros contra Albania**, de 8 de diciembre de 2009. En **Suljagic y otros contra Bosnia Herzegovina**, de 3 de noviembre, se dicta una de las llamadas “sentencias piloto”, que permite suspender 1.300 asuntos similares a la espera de la normativa exigida por el TEDH para evitar la lesión del derecho de otros muchos demandantes.

Por último, antes de analizar las sentencias más relevantes, podemos decir que muchas de las sentencias se refieren a Turquía, seguida por Rusia, Bulgaria y otros Estados de Este de Europa, y, como hemos comentado ya, nada menos que siete se refieren a nuestro país.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### B) Derecho a la vida (artículo 2)

##### a) Violación del artículo 2 sin fallecimiento de la víctima

En el caso *Andreou contra Turquía*, de 27 de octubre de 2009, la recurrente es una ciudadana británica que participa en una manifestación contra las autoridades turcas que ocupan parte de la isla de Chipre. En ella se producen varios muertos, con condenas a Turquía por violación del artículo 2, Isaak y otros contra Turquía de 24 de junio de 2008 y Salomou y otros, de la misma fecha.

Lo peculiar del caso ahora analizado es que la recurrente alega vulneración del artículo 2, a pesar de no haber fallecido, razonando que su vida había sido puesta en serio peligro, que sólo se había salvado al recibir inmediata atención médica y que le quedaban importantes secuelas.

El tribunal comienza por reconocer que la fuerza no había sido letal, pero reafirma su doctrina de que esto no excluye la violación del artículo 2, si el ataque era potencialmente mortal, doctrina ya aplicada, por ejemplo, en *Evrin Okten contra Turquía*, de 4 de noviembre de 2008, y concluye que en el presente caso, teniendo en cuenta el grado y tipo de fuerza empleado, y con independencia de que se pretendiera su muerte o no, la recurrente es víctima de una conducta, que, por su propia naturaleza, le puso en riesgo de morir, incluso aunque sobreviviera.

##### b) Derecho a la vida, permisos de salida en cadena perpetua y obligaciones positivas de los Estados de garantía

En *Maiorano y otros contra Italia*, de 15 de diciembre de 2009, recurren en el amparo europeo los parientes más cercanos de una mujer y su hija, que fueron asesinadas por un delincuente, condenado a cadena perpetua y que gozaba de libertad tras obtener un permiso de salida. Este muy peligroso delincuente fue condenado en 1976 a reclusión perpetua tras violar y asesinar con ensañamiento a dos mujeres. Tenía además un historial repleto de intentos de evasión de la cárcel durante los años ochenta y noventa.

A partir de 1992 comenzó a colaborar con las autoridades de prisiones facilitándoles información sobre delincuentes ligados a partidos de extrema derecha y, ese mismo año, comenzó a beneficiarse de numerosos permisos de salida por acontecimientos familiares y por buena conducta. Mediante estos permisos y luego tras obtener el estatuto de semilibertad comienza a colaborar con una asociación religiosa que ofrece asistencia a toxicómanos, ancianos y extranjeros. Después de obtener la confianza del Sr Maiorano, asesinó brutalmente a su mujer y a su hija tras violarlas. Los hechos tuvieron un fuerte impacto mediático en Italia.

Los recurrentes alegaban que el Estado tenía la obligación positiva de proteger la vida de las dos mujeres asesinadas y, en consecuencia, debieron haber ponderado la peligrosidad del delincuente, a la vista de sus antecedentes y el serio riesgo de recidiva, y negarle el régimen de semilibertad. Por su parte, el Gobierno demandado esgrimió que el sistema funcionaba adecuadamente y que ni el 0'5 de quienes se habían beneficiado de estas medidas habían cometido delitos.

El TEDH advierte que su jurisprudencia sobre la obligación de los Estados de garantizar la vida no obliga a impedir toda violencia potencial ni a tomar medidas concretas con carácter preventivo respecto de todos los presos y en relación con todas sus posibles víctimas. Sin em-

bargo, reconoce que el riesgo de recidiva en un delincuente con estos antecedentes era cierto y que acaso debió haberse denegado la situación de semilibertad. Tras diversas consideraciones, la Corte, siguiendo una aproximación pragmática muy típica del Tribunal de Estrasburgo, condena al Estado italiano por no haber desarrollado una investigación adecuada sobre la responsabilidad en los hechos de los agentes estatales.

### **C) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3): Preso esposado durante tratamiento contra el cáncer**

En *Okhrimenko contra Ucrania*, de 15 de octubre de 2009, se trata de una condena ex artículo 3 a Ucrania por mantener a un preso esposado en el hospital durante 11 meses mientras recibía tratamiento oncológico mediante radioterapia, lo que la Corte considera no se puede justificar por razones de seguridad dado que permanecía constantemente escoltado por tres policías y por su extremada debilidad. Lo considera en consecuencia un trato inhumano y degradante.

### **D) Libertad personal (artículo 5 CEDH): El mantenimiento de la privación de libertad después de haber cumplido la condena penal impuesta puede justificarse sobre la base de lo previsto en el artículo 5.1.a) CEDH**

En el asunto *Schepper c. Bélgica*, de 13 de octubre de 2009, se analiza si la decisión de mantener internado al Sr. Schepper en un centro penitenciario, después de que éste hubiera cumplido la pena de prisión que se le había impuesto por violación de una menor de edad, podía encuadrarse en el supuesto de privación de libertad que autoriza el artículo 5.1.a) CEDH, esto es, la privación de libertad por sentencia dictada por un tribunal competente. En este sentido, es de reseñar que el recurrente había sido condenado a una pena privativa de libertad de seis años y a mantenerse a disposición del gobierno durante otros diez años. Según la legislación belga, una vez cumplida la pena privativa de libertad, el gobierno podía decidir mantener al recurrente internado o en una suerte de libertad vigilada, durante el período de diez años indicado. No obstante, tal decisión debía ser motivada y adoptada tras el estudio del caso por un equipo psiquiátrico. A pesar de que las autoridades belgas intentaron en reiteradas ocasiones que el Sr. Schepper ingresara en una institución psiquiátrica en la que le pudieran proporcionar un tratamiento adecuado una vez cumplida su condena, ninguna institución belga aceptó asumir el tratamiento del recurrente, de modo que se decidió que éste permaneciera recluido en un centro penitenciario.

El TEDH considera que la privación de libertad sufrida por el recurrente no fue contraria al artículo 5.1.a) CEDH, en la medida en que se produjo en virtud de una decisión judicial y según lo previsto en la legislación belga. A pesar de ello, el TEDH valora cuidadosamente el hecho de que la privación de libertad se produjera en un centro penitenciario y no en un centro especializado, ya que la justificación de la medida privativa de libertad, tras el cumplimiento de la condena, era la adaptación del recurrente a una vida en comunidad. En este sentido, el TEDH justifica la imposibilidad de que el recurrente fuera ingresado en un centro médico especializado por la propia peligrosidad y actitud del recurrente, que minimizó siempre su comportamiento, no asumió su culpa y no se interesó en absoluto por seguir ningún tratamiento que le facilitara su adaptación social. Frente al comportamiento del recurrente,

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

el TEDH subraya que las autoridades belgas hicieron todo lo posible para que ingresara en una institución especializada, solicitando su ingreso en distintos centros. Llama la atención, sin embargo, que el TEDH no señale que las autoridades belgas solicitaron siempre el ingreso del recurrente en centros especializados privados, que podían (claro está) negarse a asumir la responsabilidad de proporcionar un tratamiento médico al recurrente; no se intentó, sin embargo, que el recurrente recibiera un tratamiento adecuado en un centro público, aparentemente, por la inexistencia de centros con esas características en Bélgica.

#### E) Garantías del proceso (artículo 6)

##### a) La interpretación arbitraria y perjudicial para el recurrente de las normas procesales internas viola el derecho a un juicio justo

Durante el trimestre analizado, destaca el asunto **Ferré Gisbert c. España**, de 13 de octubre de 2009, en el que se condena a España por violación del artículo 6 CEDH. En este caso, la violación habría sido causada por la decisión del Tribunal Constitucional de inadmitir a trámite un recurso de amparo presentado fuera del plazo de 20 días previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Lo curioso del caso es que el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo porque consideró que el plazo de presentación del recurso de amparo debía computarse desde la decisión del tribunal de primera instancia que resolvió sobre las pretensiones del recurrente indicándole, de forma un tanto contradictoria, que debía instar la nulidad de su proceso de ejecución hipotecaria a través de una acción declarativa, y que su decisión agotaba todas las vías de recurso ordinarias. El recurrente planteó la acción declarativa ante un tribunal distinto, que se consideró inicialmente competente para conocerla, y recurrió la decisión de ese tribunal ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Una vez que ésta resolvió, el recurrente se dirigió ante el Tribunal Constitucional, que inadmitió su recurso de amparo porque entendió que el plazo de presentación del recurso debía computarse a partir de la primera decisión del tribunal de instancia. Para justificar su decisión, el Tribunal Constitucional señaló que la legislación española no contempla la posibilidad de instar la nulidad de un proceso de ejecución hipotecaria a través de una acción declarativa, de modo que se entendía que la segunda vía procesal iniciada por el recurrente, siguiendo la sentencia del tribunal de primera instancia, no tenía fundamento jurídico alguno.

El TEDH, a pesar de reconocer la competencia de los tribunales nacionales para aplicar las normas procesales internas, subrayó que su aplicación e interpretación no podían ser arbitrarias, especialmente en aquellos casos en los que se producía un perjuicio a los particulares. En este sentido, el TEDH consideró arbitraria la interpretación de la legislación procesal realizada por el Tribunal Constitucional español, en la medida en que subrayó que si varios tribunales internos, el segundo tribunal de primera instancia y la Audiencia Provincial, consideraron la posibilidad de plantear la nulidad de un proceso de ejecución hipotecaria a través de una acción declarativa, no podía exigirse al recurrente un mayor conocimiento del Derecho interno que el que demostraban los propios tribunales españoles, de modo que el Tribunal Constitucional debería haber sido menos formalista a la hora de determinar el momento desde el que procedía computar el plazo de presentación del recurso de amparo, y haberlo computado desde el momento en que la Audiencia Provincial de Barcelona se pronunció sobre el recurso planteado por el recurrente.

**b) Libertad de expresión de un docente en un centro católico y violación del derecho por motivos procedimentales**

El asunto **Lombardi Vallauri c. Italia**, de 20 de octubre de 2009, considera violados los derechos a la libertad de expresión y a un proceso justo en relación con un profesor de Filosofía, que desempeñaba sus funciones en la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán y la Universidad de Florencia. Tras veinte años de dedicación profesional en la Universidad de Milán, las autoridades de ésta decidieron no renovar el contrato (que se renovaba anualmente) del Sr. Lombardi por las opiniones heterodoxas que había manifestado el profesor en la clase, reuniendo para ello al Consejo de Facultad, que dio el visto bueno a la decisión negativa.

El TEDH estudia si esa decisión pudo suponer una violación de los derechos del Sr. Lombardi. El primer elemento relevante que tiene en cuenta el TEDH es la propia naturaleza de la Universidad, entidad pública creada a partir de un convenio con la Santa Sede, por el que la Santa Sede se atribuía la facultad de rechazar a posibles candidatos a prestar sus servicios en la Universidad, de obvia tendencia católica. El TEDH estima que, independientemente del Convenio firmado con la Santa Sede, lo relevante a efectos de considerar la posible violación de los derechos indicados por Italia es que la Universidad, aun de tendencia católica, es una institución pública, de modo que sus actuaciones pueden ser imputadas al Estado italiano.

En relación con la posible violación de la libertad de expresión, el TEDH recuerda la importancia fundamental que tiene esa libertad en todo Estado que pretenda ser democrático, máxime en el ámbito concreto de la actividad académica y científica. Señala el TEDH, que la no renovación del contrato del docente es una injerencia en su libertad de expresión y que debe analizarse desde esa perspectiva a fin de valorar si está prevista en la ley, está justificada y es proporcionada al fin perseguido. El TEDH subraya que la legalidad de la medida es incontrovertible y que también persigue un fin legítimo, garantizar que la enseñanza impartida en la Universidad siga el ideario católico del centro. Sin embargo, mayores problemas plantea la proporcionalidad de la medida, ya que esa proporcionalidad debe analizarse, según el TEDH, no sólo desde un punto de vista material que tenga en cuenta las circunstancias del caso, sino también desde un punto de vista procedimental, esto es, teniendo en cuenta que el procedimiento por el que se aplicó la medida debía permitir al afectado conocer el porqué de la decisión de las autoridades de la Universidad y combatirla. Sin embargo, la realidad del caso analizado no alcanzaba esas expectativas, en la medida en que ni las autoridades universitarias, ni posteriormente los tribunales italianos, explicaron al demandante las razones por las que se había rechazado su renovación de contrato, señalando únicamente que tenía ideas heterodoxas y las manifestaba en clase. Ese hecho impidió al demandante ejercer su derecho a la defensa e impidió que los tribunales controlaran el fondo de la decisión de las autoridades universitarias sobre la base de un procedimiento contradictorio, lo que determinó la violación no sólo del artículo 10 CEDH, sino también del artículo 6 CEDH.

**c) La imposición de una sanción penal por difamación como consecuencia de la divulgación de una sátira debe considerarse desproporcionada**

También resulta de interés en este trimestre, el asunto **Alves da Silva c. Portugal**, de 20 de octubre de 2009, en el que el demandante plantea la posible violación de su libertad de expresión por la condena penal que se le habría impuesto por supuesta difamación del Alcalde

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

del municipio en que residía (multa de 4.400 euros). La difamación indicada se habría producido porque, en el contexto festivo del día de Carnaval, el recurrente hizo pública una sátira sobre el Alcalde de su municipio. El TEDH valora la injerencia en la libertad de expresión del recurrente a la luz de lo previsto en el artículo 10 CEDH. En este sentido, señala que si bien la injerencia estaba prevista en el Código Penal portugués y que perseguía un objetivo legítimo, como es la protección de los derechos de terceros, esa injerencia había de considerarse desproporcionada, en la medida en que las expresiones que se consideraron difamatorias eran una sátira, hecha pública el día de Carnaval, y por la que se pretendía poner en entredicho el buen hacer político del Alcalde del municipio. Dado el contexto festivo, el carácter de personaje público del Alcalde y el contenido político de la crítica plasmada en la sátira, el TEDH considera claramente desproporcionada la condena penal impuesta al recurrente.

#### **d) El no levantamiento de la inmunidad penal a un parlamentario, por él solicitado, no viola el derecho a un juicio justo**

En el caso **Kart contra Turquía**, de 3 de diciembre de 2009, el recurrente, el Sr. Atilla Kart es un nacional turco, que participó en las elecciones parlamentarias de 2002 por el Partido Republicano del Pueblo y fue elegido diputado en el Parlamento turco. Antes de ser elegido diputado ejerció como abogado y en el curso de sus actividades profesionales se abrieron dos procedimientos penales contra él, por insultar a un abogado y a un funcionario público.

De acuerdo con la Constitución turca (artículo 83), todos los diputados gozan de inmunidad parlamentaria a no ser que la propia Asamblea Nacional levante dicha inmunidad. Pues bien, el Sr. Kart solicitó en dos ocasiones que las autoridades parlamentarias levantasen la inmunidad y poder defenderse de las acusaciones vertidas sobre él, pero las autoridades parlamentarias decidieron mantener la inmunidad durante todo el mandato parlamentario. Posteriormente, el Sr. Kart vuelve a presentarse a las elecciones parlamentarias de 2007, y fue nuevamente reelegido, manteniéndose la inmunidad. Por ello, el recurrente acude al TEDH al entender que había sido privado de su derecho a un juicio justo, vulnerando por ello el artículo 6.1 del Convenio, con las consiguientes restricciones a su derecho de defensa, al habersele privado de la oportunidad de limpiar su nombre.

El Tribunal comienza haciendo una observación preliminar, y es que no es función de la Corte pronunciarse de forma abstracta sobre el alcance de la protección otorgada por los Estados a sus diputados, sino en determinar en este caso en particular si la inmunidad parlamentaria había afectado al derecho del Sr. Kart de acudir a los tribunales. Además, destaca que es la primera vez que la Corte tiene que analizar un caso en el que el beneficiario de la inmunidad parlamentaria se queja de que su inmunidad le impide ser juzgado.

El Tribunal señala que, aunque la inmunidad de que gozan los diputados turcos es más amplia que en otros Estados, no es una prerrogativa absoluta, sino que tiene límites, por lo que en sí misma no puede considerarse excesiva. A continuación, y tras analizar el procedimiento parlamentario que ha de seguirse para levantar la inmunidad parlamentaria, la Corte señala que las decisiones relativas a la aplicación de la responsabilidad parlamentaria son decisiones de naturaleza política, por lo que no se puede esperar que satisfagan los mismos criterios de claridad de las decisiones judiciales.

No obstante, el Tribunal coincide con el recurrente en que la incertidumbre inherente a cualquier procedimiento penal se había acentuado en este caso por el procedimiento parlamen-

tario impugnado, que había originado la suspensión de los procedimientos penales que se habían iniciado contra él. Sin embargo, el Tribunal destaca que el Sr. Kart era consciente al presentarse de nuevo como candidato a las elecciones parlamentarias de que si era nuevamente elegido continuaría gozando de inmunidad y, por tanto, los procedimientos penales en su contra seguirían en suspenso. Por otra parte, el Tribunal destacó que el efecto de las decisiones relativas a la inmunidad parlamentaria del Sr. Kart ha sido simplemente el de suspender temporalmente el curso de la justicia, sin influir en ningún caso en el proceso en sí ni en las consecuencias de dicho proceso y que el honor del demandante había sido protegido por el respeto a la presunción de inocencia.

Por ello, el Tribunal considera que el hecho de no levantar la inmunidad del Sr. Kart sólo había constituido un obstáculo de procedimiento temporal para la determinación de los procedimientos penales, pero que no le privó de la posibilidad de que su caso sea juzgado sobre el fondo. Por tanto, la actuación de las autoridades no había sido desproporcionada respecto al objetivo legítimo de proteger a la institución parlamentaria. En consecuencia, el Tribunal consideró, por trece votos contra cuatro, que no había habido violación del artículo 6 § 1 (dos votos concurrentes y tres discrepantes).

### **e) Retraso en la ejecución de una sentencia que requiere la modificación de una norma reglamentaria**

El asunto **Unión de Clínicas privadas contra Grecia**, de 15 de octubre de 2009, es uno de particular importancia en este trimestre, en cuanto marca un estándar muy exigente en el plazo de ejecución de decisiones judiciales, teniendo en cuenta que es preciso elaborar una norma. Es una decisión importante, aunque conviene señalar que está pendiente de recurso ante la Gran Sala.

Los recurrentes consideran que se ha vulnerado el artículo 6.1 del convenio por la negativa del Gobierno griego a ejecutar una decisión del Consejo de Estado que anulaba el reglamento que establecía las tarifas hospitalarias fijadas para las clínicas privadas por los actos médicos concertados.

La Corte comienza por recordar que la ejecución de una sentencia, sea de la jurisdicción que sea, debe considerarse parte integral del proceso. Puede admitirse un amplio margen de apreciación nacional en materia de reglamentación social, pero tal margen no puede llegar ni a impedir su ejecución, ni a retrasarla de manera excesiva ni, menos aún, a poner en cuestión el fondo de la decisión, y, en consecuencia, también en este tipo de materias, un retraso excesivamente largo puede implicar una violación del Convenio.

Analiza a continuación el plazo transcurrido en este asunto, dos años y nueve meses, y la necesidad existente en el caso de adoptar un nuevo texto reglamentario, mediante un proceso que implicaba la intervención de un órgano consultivo y de tres ministerios diferentes. A pesar de ello, considera relevante que el Consejo de Estado examinó la inexecución en tres momentos diferentes y acabó sancionando a la Administración, por lo que considera que se ha vulnerado el artículo 6.1 del Convenio.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Ligada a la anterior hay que hacer referencia al caso **Koppi contra Austria**, de 10 de diciembre de 2009, en el que se declara que no es una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio en relación con el 9 el hecho de que sólo se reconozca la exención al servicio militar y al servicio civil a las personas que desarrollan determinadas funciones en las comunidades religiosas reconocidas en el sentido de la legislación austríaca y no a las de las demás religiones.

#### **f) Derecho al proceso debido y audiencia pública y oral en un procedimiento contencioso-administrativo**

En el **Caso Koottumel contra Austria**, de 10 de diciembre de 2009, se establece que la ausencia de una audiencia oral ante un Tribunal Contencioso-Administrativo sobre un permiso de trabajo viola el derecho a un proceso debido (artículo 6 CEDH) en su vertiente de derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente (*fair hearing*) para decidir sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil.

El TEDH recuerda que, según su jurisprudencia, caben excepciones en casos que conciernan a cuestiones muy técnicas o de naturaleza exclusivamente jurídica. Pero estas excepciones no se dan en este supuesto de manera que de dispensarse tal obligación debería tener una audiencia.

#### **g) La falta de notificación en tiempo para un eventual recurso como consecuencia de una mala red de información judicial constituye violación del Convenio**

En **Davran contra Turquía**, de 3 de noviembre de 2009, se resuelve un caso curioso, pero con un fondo importante para el conjunto de los Estados miembro del Convenio, de falta de notificación de una sentencia a un particular como consecuencia de la imposibilidad de encontrarlo. Si bien en los primeros momentos la imposibilidad de realizar la notificación personal fue debida a la intención obstruccionista del recurrente, lo cierto es que a partir de un determinado momento, el recurrente no sólo podía ser localizado sino que estaba preso en la cárcel como consecuencia de otro procedimiento penal. El caso es que la falta de notificación le impidió acceder a los posibles recursos por lo que se lesionó su derecho a un juicio justo. En particular el TEDH sostiene que compete a los Estados miembro establecer un sistema de información en el seno de la Administración de Justicia que permita a todos los tribunales conocer en tiempo real si las personas que buscan, por el motivo que sea, están bajo custodia.

#### **h) Suficiente motivación de las sentencias: condena a España tras pronunciamiento del Tribunal Constitucional**

En **Juez Albizu contra España**, de 10 de noviembre de 2009, se condena a España por infracción del artículo 6 del CEDH ante la falta de suficiente razonamiento en la sentencia en que se cambió la calificación de un contrato de venta en un contrato de arras como consecuencia del recurso presentado ante la Audiencia Provincial de Cádiz. Así, considera que ese cambio de naturaleza en la calificación del contrato debería haber recibido una mayor argumentación. Resulta curioso que el caso fuera en su día objeto de un recurso de amparo no otorgado en el que aun criticándose la poca argumentación realizada por la Audiencia se aceptó el cum-

plimiento de los mínimos (decisión del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2005 que tuvo, sin embargo, dos votos particulares).

### **F) Principio de legalidad penal, retroactividad de la ley penal más favorable y audiencia pública en apelación (artículo 7)**

El **Caso Gurguchiani contra España**, de 15 de diciembre de 2009, entraña una condena contra nuestro país con origen en la expulsión de un ciudadano georgiano, recurrente en el amparo europeo, por la ausencia de audiencia pública en un recurso de apelación, lo que le hubiera permitido oponerse a su expulsión y discutir la aplicación de la ley penal menos favorable.

El actor fue condenado en primera instancia a una pena de dieciocho meses de prisión por una tentativa de robo en una casa habitada, infracción cometida en el año 2002, decisión confirmada en apelación y frente a la que se interpuso un recurso de amparo constitucional que fue rechazado por estar desprovisto de contenido constitucional. El artículo 89 del Código Penal, según la nueva redacción que le otorga la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, establece que las penas privativas de libertad inferiores a seis años infligidas a un extranjero residente ilegal en España serán reemplazadas por su expulsión fuera del territorio nacional, sin que pueda volver a territorio nacional en diez años. Esta reforma supone un automatismo en la expulsión que acababa con el sistema acogido en 1995 que, por el contrario, permitía la ponderación judicial de la situación.

El recurrente denuncia que la audiencia pública en la vista del recurso de apelación le hubiera permitido oponerse a su expulsión, solicitada por la policía al órgano judicial, invocando la aplicación de la ley penal más favorable que estaba en vigor en el momento de cometerse la infracción.

El TEDH recuerda que el artículo 7 CEDH es un elemento esencial del Estado de Derecho que garantiza el principio de legalidad de los delitos y de las penas, impide la aplicación extensiva o analógica de la ley penal, establece la necesidad de que las penas estén claramente definidas por la ley y no se limita a la aplicación retroactiva de la ley penal menos favorable.

Aplicando estos principios al caso, la Corte primero determina que la sustitución de una pena de prisión de dieciocho meses por la expulsión del recurrente, impidiéndole retornar en diez años, puede ser concebida como una “pena” a los efectos del artículo 7 CEDH. Y luego reconoce que la nueva redacción del artículo 89 del Código Penal priva al juez de la posibilidad de elegir su decisión, imponiendo la expulsión en todo caso lo que supone una pena más severa, concluyendo que a la vista de lo expuesto se ha violado la garantía del artículo 7 CEDH.

Dos Votos particulares discuten la indemnización concedida al recurrente por daño moral. Uno de ellos establece que la única reparación posible debería ser la revisión de la sentencia penal y la reapertura del proceso, reprochando a España que sea uno de los pocos países del Consejo de Europa que no contempla todavía esta posibilidad mediante un instrumento procesal tras constatarse la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### G) Derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8)

##### a) Derecho a la vida privada, acceso judicial a historial médico de seropositivo, y revelación en sentencia de su identidad

En C.C. contra España, de 6 de octubre de 2009, el Sr. C.C. recurre al Tribunal por posible vulneración del artículo 8 del Convenio, al entender que la divulgación de su identidad en relación a su estado de salud suponía una violación del derecho al respeto de su vida privada.

El recurrente era portador de VIH y además sufría otra enfermedad, por lo que suscribió una póliza de seguros en 2000. Tras serle reconocida en 2002 la incapacidad permanente, reclamó a su compañía de seguros la indemnización prevista en su póliza, que no fue abonada, por lo que se inició un proceso judicial.

Durante el desarrollo del proceso la compañía aseguradora solicitó al Juez que se adjuntara el historial médico completo del Sr. C.C. al sumario del proceso. Por el contrario, C.C. rechazó que se incorporara ese informe, además de solicitar al Juzgado que se mantuviera su anonimato en el proceso, para garantizar su intimidad. Pues bien, todos los tribunales nacionales desestimaron la demanda del recurrente al entender que en el objeto del litigio era necesaria y pertinente la obtención de los datos médicos y que esta acción no rebasaba los límites del derecho a la intimidad del demandante.

Posteriormente, el Sr. C.C. interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por lesión del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE, por la incorporación de su historial médico al sumario, y porque debido al carácter público del proceso se había relacionado su identidad con su enfermedad, lesionando de ese modo su privacidad. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso al entender que, teniendo en cuenta que el objeto del litigio hacía referencia a la salud del demandante, el secreto de las informaciones relativas a su estado de salud no podía extenderse a la compañía de seguros. Por otro lado, el Tribunal señaló que la información concerniente al estado de salud del demandante no fue utilizada fuera del proceso judicial y constató que la vista había tenido lugar a puerta cerrada, por lo que consideró que no se había producido lesión del derecho a la intimidad.

El recurrente acude finalmente al TEDH alegando que el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio fue vulnerado debido a la divulgación de su identidad, en relación con su estado de salud, al figurar su nombre completo en las sentencias judiciales adoptadas en este caso.

Ante estos hechos la Corte reconoce, en primer lugar, que en este caso se trataba de un proceso destinado a determinar si la compañía de seguros debía o no abonarle una indemnización debido a su incapacidad permanente absoluta laboral y que, por tanto, el historial médico del demandante era necesario para la solución del asunto. En segundo lugar, el Tribunal analiza si el hecho de que el Juzgado de primera instancia divulgara la identidad del recurrente (su nombre completo) en la sentencia judicial, cuando éste había solicitado expresamente la no divulgación de su identidad, podría haber lesionado el artículo 8 del Convenio, haciéndose público por ello el hecho de ser seropositivo. En este sentido, el Tribunal recuerda que a la vista del carácter extremadamente íntimo y sensible de la información relativa a la seropositividad, toda medida adoptada por un Estado que obligue a comunicar o a divulgar esos datos sin el consentimiento de la persona afectada requiere ser examinada rigurosamente por el Tribunal, que debe apreciar con un cuidado igual las garantías que tratan de asegurar una

protección eficaz. Pues bien, después de analizar la normativa española al respecto, la Corte considera que esta situación se podría haber evitado reemplazando en los documentos del proceso accesibles al público y en la sentencia el nombre completo del recurrente por las iniciales, teniendo en cuenta además que ésa es la práctica habitual en el Tribunal Constitucional español, donde se omite la identificación de ciertas personas en sus sentencias.

Por todo ello, y teniendo en cuenta principalmente el principio de protección especial de la confidencialidad de las informaciones relativas al hecho de ser seropositivo, el Tribunal considera que la publicación de la identidad del demandante con el nombre completo en relación con su estado de salud en la sentencia en cuestión vulneró su derecho al respeto de su vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio y condena al Estado español a abonar una cantidad de 5.000 euros por daño moral y otros 3.398 por las costas.

### **b) Consideración del caudal relicto como parte de la vida privada, junto a una lesión del derecho a la vida por la inactividad (investigadora) de los poderes públicos**

Se produce un caso relativo a violencia de género en el que los demandantes son el padre y la hermana de la fallecida. En el asunto **Velcea y Mazare contra Rumanía**, de 1 de diciembre de 2009, los demandantes alegaban que las autoridades nacionales no habían actuado eficazmente en la investigación del asesinato de su familiar y que además se estaba lesionando su derecho a la vida familiar al no haberse declarado “indigno”, tal y como establecía el Código Civil rumano, al marido asesino, posibilitando así que los familiares de éste estuvieran en la masa relicta de la fallecida.

El supuesto en sí parte del asesinato de la mujer de Aurel A. (Tatiana A.), a quien le había ayudado un hermano policía. Como el autor del asesinato se había suicidado, las autoridades policiales consideraron que se debía suspender la causa, pues no había autor. Y a pesar de que los familiares interpusieron una denuncia contra el hermano policía del asesino por haberle ayudado, dicha causa se dilató en el tiempo y no prosperó. El TEDH consideró que no se había llevado a cabo una investigación suficiente sobre la participación en el asesinato del hermano policía del asesino, y concluyó que al ser además el hermano del asesino un policía, debiéndose haber investigado los sucesos por personas independientes de él, y debiendo haberse investigado rápidamente, sin dejar transcurrir los once años que se sucedieron, se puede considerar que la investigación no se hizo ni rápida ni eficazmente, provocando esto un resultado cuestionable, lesionando el artículo 2 CEDH.

Junto a la lesión del derecho a la vida garantizado por el artículo 2 CEDH, los demandantes alegan también lesión del artículo 8 CEDH, relativo a la vida privada, al no haberse tenido en cuenta la petición de excluir de la masa hereditaria a los familiares del asesino. Aquí, el TEDH recuerda que los derechos de herencia constituyen un elemento importante de la vida familiar. Y aunque el CEDH no exige que un Estado adopte normas que regulen los casos de exclusión de la herencia, como en el presente caso, sí que exige que si existen dichas normas, se apliquen de una manera coherente con su objetivo. En este caso, no hay duda de que Aurel A. era de hecho el autor de la muerte de Tatiana A. El Tribunal no duda sobre la imposibilidad de poder aplicar normas penales a una persona fallecida, pero es diferente para el supuesto de los efectos civiles de un acto ilegal. Así, concluye el TEDH que en la parte civil, no puede admitir que tras la muerte de una persona (aquí, Aurel A.), la ilegalidad de sus acciones no

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

tenga ningún efecto. En las circunstancias particulares de este caso, el TEDH consideró que la aplicación de las disposiciones del Código Civil rumano sobre las causas de indignidad eran demasiado restrictivas, por lo que los Tribunales rumanos han ido más allá de lo necesario para garantizar el cumplimiento del principio de la seguridad jurídica.

#### c) Inactividad de las autoridades públicas en casos de reagrupación familiar

Otro caso de lesión, pero en este caso, exclusivamente, de vida privada, es el caso **Tapia Gasca y D. contra España**, de 22 de diciembre de 2009, donde el TEDH no consideró que se hubiera lesionado el artículo 8 CEDH en un supuesto de retraso en la actividad de las autoridades nacionales a la hora de decidir sobre el régimen de visitas de una madre a su hija.

En este asunto, tras el divorcio entre la demandante y su marido por malos tratos, se había producido el secuestro de la menor por parte del padre de origen marroquí, quien en el año 1999, por esta cuestión, perdió la tutela de la menor, pasando a reconocérsele íntegramente a la madre. La demandante alegaba la falta de diligencia por parte de las autoridades españolas, cuya falta de actividad había alargado el proceso más de once años, produciéndose una lesión de los artículos 6 y 8 CEDH.

Partiendo el TEDH de que el interés del menor es de una importancia primordial y de que los procedimientos relativos a la atribución de la patria potestad exigen un tratamiento urgente –en tanto que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables para el menor–, el Tribunal considera que en el presente caso, el no haber obtenido una respuesta favorable no se ha debido a una inactividad de las autoridades nacionales. Señala además el TEDH que el legislador español ha manifestado necesario el modificar y endurecer penalmente este tipo de cuestiones relativas a la sustracción de menores. En el presente caso, un mandato internacional de búsqueda del padre y de la menor no fueron actuaciones sencillas y no se puede considerar que la falta de resultados sea imputable a las autoridades nacionales. Y por ello, no considera que se produzca una lesión del artículo 8 CEDH.

#### d) Publicación de ficheros de datos personales relativos a delincuentes sexuales

Unos días antes, con fecha 17 de diciembre de 2009, se produce el asunto **Gardel contra Francia**, donde el TEDH se pronuncia sobre el Fichero nacional automatizado de autores de delitos sexuales (*Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles*, FIJAIS). En la misma línea y en el mismo sentido destaca el caso **M.B. contra Francia**, de la misma fecha. El fichero FIJAIS, creado en 2004, es un fichero de identificación judicial que consta de un fichero de huellas digitales y de datos genéticos, así como de otro fichero de antecedentes judicial nacional. En este caso el demandante, acusado de haber cometido agresiones sexuales en 1997, denuncia el ser incluido en este tipo de ficheros con carácter retroactivo, lesionándose lo dispuesto en el artículo 7 CEDH (“no hay pena sin ley”). Consideraba el demandante que la inscripción en este tipo de ficheros constituía de por sí una sanción más grave que la impuesta en el momento de la comisión de la infracción por la que se le había condenado. Contrariamente, el TEDH consideró que la inclusión en este tipo de ficheros no podía ser considerada una pena, sino más bien una medida policial, que facilita las investigaciones policiales, cuya finalidad es meramente preventiva y no represiva, como es la de una sanción o pena prevista en el artículo 7 CEDH. Así, concluye en este sentido el TEDH que la inscripción en el FIJAIS no

constituye una pena en el sentido del artículo 7 CEDH, sino una medida preventiva a la que no se le puede aplicar el principio de irretroactividad citado.

Y en relación con la lesión del artículo 8 CEDH, respecto de la cual el TEDH entra a conocer por el principio de *iura novit curia*, considera el Tribunal que no se ha producido la alegada lesión del citado derecho. El TEDH señala que aunque el FIJAIS contiene datos personales de la vida privada del demandante y que esto en sí supone ya una injerencia en su vida privada, ésta se encuentra justificada y supone una medida necesaria en una sociedad democrática. Los datos son recogidos y tratados con las debidas garantías, y en cuanto a su conservación, prevista de 20 a 30 años en función de la gravedad del delito cometido, el TEDH recuerda que si bien la conservación durante un largo período de tiempo puede ya suponer una lesión del artículo 8 CEDH, el demandante tiene en todo caso la posibilidad de presentar una demanda para la cancelación de dichos datos si la conservación supone una injerencia desproporcionada. Asimismo, señala el TEDH que el acceso a dichos ficheros también cumple con las garantías previstas en la normativa sobre protección datos, pues sólo podían acceder a él autoridades policiales y judiciales, sometidos a un deber de confidencialidad respecto de la información tratada. En conclusión el TEDH sentenció que la inscripción en el FIJAIS representa un justo equilibrio entre los intereses privados y los públicos concurrentes y que el Estado ha actuado dentro de su margen de apreciación, por lo que no existe una lesión del artículo 8 CEDH.

### **e) Derecho a la vida privada, excepciones al secreto de la correspondencia previstas en las leyes y funcionarios de prisiones**

La sentencia del *Caso Mikhaylyuk y Petrov contra Ucrania*, de 10 de diciembre de 2009, estima violado el derecho a la vida privada, en su vertiente de secreto de la correspondencia, por un supuesto de hecho donde un funcionario de prisiones y su compañera, que residían en un apartamento, ubicado dentro de una colonia o complejo residencial integrado en una prisión, vieron violada esta garantía. La ley no contemplaba expresamente la posibilidad de revisar la correspondencia de los funcionarios de prisiones, como categoría de personas, pero sí una instrucción de la Administración penitenciaria que carecía de valor normativo y no había sido convenientemente publicada. En consecuencia, se resuelve que la interferencia en el derecho no estaba prevista en la ley.

### **H) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9)**

#### **a) El CEDH no garantiza la objeción de conciencia**

*Bayatyan contra Armenia*, de 27 de octubre de 2009, es un caso de objeción de conciencia al servicio militar de un testigo de Jehová en Armenia condenado a dos años y medio de prisión por negarse a cumplir el servicio militar. Se alega vulneración del artículo 9 CEDH, tomando en consideración que en el momento en el que es condenado no existía en Armenia prestación social sustitutoria.

La Corte comienza por recapitular la doctrina sobre la objeción de conciencia en los casos resueltos por la Comisión, comenzando por *X contra Austria* de 2 de abril de 1973, y concluye que tal como se interpretó por la antigua Comisión, el artículo 9 no garantizaba el derecho a

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la objeción de conciencia, por lo que en realidad lo que se solicita a la Corte es que revise la jurisprudencia teniendo en cuenta el carácter de instrumento vivo del Convenio.

Para ello comienza por analizar cuál es el estándar de la cuestión en los países del Consejo de Europa y afirma que la mayoría de sus miembros han aprobado leyes que prevén la objeción de conciencia, sin embargo considera que de este hecho no se puede deducir que los países que no lo hayan hecho violen el Convenio, es decir, que confirma, por seis votos frente a uno, que el artículo 9 a la luz del 4.3 no garantiza el derecho a la objeción de conciencia. La sentencia contiene un voto disidente

#### **b) La exigencia legal de implantación de 15 años para registrar una organización religiosa puede contrariar la libertad religiosa y de asociación**

En el asunto **Kimlya y otros contra Rusia**, de 1 de octubre de 2009, los recurrentes son el Presidente de la congregación de la Iglesia de la Cienciología de la Ciudad de Surgut en Rusia y otros representantes de la misma congregación en otras localidades rusas, que acuden al TEDH al considerar que se han vulnerado los siguientes derechos del Convenio: la libertad religiosa, reconocido en el artículo 9; la libertad de expresión (artículo 10), y la libertad de asociación (artículo 11), así como la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio.

Los hechos que provocaron el recurso ante el TEDH son los siguientes:

La Iglesia de la Cienciología de la ciudad de Surgut figuraba inscrita en el registro como una organización no gubernamental, pero en el año 1994 las autoridades acordaron su disolución al considerar que sus actividades eran “de carácter religioso”. Posteriormente, en el año 1999 volvieron a solicitar su inscripción en el registro, esta vez como entidad religiosa local, pero también fue rechazada por las autoridades. Algo similar ocurrió con la Iglesia de la Cienciología de la localidad de Nizhnekamsk. Tras un procedimiento largo y complejo, los tribunales rusos ratificaron las decisiones de las autoridades administrativas negándoles su inscripción en el registro de entidades religiosas al considerar que, de acuerdo con la legislación rusa sobre entidades religiosas, sólo se pueden inscribir en ese registro los grupos religiosos que acrediten su existencia e implantación en el país o en un territorio determinado del Estado durante al menos 15 años, requisito que estas agrupaciones no cumplían. Es importante resaltar que, de acuerdo a esta normativa, si un grupo religioso no está inscrito en el registro no adquiere personalidad jurídica como tal, de modo que no pueden poseer o alquilar una propiedad, abrir una cuenta bancaria, contratar empleados y, especialmente tratándose de organizaciones religiosas, no tienen capacidad para constituir lugares de culto, celebrar servicios religiosos accesibles al público, adquirir o distribuir literatura religiosa o crear instituciones educativas.

El TEDH, en primer lugar, no entra a valorar si la Cienciología constituye o no una religión, pues considera que es una cuestión que genera gran controversia entre los Estados miembro. Es más, afirma que en ausencia de consenso europeo sobre la naturaleza religiosa de este grupo y teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria del papel de la Corte, el Tribunal ha de confiar en la posición de las autoridades nacionales para determinar la aplicabilidad del artículo 9 del Convenio. Por ello, y dado que las autoridades rusas no niegan la naturaleza religiosa de estas congregaciones de la Iglesia de Cienciología en las ciudades de Surgut y Nizhnekamsk, el Tribunal decidió que el artículo 9 era aplicable en el caso.

El Tribunal considera que la falta de personalidad jurídica y el alcance restringido de los derechos que se reconocen a los grupos religiosos no inscritos en virtud de la legislación de Rusia no permiten que los miembros de estas agrupaciones gocen efectivamente de su derecho a la libertad de religión y de asociación. Además, teniendo en cuenta que se les negó el registro como organización religiosa como resultado de la aplicación automática de una disposición legal (“acreditar 15 años de implantación en el territorio”), se producía una diferencia de trato respecto de otros grupos religiosos ampliamente representados en Rusia, ya que un grupo religioso de reciente aparición como la Cienciología no podría en ningún caso constituirse como agrupación religiosa en todo ese tiempo, y esta normativa es a juicio del Tribunal desproporcionada.

Por todo ello, el Tribunal concluye que la interferencia con los derechos de los demandantes a la libertad de religión y de asociación no había sido “necesaria en una sociedad democrática” y sostuvo por unanimidad que había habido una violación del artículo 9 de la Convención, interpretado a la luz del artículo 11.

### **c) Derecho a la educación de los hijos conforme a las convicciones de los padres (artículo 2 del Protocolo 1) y libertad religiosa. Presencia de crucifijos en las aulas: lesión de los derechos reconocidos en el Convenio**

En *Lautsi contra Italia*, de 3 de noviembre de 2009, el TEDH resuelve el muy conocido caso de los crucifijos en las aulas declarando la presencia de tales símbolos en las escuelas contraria al derecho de los padres a la educación de acuerdo con sus convicciones morales y el derecho de los niños a la libertad religiosa. El asunto tiene su origen en la reclamación realizada por una ciudadana italiana, madre de dos hijos de 11 y 13 años, que están escolarizados en una escuela pública de Italia. Todas las clases de la citada institución tenían un crucifijo en una de las paredes lo que para la recurrente era contrario al principio de secularismo en el que deseaba educar a sus hijos. Su reclamación obtuvo como respuesta la decisión de los órganos de dirección del colegio de mantener el crucifijo y, posteriormente, la aprobación por parte del Ministerio de educación italiano de una directiva recomendando que tal fuera la política a seguir por parte de todos los centros educativos públicos italianos con crucifijos en las paredes.

Ante la respuesta del colegio, la recurrente acudió a la jurisdicción ordinaria que planteó, a petición de la interesada, la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Costituzionale. Ante ésta el Gobierno alegó que la presencia de los crucifijos en las paredes de las escuelas italianas no era sólo un símbolo religioso, sino también la “bandera” de la única religión nombrada por su nombre en la Constitución, un símbolo del Estado italiano. La Corte Costituzionale consideró que se trataba de una cuestión objeto de regulación reglamentaria y por tanto objeto de un juicio de legalidad y no de constitucionalidad por lo que remitió la cuestión de nuevo al tribunal *a quo*. Éste rechazó el recurso de la sra. Lautsi al entender que el crucifijo era a la vez símbolo de la historia y cultura italiana y con ello de la identidad italiana y, por otra parte, símbolo de los principios de igualdad, libertad y tolerancia. El Consejo de Estado italiano, por su parte, rechazó el recurso de la recurrente al entender que la cruz se ha convertido en el símbolo de los valores seculares de la Constitución italiana y representa los valores de la vida ciudadana.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Ante el TEDH la recurrente alega lesión del derecho a la educación de los hijos conforme a las propias convicciones religiosas y filosóficas contenido en el artículo 2 del Protocolo número 1 y el derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 9 CEDH. El gobierno, por su parte, alegó el carácter no religioso del símbolo pese a que éste fuera su origen. En tal sentido sostuvo, por una parte, que la cruz debía ser considerada un símbolo de tolerancia y, por la otra, que su presencia en las aulas no implicaba una opción a favor de ninguna religión, ni la imposición de obligaciones respecto a ella de ningún estudiante. En definitiva, sostendrá que ésta es una cuestión muy compleja en la que debe dejarse un amplio margen de apreciación a los Estados en la medida en que no existe una práctica uniforme entre los miembros del Consejo de Europa.

El TEDH comienza con la formulación de sus principios generales en la cuestión derivados no sólo de sus dos sentencias sobre el artículo 2 del Protocolo 1, sino también de la doctrina sentada sobre los derechos a la vida privada (artículo 8), libertad religiosa (artículo 9) y libertad de expresión (artículo 10). En tal sentido, sostiene que la libertad de educar a los hijos en las propias convicciones es esencial para preservar una sociedad democrática que ha de ser garantizada a través de la regulación estatal de la educación. Para ello el contexto educativo ha de ser capaz de garantizar un entorno abierto que asegure la presencia de diferentes religiones y convicciones; un lugar de encuentro en el que los estudiantes puedan adquirir conciencia de las ideas y convicciones del otro. Por ello, el Estado debe asegurar que en la educación se adquiera un conocimiento objetivo, crítico y pluralista. El Estado tiene prohibido cualquier intento de adoctrinamiento que pueda considerarse contrario a las convicciones de los padres. Convicciones que incluyen el derecho a creer en cualquier religión o en ninguna. La obligación de neutralidad del Estado es incompatible con cualquier intento de afirmar la legitimidad de convicciones religiosas determinadas o de sus modos de expresión. En el contexto de la enseñanza la neutralidad debería garantizar el pluralismo.

Aplicando tales principios al caso planteado, el TEDH comienza poniendo de relieve que exigen del Estado una obligación de no imponer creencias, incluso indirectamente, en lugares en los que las personas están en posición de dependencia o en los que son particularmente vulnerables. La zona escolar de los niños es un área particularmente sensible en el que poder estatal se impone en mentes a las que todavía les falta la capacidad crítica capaz de hacerles mantener distancia de mensajes procedentes del Estado a favor de una determinada posición religiosa (parágrafo 48). Igualmente destaca que en aquellos Estados en los que la gran mayoría de la población practica una religión concreta la manifestación de sus creencias y los símbolos de esa religión, sin restricciones de lugar y forma, pueden constituir una presión sobre los estudiantes que no practican religión alguna o practican alguna minoritaria.

Respecto al eventual valor no religioso del símbolo de la cruz, la corte acepta que es un símbolo con varios significados posibles, pero que el significado religioso es el predominante. Su presencia en las aulas va más allá del uso de símbolos en contextos históricos. Las convicciones de la madre que no desea la presencia del crucifijo en las aulas son suficientemente serias y consistentes en cuanto a la consideración del crucifijo como un símbolo religioso incompatible con sus convicciones en cuanto lo entiende como una opción estatal a favor del catolicismo. Dado que ése es precisamente el significado conferido al símbolo por la iglesia católica (que le atribuye un mensaje fundamental), resulta claro que la aprensión de la recurrente no puede considerarse arbitraria (parágrafo 54).

Además, continúa el TEDH, la presencia del crucifijo es evidente y dada su posición en la pared se percibe necesariamente como parte integral del contexto educativo y puede conside-

rarse un “símbolo externo poderoso” (parágrafo 54). En tal sentido su presencia puede interpretarse por los estudiantes de todas las edades como un símbolo religioso y sentir que están creciendo en un entorno marcado por una religión determinada. Lo que puede ser un apoyo para determinados estudiantes religiosos puede ser emocionalmente molesto para otros estudiantes no religiosos o que profesen una religión diferente. Riesgo particularmente importante para niños que practiquen religiones minoritarias. La libertad de religión entendida en sentido negativo no sólo exige la ausencia de servicios o de educación religiosa. “Se extiende a prácticas y símbolos que expresen, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo. Ese derecho negativo merece una protección especial si es el Estado el que expresa la creencia y quienes disienten son colocados en una situación de la que no pueden librarse sino es haciendo esfuerzos desproporcionados y actos de sacrificio” (parágrafo 55).

En fin, concluye el TEDH, no es posible aceptar que un símbolo asociable razonablemente al catolicismo contribuya, por sí mismo, al pluralismo educativo que es esencial para una sociedad democrática. La presencia del símbolo de la cruz en las clases infringe los derechos de la recurrente en la medida en que las restricciones impuestas a su derecho a que sus hijos sean educados con pleno respeto a sus convicciones religiosas o filosóficas no respetan la neutralidad exigible al ejercicio del poder público en el campo de la educación (parágrafo 57).

## **l) Libertad de expresión (artículo 10)**

### **a) Condena por espionaje que no vulnera el artículo 10 del Convenio**

**Pasko contra Rusia**, de 22 de octubre de 2009. El recurrente es un militar y periodista que trabajaba en un periódico de la flota del Pacífico, especialmente en problemas de medio ambiente y como *free lance* para la televisión y la prensa japonesa. Es detenido y juzgado por espionaje por considerar que determinados documentos que pretendía entregar a la prensa japonesa contenía secretos de Estado, por lo que se le condena a cuatro años de prisión en una colonia correccional y a la privación de su rango militar. Considera que se le ha aplicado retroactivamente la ley de secretos oficiales y que se ha vulnerado su libertad de expresión.

El recurrente fue condenado por mantener documentación conteniendo secretos de Estado en un período en el que todavía no se había desarrollado la lista de informaciones sometidos a ese secreto de Estado, o, posteriormente, en la que los tribunales nacionales habían interpretado extensivamente la ley sobre la base de un listado ministerial no publicado.

Por esas circunstancias la Corte considera adecuado analizar el asunto desde la óptica del artículo 10 del Convenio, pero concluye que las normas existentes reunían los criterios de previsibilidad y accesibilidad para ser consideradas adecuadas desde el punto de vista del Convenio y, por otra parte, concluye que el recurrente ha sido condenado como militar y no como periodista, por lo que considera, por seis votos frente a uno, que tampoco existe vulneración del artículo 10.

### **b) Noticia difamatoria relacionada con un político**

En el caso **Europapress Holding D.O.O. contra Croacia**, de 22 de octubre de 2009, la revista croata de mayor difusión había publicado un artículo en que se afirmaba que el Ministro de

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

economía y antiguo Primer ministro del país había apuntado con un revolver a un periodista en el interior del edificio del Gobierno, motivo por el que se inició un pleito por difamación en el que efectivamente la compañía es condenada por los tribunales nacionales al pago de una indemnización. El TEDH considera que en ningún momento ni en el proceso nacional ni ante la Corte se ha probado la veracidad del hecho, por lo que considera que la intervención en la libertad de información es proporcionada y que no existe vulneración del artículo 10.

#### c) Derecho de rectificación considerado desproporcionado

Se plantea en el caso **Karsai contra Hungría**, de 1 de diciembre de 2009, la lesión de la libertad de expresión de un profesor de historia universitario que, ante el debate público sobre la posibilidad de crear una estatua del ex Primer Ministro (Pál Teleki), excooperante de la Alemania nazi, manifestó su completa repulsa y criticó al escultor por sus manifestaciones antisemitas. Tras el pertinente proceso judicial interpuesto por el escultor, que alegaba haber sufrido una lesión de su reputación, se obligó al profesor de historia a rectificar públicamente sus manifestaciones, considerando éste esta medida desproporcionada.

El TEDH concluyó que el artículo que había publicado el profesor de historia se había producido en el contexto de un debate público, por lo que su publicación debía gozar de todas las garantías necesarias en una sociedad democrática. Y que el hecho de que criticara las manifestaciones del escultor era consecuencia a su vez de que el escultor las hubiera hecho públicas. Recuerda el Tribunal en este punto que en un contexto de este estilo se han considerado amparadas por el artículo 10 CEDH duras críticas expresadas tanto directa como indirectamente.

Lo realmente relevante de este caso es que el TEDH consideró que la sanción impuesta a un historiador de prestigio como el demandante provocaría un efecto intimidatorio, siendo por lo tanto una medida desproporcionada. De esta forma, el Tribunal concluyó que los tribunales nacionales no habían demostrado convincentemente que la protección de la reputación de un participante en el debate público era más importante que el derecho del demandante a la libertad de expresión y el interés general en la promoción de esta libertad cuando se trataba de cuestiones de interés público; y, en consecuencia, se había producido una lesión del artículo 10 CEDH, por no ser la sanción impuesta una medida necesaria en una sociedad democrática.

#### d) Manifestaciones expresadas en el contexto de un conflicto sindical en España

En el caso **Aguilera Jiménez y otros contra España**, de 8 de diciembre de 2009, los demandantes, sindicalistas barceloneses, consideraban lesionados sus derechos de libertad de expresión y libertad de reunión y asociación, previstos en los artículos 10 y 11 CEDH, al haber sido sancionados por las reivindicaciones laborales plasmadas en un folleto informativo que se publicaba mensualmente en el sindicato. En el citado folleto se incluían unas caricaturas del director de recursos humanos de la empresa y otras escenas ofensivas.

Aunque en este caso el TEDH consideró que se había producido una injerencia en la libertad de expresión de los demandantes, en tanto que el Estado tiene la obligación de proteger dicho derecho incluso respecto de los atentados provenientes de personas privadas –como es el empresario en este caso– y reconoció que los sindicatos jugaban un papel relevante en los conflictos laborales, al analizar la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática, el TEDH consideró que las manifestaciones realizadas y plasmadas en el boletín sindical constituían ataques

personales, eran ofensivos, no respondían a una reacción instantánea e irreflexiva, sino todo lo contrario, habían sido publicados con total serenidad y lucidez. Y por ello, recordando que la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 CEDH no comprendía una libertad ilimitada, al analizar los términos de los artículos publicados en el boletín sindical, concluyó que las manifestaciones realizadas no podían considerarse incluidas en los términos de un debate de interés general, ni podían considerarse realizadas de una forma rápida y espontánea, por lo que las sanciones impuestas por los Tribunales nacionales habían sido proporcionadas y no habían traspasado el margen de apreciación que les correspondía, no produciéndose ninguna lesión del artículo 10 CEDH. Y en este mismo sentido, al no haber indicios de una lesión del artículo 10 CEDH, el TEDH considera que tampoco hubo lesión del artículo 11 CEDH.

Manifestación contraria presenta el Juez Power al presente caso, quien disiente de la opinión mayoritaria, al considerar que no se podía obviar el hecho de que los sindicalistas formaban parte de un sindicato de reciente creación, no se les podía exigir los mismos requisitos que a unos periodistas en cuanto a sus manifestaciones y que había que haber tenido más en cuenta el contexto de conflicto social en el que nos movíamos. Por ello el Juez consideró que el TEDH debería haber tenido todos los elementos del caso en su conjunto a la hora de imponer la sanción. Concluye el citado magistrado que la libertad de reunión y de asociación en un caso como éste es de tal importancia que no puede verse limitada por ser considerada meramente un acto reprochable, y que su limitación no podía considerarse como necesaria en una sociedad democrática.

### **e) Libertad de información (artículo 10) y principio de no revelación de fuentes anónimas de información confidencial**

El Caso **Financial Times y otros contra el Reino Unido**, de 15 de diciembre de 2009, lleva a reconocer una violación de la libertad de información (artículo 10 CEDH) como consecuencia de la decisión judicial de obligar a los informadores a revelar sus fuentes de información anónimas.

Cuatro reconocidos periódicos y cuatro agencias de información británicas fueron obligados por un tribunal civil, invocando una decisión de la Cámara de los Lores de 1974, a revelar la fuente de información de un documento confidencial que les fue filtrado por un sujeto anónimo sobre la posible fusión de dos empresas para imponer precios.

El TEDH recuerda, como fuente externa al Convenio, la vigencia de una Recomendación [No.R (2000) 7] del Consejo de Europa sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información sin otras restricciones que las previstas en el artículo 10.2 CEDH, siempre que no exista otra medida alternativa a la revelación y tras ponderar adecuadamente los intereses en conflicto. La Corte estima que aquí no era una medida necesaria en una sociedad democrática, pues la prensa debe cumplir en las sociedades democráticas un papel de *public watchdog* que impide restricciones innecesarias. El público tiene un interés general en recibir la información que aportan las fuentes anónimas y los periodistas un interés público en mantener el secreto de la fuente. Este principio de no revelación de tales fuentes no sufre un daño real cuando, de acuerdo con las circunstancias, se actuó de mala fe por el informador anónimo, proporcionando información falsificada, y se advierte que los jueces deben asumir un papel activo en esta ponderación. Pero, invocando el caso **Goodwin** como precedente, sostiene la Corte que este interés público en no revelar la fuente no fue suficientemente contrapesado en este caso.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **f) Libertad de expresión: Veracidad. Buena fe en la transmisión de rumores relativos a la actuación de representantes políticos**

El TEDH se ha pronunciado en tres supuestos [Iremeiov contra Rumanía (1 y 2) y Flux (7) contra Moldavia, de 3 de noviembre de 2009] en la línea habitual de declarar la improcedencia de sancionar a los autores de informaciones relativas a personas públicas o de instituciones si han actuado de buena fe en la búsqueda de la verdad de los hechos (test de veracidad). En la línea de esta jurisprudencia (ya muy consolidada), el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse [en Flux (7) contra Moldavia] sobre una cuestión no del todo clara hasta ahora como es la de la transmisión de “rumores”. El TEDH acepta la transmisión de este tipo de información en un supuesto relativo al comportamiento de parlamentarios siempre que se cumplan tres requisitos básicos: la presencia de un acusado interés público; la imposibilidad de confirmar, pese a intentarlo por varios medios, la verdad de la noticia, y la presentación de la noticia como no confirmada totalmente ante la imposibilidad de lograrlo. Este último criterio es, quizá, el más importante en la medida en que demuestra la buena fe del informador puesto que no presenta como ciertos hechos no totalmente comprobados.

#### **J) Libertad de reunión y de asociación (artículo 11 CEDH). Desproporción en la disolución de una organización por acusación vaga de simple irregularidad de gestión interna**

En Tebieti Mühafize Cemiyyeti e Insafilov contra Azerbaijan, de 8 de octubre de 2009, los demandantes son la organización Tebieti Mühafize Cemiyyeti, una organización no gubernamental sin fines de lucro, y el que fue su presidente durante 1995 y 2002, Sabir Israfilov, nacional de Azerbaiyán.

Esta asociación actúa en el sector medioambiental desde 1995, fecha en la que se inscribe en el Registro administrativo correspondiente. Dos años más tarde, reciben una notificación del Ministerio de Justicia en la que se les indicaba que la compañía presuntamente había cometido ciertas irregularidades, por lo que se acuerda el inicio de una inspección de las actividades de esta organización. La inspección finaliza con la emisión de tres advertencias para que corrigieran las deficiencias y las irregularidades que se habían detectado, que fueron el hecho de que no habían celebrado las reuniones anuales que exigía la ley, así como que la organización había intentado realizar inspecciones medioambientales en instituciones y compañías privadas cobrando por ello, lo que contravenía la propia naturaleza de una organización sin ánimo de lucro. Meses después, los tribunales ordenaron la disolución de la organización, a pesar de las alegaciones y de los recursos presentados por la organización.

Por estos motivos, los recurrentes acuden al TEDH alegando posible vulneración del artículo 11 del Convenio, la libertad de asociación, al considerar que la disolución de la asamblea se habría producido de forma arbitraria.

El Tribunal destaca que, a pesar de que la actuación de las autoridades se ajustaba a la normativa, lo más llamativo, a juicio del Tribunal, es que las autoridades concedían un plazo máximo de 10 días para subsanar la irregularidad, cuando, de acuerdo con la normativa, la convocatoria de una asamblea general ha de realizarse en un plazo mínimo de dos semanas, por lo que el plazo establecido por las autoridades no daba la posibilidad a la organización de subsanar esas irregularidades. Además, el Tribunal considera que la medida de disolver la organización de forma inmediata, a pesar de que es la única medida de sanción que establece la legislación nacional en el caso de comportamientos irregulares de las asociaciones, es una medida des-

proporcionada en casos como el que les ocupa, en el que únicamente se ha producido una mera omisión de cumplir con normas de gestión interna. Por otro lado, y por lo que se refiere a la acusación de que la organización habría intentado cobrar una cuota por realizar una serie de controles medioambientales, el Tribunal aprecia que estas acusaciones han sido sumamente vagas e imprecisas y que no ofrecen detalles de las actividades supuestamente ilegales.

Por todo ello, el TEDH decidió por unanimidad que las supuestas acciones ilegales no habían sido probadas y que la decisión de los tribunales nacionales de disolver la organización había sido arbitraria, en violación del artículo 11 del Convenio y condena a Azerbayán a la indemnización de 8.000 euros más 2.000 por las costas procesales.

### **K) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH)**

#### **a) Reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados bajo el rito gitano**

En el caso **Muñoz Díaz contra España**, de 8 de diciembre de 2009, se condenó a España por violación de la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14 CEDH (por razón de raza en este supuesto), al no haber reconocido la pensión de viudedad a una mujer que había estado casada por el rito gitano, no reconocido en la legislación española.

A pesar de que los Tribunales españoles alegaban que no existía tal derecho a una pensión de viudedad pues el matrimonio por el rito gitano no había sido inscrito en el Registro Civil y por tanto no había producido efectos civiles, en este caso el TEDH recuerda que hay una creciente tendencia internacional en los Estados europeos en torno al reconocimiento de las especiales necesidades de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y estilo de vida, así como de salvaguardar sus intereses y preservar su diversidad cultural.

Por ello, el TEDH concluye que, si además tenemos en cuenta que la citada viuda tenía un Libro de Familia, en el que constaban seis hijos y que había sido entregado por el Registro Civil –esto es, una autoridad nacional–, habría que considerar que las autoridades nacionales no habían tenido en cuenta las creencias y las especificidades culturales de la viuda. Así las cosas, el TEDH consideró desproporcionada la actuación de las autoridades españolas que, por un lado, habían garantizado la condición de familia numerosa, habían otorgado un seguro médico y habían admitido la cotización del marido fallecido durante diecinueve años, pero, por otro lado, denegaban los efectos del matrimonio respecto de la pensión de viudedad.

Interesante resulta la opinión disidente del Juez Myjer, quien considera que el derecho al matrimonio previsto en el artículo 12 CEDH deja en manos de los Estados parte las modalidades de ejercicio del matrimonio, así como los efectos de los matrimonios legalmente previstos. No considera el Juez Myjer que el Estado esté bajo la obligación de adaptar su normas matrimoniales a los deseos de los sujetos o de los grupos en función de su estilo de vida, incluso, cuando como en el caso de los gitanos, éstos constituyen una importante parte de la población. Y, por tanto, considera que la demandante no ha sido víctima de un trato diferente.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### b) Trato discriminatorio en elecciones generales por razón del origen étnico

En el asunto *Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina*, de 22 de diciembre de 2009, los demandantes, de origen romaní o gitano y judío, respectivamente, preguntaron a la Comisión Central Electoral sobre la posibilidad de presentarse a las elecciones a la Presidencia y a la Cámara de representación popular de la Asamblea parlamentaria, contestándoles la citada Comisión que debido a su origen étnico resultaban inelegibles, quedando reservadas las candidaturas para los considerados por la Constitución de Bosnia como ciudadanos constituyentes (bosnios, serbios y croatas).

El TEDH señala que la discriminación se produce siempre que se trata de forma diferente a personas que se encuentran en situaciones semejantes, sin una justificación objetiva y razonable. Además, indica que cuando una diferencia de trato se basa en la raza o la etnia, la justificación objetiva y razonable debería interpretarse lo más estrictamente que fuera posible. Según ha manifestado en otras ocasiones el TEDH, ninguna diferencia de trato que se basa exclusivamente o de manera determinante en el origen étnico de una persona podría estar objetivamente justificada en una sociedad democrática contemporánea basada en los principios de pluralismo y respeto de las distintas culturas.

En este caso, el TEDH recuerda y reconoce que Bosnia y Herzegovina ha realizado importantes progresos desde los Acuerdos de Paz de Dayton (o Protocolo de París) de 1995, y que ha modificado su Constitución recientemente, pero que aún así, todavía no ha demostrado mecanismos de reparto de poder en los que no se excluya automáticamente a los representantes de los que no son los “pueblos constituyentes”, y todavía no ha modificado su legislación electoral habiéndose comprometido a ello cuando se incorporó al Consejo de Europa en el año 2002. Por ello, provocándose la inelegibilidad de sujetos como los demandantes, por razón de su origen étnico, el TEDH declara que se ha producido una lesión del artículo 14 CEDH y condena a pagar una indemnización a los demandantes, sin que se entre a debatir sobre la necesidad de modificar el texto constitucional, a lo cual ya se había comprometido hacía años Bosnia y Herzegovina.

#### L) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1): Violación reiterada de las obligaciones del Convenio. Caso Piloto: obligación estatal de reformar la normativa vigente. Moratoria en la resolución de controversias

En *Suljagic y otros contra Bosnia Herzegovina*, de 3 de noviembre de 2009, se plantea de nuevo un supuesto interesante no tanto por el fondo de la cuestión, cuanto por el contenido de la sentencia condenatoria. El caso planteado no tiene excesivo interés en la medida en que afecta a la valoración y a los retrasos en la devolución de fondos invertidos en entidades financieras durante la guerra de los Balcanes. Fondos que recibieron un tratamiento específico en la legislación posterior ante las necesidades de reconstrucción del país. El TEDH considera que el retraso en la devolución de los fondos y la valoración realizada de ellos son contrarios al artículo 1 del Protocolo 1 por lesionar el derecho de propiedad. Lo más destacable es, sin embargo, la conversión de esta decisión en un caso Piloto puesto que están pendientes más de 1.300 recursos similares cuya justa satisfacción puede obtenerse si Bosnia Herzegovina, como parece, procede a las pertinentes modificaciones normativas por lo que se acuerda el otorgamiento de un plazo al Estado de 6 meses para proceder a esa modificación que evite la lesión de los derechos de los recurrentes.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### **A) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE): La decisión judicial deliberada de apartarse del criterio del TC sobre la interrupción de la prescripción sobre la base de un Acuerdo del TS vulnera el derecho y además ignora los artículos 9.1 CE y 5.1 LOPJ**

La STC 206/2009, de 23 de noviembre, Sección Tercera, revisando la condena penal de un ciudadano por ciertos delitos fiscales, tras haber rechazado los tribunales ordinarios que aquéllos estuvieran prescritos por haberse interrumpido el plazo legal de prescripción por la mera interposición de la denuncia, vuelve a aplicar la doctrina ya archiconocida de la STC 63/2005, de 14 de marzo: no basta con la denuncia o querrela para interrumpir el plazo de la prescripción, pues la exigencia legal de que el “procedimiento” se dirija contra el culpable no es compatible constitucionalmente con esa interpretación, sino que es preciso que haya además una interposición judicial, una resolución judicial de incoación del procedimiento penal. Como esto no fue así en este asunto, se estima el amparo. Pero lo interesante es que en estos casos los tribunales ordinarios (Juzgado de lo Penal y Audiencia Provincial) citaban la STC 63/2005 y asumían que la no apreciación de la prescripción era contraria a la doctrina de dicha sentencia constitucional, pero se basaban en el Acuerdo no jurisdiccional aprobado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en mayo de 2005, como reacción ante la STC 63/1995, que reafirmaba que bastaba con la denuncia para interrumpir la prescripción y la Audiencia Provincial llegaba a decir que esa sentencia constitucional es sólo “una resolución aislada que por ello no puede entenderse constituya doctrina consolidada del Alto Tribunal, máxime cuando fue objeto de voto particular y cuestionada por el Pleno del Tribunal Supremo en Acuerdo no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005”. Hemos de añadir que la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 5/2005 sobre interrupción de la prescripción también consideraba a dicha sentencia un precedente aislado, no dictada por el Pleno, y con votos particulares, por lo que terminaba ordenando que los Fiscales se opusieran a la prescripción si la mera denuncia o querrela (aunque no el Auto judicial de incoación) se había interpuesto antes de que transcurriera el plazo legal de prescripción. El Tribunal, aplicando la misma doctrina que en la STC 147/2009, de 15 de junio, señala: 1º. Que la oposición entre la sentencia constitucional y el Acuerdo del TS se ha de resolver en todo caso mediante la aplicación preferente de las sentencias constitucionales (artículo 5.1 LOPJ); 2º. Frente a esa “deliberada” inaplicación por los jueces ordinarios de la doctrina de la sentencia constitucional, recuerda que todos los poderes públicos y muy en particular los jueces están sujetos a la Constitución (artículo 9.1 CE) y a la interpretación que en materia constitucional haga el Tribunal Constitucional (artículo 1 LOTC), pues el Tribunal Supremo es ciertamente el órgano jurisdiccional supremo en todos los órdenes “salvo en materia de garantías constitucionales” (artículo 123.1 CE). Sin embargo, hemos de decir que hoy sigue siendo masivamente inaplicada por los jueces penales la doctrina sentada por la STC 63/2005. Aun así, la reforma que actualmente se está tramitando del Código Penal eleva de 3 a 5 años el plazo de prescripción de los delitos menos graves pero también más comunes, lo que amparará más a la víctima pero a costa de un retroceso de garantías para el inculpado.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

##### A) Acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE)

##### a) Dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional. Reclamación previa

STS de 19 de noviembre de 2009, Sala Tercera en Pleno, ponente: don Ricardo Enríquez Sancho. Supuesto en que se reclama responsabilidad patrimonial de los artículos 293.2 y 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por los retrasos indebidos en los que incurre el Tribunal Constitucional (en torno a tres años) al resolver un incidente de recusación de dos Magistrados del Tribunal Constitucional que componían la Sección que había acordado la inadmisión del recurso de amparo, incidente formulado en el seno de un recurso de amparo que es finalmente inadmitido. El escrito de recusación se presentó en el mes de mayo de 2000 y tras diversas vicisitudes el Tribunal dicta Auto en fecha de 8 de octubre de 2004 declarando la pérdida sobrevenida del objeto del incidente puesto que ninguno de los Magistrados recusados formaba ya parte de la Sección que debía resolver el recurso de amparo, el cual finalmente se inadmite por providencia de 14 de octubre siguiente. Razona el Pleno que la falta de previsión legislativa del artículo 9.3 CE en cuanto a la actividad del Tribunal Constitucional no puede significar un espacio inmune frente a las reclamaciones de los que hayan sufrido un daño y no impide que pueda exigirse responsabilidad a la Administración del Estado por funcionamiento anormal. El cauce para reclamar en estos supuestos es el Consejo de Ministros y sería, precisamente, el Acuerdo del Consejo de Ministros que desestima la reclamación el que puede ser revisado por el Tribunal Supremo. El Pleno analiza las circunstancias concurrentes y concluye que el recurso de amparo no se resolvió en plazo razonable debido a la paralización de la tramitación del incidente de recusación sin justificación, atendidas las circunstancias, dado que el asunto no presentaba complejidad pues se trataba de resolver unas recusaciones basadas en unas causas fácilmente rechazables. No obstante, el Pleno excluye la reclamación de 360.000 euros en concepto de daños morales y de 12.022,94 euros por daños materiales por las lesiones psíquicas causadas que le incapacitan para el ejercicio de su profesión de abogado y por el daño en su dignidad como ciudadano por el comportamiento del Tribunal Constitucional. Se emiten diversos Votos particulares discrepantes apreciando la falta de jurisdicción y la inexistencia de dilación.

##### b) Responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo. Acceso al proceso contencioso-administrativo

STS de 18 de noviembre de 2009, Sala Tercera en Pleno, ponente: don Joaquín Huelin Martínez de Velasco. Responsabilidad patrimonial por el incorrecto funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo. Esta institución puede ser centro de imputación del daño. El cauce para reclamar al Defensor del Pueblo, vinculado con las Cortes Generales, corresponde al Consejo de Ministros. El Pleno, atendiendo a las circunstancias concurrentes, desestima el recurso contencioso-administrativo. Se emiten diversos Votos particulares.

##### c) Adecuación del proceso especial de protección de derechos fundamentales

STS de 10 de diciembre de 2009, Sala Tercera, ponente: don José Díaz Delgado. Adecuación de un procedimiento de protección de derechos fundamentales en el que se impugna una

Orden del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña por la que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles e Inmuebles, cuanto lo que se plantea es la eventual infracción del derecho a la igualdad respecto a otros titulares de registros que se prevé convocar en el año 2009 pues, aun cuando se plantee en principio una desigualdad económica, no puede descartarse que el criterio utilizado pueda ser contrario al principio de igualdad, de manera que procedía la admisión a trámite del procedimiento especial y la resolución de inadmisión deciden la cuestión de fondo, anticipándola. Ha lugar, por tanto, a la casación y a reponer las actuaciones al momento en que se acordó indebidamente la inadmisión.

### **B) Derecho a utilizar los medios de prueba (artículo 24.2 CE)**

STS de 10 de diciembre de 2009, Sala Tercera, ponente: don José Díaz Delgado. Vulneración del derecho fundamental a la prueba por la inadmisión de prueba no razonada. Se vulnera el derecho fundamental, cuando concurre una argumentación razonable y suficiente esgrimida por el recurrente sobre la pertinencia de la prueba y su potencial relevancia para modificar una resolución sancionadora.

STS de 30 de noviembre de 2009, Sala Tercera, ponente: don Eduardo Calvo Rojas. Denegación de la prueba. Se reitera la doctrina sobre la procedencia de la prueba.

### **C) Acción sindical (artículo 28 CE)**

STS de 10 de noviembre de 2009, Sala Tercera, ponente: don Santiago Martínez-Vares García. Derechos Fundamentales. Se considera que la negociación colectiva indebidamente omitida constituye un medio esencial para el ejercicio de la acción sindical. La negociación colectiva previa será preceptiva si la actuación de la Administración afecta o tiene repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, es decir, que tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo,

### **D) Nacionalidad**

#### **a) Adquisición de nacionalidad de apátrida**

STS de 22 de diciembre de 2009, Sala Tercera, ponente: don Luis María Díez-Picazo. Adquisición de la nacionalidad por apátrida. No hay analogía en la aplicación a los apátridas del plazo reducido de 5 años de residencia del artículo 22.1 CC, previsto para refugiados, por cuanto es la excepción a la regla general de 10 años. La analogía no se aplica puesto que no existe similitud de los estatutos de apátrida con los de refugiado.

#### **b) Nacionalidad y buena conducta cívica**

STS de 15 de diciembre de 2009, Sala Tercera, ponente: don Luis María Díez-Picazo Jiménez. Nacionalidad y buena conducta cívica. El recurrente solicita la nacionalidad española por

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

residencia, sin obtener respuesta. Informe del CESID de carácter reservado y protegido por la legislación de secretos oficiales, que se niega a aportar, por lo que no hay elementos contrarios a que se acredite la buena conducta cívica. El recurrente aportó diversos documentos tendentes a probar que cumplía el mencionado requisito.

**STS de 18 de diciembre de 2005**, Sala Tercera, ponente: don Juan Carlos Trillo Alonso. Nacionalidad. El recurrente no justificaba buena conducta cívica al tener antecedentes policiales por lesiones. Para acreditar la buena conducta cívica no basta que no haya constancia de actividades merecedoras de sanción, sino que debe justificarse positivamente que su conducta, en el tiempo de residencia en España y antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento y cumpliendo los deberes ciudadanos razonablemente exigibles. Los informes policiales negativos no pueden conducir automáticamente a descartar la buena conducta cívica.

#### **E) Derecho de asilo**

##### **a) Concesión de asilo a ciudadano cubano**

**STS de 26 de noviembre de 2009**, Sala Tercera, ponente: don Mariano de Oro-Pulido López. Concesión de asilo a ciudadano cubano. El recurrente alega discriminación laboral e invoca la persecución por causa de su padre activista disidente del régimen castrista. El que el solicitante de asilo tenga familiares o allegados conocidos por su labor pública de disidencia política frente a la dictadura castrista, es dato relevante para acreditar la situación de persecución y sustentar el reconocimiento del derecho de asilo en España.

##### **b) Asilo y seguridad nacional**

**STS de 17 de diciembre de 2009**, Sala Tercera, ponente: don Eduardo Calvo Rojas. Denegación de asilo, riesgo para la seguridad nacional. Informe del Centro Nacional de Inteligencia sobre actividades violentas e ilícitas en que se ve involucrada la organización a la que pertenece el recurrente, que ofrece respaldo para suponer un riesgo para la seguridad nacional, por lo que procede denegar el asilo.

#### **F) Libertad de información (artículo 20 CE): La difusión de ideas científicas y doctrinales no puede verse como una ofensa, aunque sí puede constituir un error o una falacia que deberá ser rebatida a través de la discusión científica y doctrinal**

La **STS 816/2009**, de 4 de diciembre, Sala de lo Civil, es un curioso asunto que enfrenta a la editorial y los autores del libro *Las fosas de Franco* con algunos de los protagonistas indirectos del libro, familiares de supuestos asesinados por soldados falangistas tras la guerra civil española que no habrían hecho nada para recuperar los cuerpos sin vida de sus víctimas, según relata el libro. Los recurrentes, personas que según el libro no habrían intentado recuperar los cuerpos de sus familiares muertos, iniciaron un proceso contra la editorial y los autores del libro por supuesta violación del derecho al honor. El TS se ve así avocado a resolver sobre una colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, aunque en el contexto específico de una investigación sobre hechos históricos. Ante tal colisión, el TS resuelve claramente a favor

de la libertad de información, señalando, en primer lugar, que la parte del libro en la que se recogen los supuestos hechos lesivos del derecho al honor puede ser calificada de reportaje neutral, en la medida en que los autores no hacen sino recoger las manifestaciones de una tercera persona, que narraría el actuar de los demandantes. Además, y esto es sin duda el elemento más contundente del razonamiento del TS, el Alto Tribunal destaca que el libro es un libro histórico, bajo el que subyace el enfrentamiento ideológico que culminó en la guerra civil española: señala el TS que la discusión científica y doctrinal debe enfrentarse a través de otros textos científicos y doctrinales y no a través de demandas ante los tribunales, y que, en ningún caso, tienen éstos la función de enjuiciar la Historia, ensalzando o vituperando la conducta de los protagonistas de ciertos hechos históricos.

### **G) Derecho al honor (artículo 18 CE)**

#### **a) El carácter injurioso o vejatorio de un calificativo debe ser valorado desde un punto de vista objetivo y no a la luz de la opinión subjetiva de una persona**

La STS 782/2009, de 23 de noviembre, Sala de lo Civil, resuelve la supuesta violación del derecho al honor de una persona por la publicación de un reportaje en el que se le calificaba de “confidente” y “ex confidente” de la policía, en favor de la libertad de información del medio que difundió el reportaje. Señala el TS que, desde un punto de vista objetivo, no cabe considerar el calificativo de “confidente” de la policía como un atentado al derecho al honor, en la medida en que ese adjetivo ni descalifica ni veja a su destinatario. Señala el TS que la valoración del carácter vejatorio de un calificativo debe realizarse desde un punto de vista objetivo, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y su situación de tiempo y lugar, pero no valorando únicamente la opinión subjetiva de la persona sobre el calificativo correspondiente.

#### **b) La publicación incontestada de la imagen de una persona puede vulnerar su derecho al honor, si existe ofensa**

La STS 733/2009, de 4 de noviembre, Sala de lo Civil, y la STS 647/2009, de 14 de octubre, Sala de lo Civil, resuelven sendas colisiones entre el derecho al honor, el derecho a la propia imagen y la libertad de información, a favor, en ambos casos, de los derechos de la personalidad indicados. Los dos casos se asemejaban mucho en cuanto a los hechos, en la medida en que en ambos supuestos un medio de comunicación había difundido unas imágenes en las que un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado era identificado con los delincuentes a los que custodiaba o detenía. También en ambos casos, la solución proporcionada por el TS es exactamente la misma: la difusión de la imagen del funcionario como si de un malhechor se tratara violaría su derecho al honor, en la medida en que se habría inflingido un daño grave a su imagen pública y su estima y no podía considerarse, en ningún caso, que la información difundida fuera veraz, en tanto el medio de comunicación no se había molestado siquiera en comprobar la verdadera identidad de aquellos a quienes había fotografiado.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### H) Derecho a la intimidad (artículo 18 CE): La captación y difusión de la imagen de un Ministro en lugares públicos, junto a su familia, no viola su intimidad

La STS 611/2009, de 7 de octubre, Sala de lo Civil, resuelve un supuesto de colisión entre el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propia imagen y la libertad de información, a favor de esta última. En este caso, la supuesta violación del derecho a la intimidad se habría producido por la captación y posterior difusión de las imágenes de la familia de un Ministro del gobierno español mientras disfrutaba de sus vacaciones en Lanzarote. Tales imágenes fueron captadas no sólo en playas y restaurantes públicos, sino también en el vestíbulo y la piscina del hotel en el que la familia se alojaba. Señala el TS que, en este caso, no cabe hablar de intimidad domiciliaria, en la medida en que la captación de las fotografías se produjo en espacios públicos del hotel, y que tampoco cabría hablar de violación del derecho a la intimidad del Ministro y su familia, en la medida en que las imágenes corresponden a personajes públicos, el Ministro y su pareja, y que fueron captadas en lugares públicos. El TS considera, por tanto, un lugar público no sólo las playas y restaurantes en los que el Ministro fue fotografiado, sino también las dependencias del hotel en el que se alojó la familia. Señala el TS, eso sí, que sí se habría producido la violación de los derechos indicados en el caso de que las fotografías hubieran captado la imagen de los hijos menores del Ministro, pero que las imágenes de éstos se difundieron, de modo que tampoco cabría hablar de violación de los derechos de los menores.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

MÓNICA ARENAS RAMIRO

YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS

LUCÍA ALONSO SANZ



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

**1. Consideración preliminar.** **2. Ley.** A) Reserva de Ley. a) Anulación de Decreto autonómico por vulneración de la reserva de Ley establecida por la Ley estatal. **3. Reglamento.** A) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. a) Principio de jerarquía normativa. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Nulidad de una disposición introducida en un reglamento tras la realización del trámite de audiencia pública. b) Anulación de disposición por la omisión del trámite preceptivo de consulta a las organizaciones sindicales. **4. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) Principio de igualdad ante la Ley; no cabe otorgar a la Administración un trato favorable frente al aplicable a los particulares en cuanto al pago de intereses moratorios. b) Principio de igualdad ante la Ley: no lo vulnera la regulación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130032009100373; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia hasta la Sentencia de 25 de septiembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera (recurso 617/2008). La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 2/2010, de 11 de enero, aunque es muy escasa la que se ha producido en este período.

**2. LEY****A) Reserva de Ley****a) Anulación de Decreto autonómico por vulneración de la reserva de Ley establecida por la Ley estatal**

La STS de 9 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Id Cendoj 28079130052009100519 (recurso 4058/2005), (ponente: Pedro José Yagüe Gil), resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad "Lorca Familia SL" contra la Sen-

tencia de 13 de enero de 2005 del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera). La Sala a quo desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra el Decreto 60/2003, de 13 de mayo, del Consejo de la Generalidad Valenciana, aprobatorio de la ordenación de las zonas periféricas de protección del sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante (Salinas de Santa Pola, Lagunas de La Mata y Torrevieja y El Fondó).

El recurso de casación se apoya en dos motivos fundamentales. Por un lado, la falta de motivación e incongruencia omisiva de la sentencia. Por otro lado, la infracción de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, así como del artículo 18 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fauna Silvestres (LCEN), en la medida en que el Decreto ordena los usos permisibles en las fincas de la recurrente de forma arbitraria y discriminatoria y vulnera la reserva de Ley establecida en el artículo 18 de la Ley en la delimitación de la zona periférica de protección del espacio natural en cuestión.

El Tribunal alude a dos sentencias previas que anularon el Decreto impugnado. El motivo es, en efecto, la vulneración de la reserva de Ley establecida en el artículo 18 de la LCEN. En concreto, afirma la Sala que el Decreto “pretende la ordenación de las zonas periféricas de protección del Parque Natural de las Lagunas de La Mata y Torrevieja (dentro del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante) sin que una norma con rango de Ley declarara el mismo, y sin que –aquí lo significativo– una norma de dicho rango creara las zonas periféricas de protección del citado Parque Natural” (FJ 4º). Con base en este motivo el Tribunal estima el recurso de casación y estima, asimismo, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto.

### 3. REGLAMENTO

#### A) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria

##### a) Principio de jerarquía normativa

La STSJ de Madrid de 18 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda (recurso 8/2006), (ponente: Sara González de Lara Mingo) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad privada contra el Decreto de 3 de noviembre de 2005 del Concejal del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba el nuevo cuadro de claves de infracciones a la normativa de circulación vial, así como el importe de las sanciones que, con carácter provisional, han de corresponderse con ellas, atendiendo a su mayor o menor gravedad.

Los motivos de impugnación son los siguientes: 1º. Vulneración del principio de legalidad en cuanto que las sanciones impuestas superan cuantitativamente el importe previsto en la Ley de tráfico. 2º. Que el establecimiento de algunas sanciones en su grado máximo vulnera la ley y el principio de proporcionalidad, todo ello en relación con el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tras examinar el contenido del Decreto impugnado, el Tribunal constata la infracción del principio de jerarquía normativa. El Decreto establece una cuantía fija para cada tipo de infracción sin tener en cuenta que la ley establece un margen o recorrido de la sanción, a modo de ejemplo, para las infracciones leves serán sancionadas con

## IV. Fuentes del Derecho

multa de hasta 90 euros, lo que implica que pueden ser sancionadas con una multa inferior a los 90 euros que de modo general establece la norma, que es en el concreto acto de imposición de la sanción cuando de manera motivada se debe elegir la concreta sanción a imponer teniendo en consideración todos los elementos del caso, y no puede de manera apriorística determinarse el importe de la sanción. Así pues, el Tribunal estima el recurso interpuesto y anula la disposición impugnada.

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

#### a) Nulidad de una disposición introducida en un reglamento tras la realización del trámite de audiencia pública

La STS de 21 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Id Cendoj 28079130032009100373 (recurso 13/2008), (ponente: Eduardo Espín Templado), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra el Real Decreto 1767/2007, de 28 de diciembre, por el que se determinan los valores a aplicar en el año 2008 para la financiación de los costes correspondientes a la gestión de los residuos radiactivos y del combustible gastado, y al desmantelamiento y clausura de instalaciones. La impugnación tiene por objeto únicamente la disposición adicional única intitulada “Procedimiento a seguir por la Comisión Nacional de la Energía para la gestión de los derechos de cobro del déficit *ex ante* de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas”, por vulneración del procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Alega la recurrente que esta disposición se incorporó al texto con posterioridad al trámite de audiencia a los interesados y difiere sustancialmente del texto remitido inicialmente a la Comisión Nacional de la Energía y al Consejo Consultivo de Electricidad, del que forma parte la recurrente como parte como representante de las compañías del sector eléctrico, de modo que se vulneró el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, en conexión con el artículo 105 de la Constitución.

El Tribunal divide la resolución del recurso en dos partes. En primer lugar, certifica que, en efecto, el texto de la disposición adicional única del Real Decreto es sustancialmente distinto al que se presentó en el trámite de audiencia pública. Por tanto, constata la vulneración del artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno (FJ 2º). En segundo lugar, analiza la importancia de la disposición impugnada desde el punto de vista de los intereses de la asociación actora, representante de las empresas del sector eléctrico. Al respecto, afirma el Tribunal que el cambio no puede considerarse un resultado natural del propio procedimiento de tramitación de la disposición y que su contenido afecta de forma esencial a las empresas del sector (FJ 5º). Así pues, en este caso, la omisión del trámite de audiencia conduce a la declaración de nulidad de la disposición impugnada.

La STSJ de Cataluña de 8 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso 691/2006), (ponente: José Manuel Soler Bigas), también se refiere a un supuesto de vulneración del trámite de audiencia pública en la elaboración de una disposición de carácter general. En concreto, el Tribunal estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Pequeños Operadores de Cataluña contra el Decreto 365/2006, de 3 de octubre, “pel qual s’aprova el Reglament de la loteria denominada Binjocs”, al entender vulnerado el trámite preceptivo de audiencia pública durante su elaboración.

## **b) Anulación de disposición por la omisión del trámite preceptivo de consulta a las organizaciones sindicales**

La STSJ de Castilla y León de 25 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección. Primera (recurso 617/2008), (ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato de Ayudantes Técnico-Sanitarios –SATSE– contra el Decreto 118/2007, de 29 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se desarrolla la Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, y el Acuerdo 242/2007, de 29 de noviembre, por el que se establece la denominación y codificación de las Áreas de Salud y las Zonas Básicas de Salud de la Comunidad de Castilla y León, se hace pública la actual delimitación territorial de las Zonas Básicas de Salud y se aprueba la denominación de los Complejos Asistenciales de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

Los motivos de impugnación se apoyan fundamentalmente en la vulneración de diferentes trámites procedimentales en la elaboración del Decreto impugnado. En concreto, el Tribunal se centra en la supuesta omisión del preceptivo trámite de consulta con las organizaciones sindicales establecido en el artículo 91 de la Ley 2/2007 y en el artículo 104 de la Ley 7/2005, siempre y cuando las disposiciones dictadas en ejercicio de la potestad de autoorganización repercutan sobre las condiciones de trabajo del personal estatutario. En relación con esta alegación, el Tribunal comprueba que, efectivamente, las disposiciones impugnadas afectan a las condiciones de trabajo por sí mismas y sin necesidad de actuaciones administrativas posteriores. Por ello, entiende que la vulneración del trámite de consulta constituye un vicio de nulidad de la disposición impugnada conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (FJ 4º) y estima el recurso interpuesto.

## **4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

### **A) Principio de igualdad**

#### **a) Principio de igualdad ante la Ley; no cabe otorgar a la Administración un trato favorable frente al aplicable a los particulares en cuanto al pago de intereses moratorios**

La STC 209/2009, de 26 de noviembre, resuelve un recurso de amparo relativo a la vulneración del principio de igualdad por una Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de marzo de 2005. La sociedad solicitante de amparo considera que la Sentencia de apelación ha lesionado su derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 CE) y, como consecuencia de ello, su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). El recurso de amparo fundamenta la vulneración del principio de igualdad en que la sentencia impugnada ha otorgado a la Administración Tributaria un trato privilegiado en cuanto al devengo de los intereses moratorios, que es constitucionalmente infundado, al carecer de un fundamento objetivo y razonable, con perjuicio para la recurrente.

#### IV. Fuentes del Derecho

La cuestión litigiosa se planteó inicialmente en relación con la determinación de la cantidad debida a la recurrente por la Administración demandada, Agencia Estatal Tributaria, por el servicio de depósito que la recurrente le había prestado. La recurrente vio reconocida su pretensión principal en ambas instancias, siendo condenada la Administración al pago del importe íntegro de la cantidad reclamada. Sin embargo, la Sentencia de apelación, pese a confirmar la Sentencia de primera instancia en cuanto a la condena a la Administración demandada al pago de la cantidad reclamada por la demandante, rechazó que el *dies a quo* del devengo de los intereses reclamados, por el retraso en el pago de dicha cantidad, debiera comenzar desde que se dicta la Sentencia de instancia, sin perjuicio de que la exigibilidad de dichos intereses se produzca a partir del momento de la firmeza de dicha Sentencia de apelación.

El Tribunal *ad quem* denegó el reconocimiento de intereses moratorios solicitados por la demandante por considerar que la Administración no había incurrido en mora al no haber transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 24 de LGP de 2003, como se desprende del tenor literal del propio fallo, que admitió que los intereses pudieran devengarse con posterioridad. Esta interpretación del artículo 24 LGP de 2003 conduce a la aplicación de un criterio discriminatorio en la resolución del caso enjuiciado, ya que dispensa a la Administración deudora un tratamiento privilegiado desprovisto de cobertura constitucional y contrario a las exigencias del principio de igualdad (artículo 14 CE).

El Tribunal Constitucional había interpretado con anterioridad el artículo 24 LGP de 2003 (de idéntico tenor al artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre: LGP de 1988). En su STC 69/1996, de 18 de abril, el Tribunal consideró que el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria debía ser interpretado, en el sentido de que la resolución judicial desde la que comienzan a correr los intereses de demora, “no es otra sino la dictada en la primera instancia”. “Si se entendiera que el devengo de intereses de demora a cargo de la Hacienda pública no se inicia desde que fue dictada en primera instancia la sentencia condenatoria al pago de una cantidad líquida, sino desde su firmeza, una vez agotada la vía de recurso, ello conduciría a la declaración de la inconstitucionalidad del artículo 45 LGP de 1988, por no existir una razón constitucionalmente relevante para justificar un distinto trato en el devengo de los intereses de demora, según la posición que ocupe la Hacienda pública y sólo por ella, pues siendo tales intereses una exigencia material de justicia, principio rector de nuestro Estado de Derecho, ha de ser rechazada de plano la posibilidad de que el ciudadano, cuando trate con las Administraciones públicas y sea su acreedor, resulte peor tratado por no conseguir la íntegra compensación de un derecho de crédito reconocido judicialmente” (STC 69/1996, FJ 5°).

La recurrente considera que la desestimación de la condena al pago de los intereses reclamados conlleva un evidente perjuicio al haberle impedido el resarcimiento de la totalidad de los perjuicios causados (*restitutio in integrum*), suponiendo una clara discriminación en comparación con el caso en que la reclamación se hubiere efectuado frente a un particular, por cuanto se privilegia la posición deudora de la Hacienda pública al posponer el devengo de intereses moratorios a su cargo. El Tribunal Constitucional dispone que en este caso carece, sin embargo, de entidad propia la aducida vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), ya que ésta únicamente sería consecuencia mediata de la desigualdad de trato apreciada.

**b) Principio de igualdad ante la Ley: no lo vulnera la regulación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género**

La STC 209/2009, de 26 de noviembre, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. El fundamento del planteamiento de esta cuestión es la supuesta vulneración del principio de igualdad por parte de determinados preceptos de la Ley citada, que tipifican subtipos agravados de violencia de género determinados por la doble condición de ser el sujeto activo hombre y el sujeto pasivo mujer. El Tribunal Constitucional recuerda que esta argumentación del Juzgado promotor de la cuestión ya había sido rebatida en varias Sentencias previas, a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo (JA, núm. 40, crónica IV, que es la primera resolución en esta materia o, entre otras, la Sentencia 45/2009, de 19 de febrero, que también descartó la vulneración de dicho principio por parte de distintos preceptos de esta Ley).

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DíEZ SASTRE

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

### Actos y Procedimiento Administrativos

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos.** A) Actos de trámite. a) Los actos de trámite y la doctrina de los “actos propios” de la Administración. **3. Procedimiento administrativo.** A) Tramitación. a) Audiencia a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos. B) Finalización del procedimiento. a) Caducidad por transcurso de más de seis meses desde que se acordó la incoación hasta la notificación de la resolución. **4. Eficacia de los actos administrativos.** A) Notificación. a) Recurso de alzada en plazo por notificación defectuosa. **5. Eliminación del acto administrativo.** A) Revisión de oficio. a) Naturaleza del procedimiento de revisión de oficio para declarar nulo de pleno derecho un acto administrativo. B) Recurso de revisión. a) Improcedencia por causas formales o sustantivas. **6. Validez e invalidez.** A) Defectos de forma. a) Carácter no invalidante de las irregularidades procedimentales que no son causa de indefensión.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de noviembre de 2009 y enero de 2010, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período resulta de interés la STS de 2 de diciembre de 2009, que recuerda la doctrina de los “actos propios” de la Administración y el respeto de la buena fe y la confianza legítima, para, a continuación, sentar que tales principios no se ven vulnerados por no ajustarse la Administración, en su actuar, a la propuesta de resolución dictada por un órgano inferior, por tratarse de un acto de trámite no vinculante.

Igualmente merece ser destacada, por infrecuente, la STS de 10 noviembre de 2009 en la que se recuerda la doctrina sobre el recurso extraordinario de revisión, conforme a la cual la posible concurrencia de una deficiencia procedimental (que no fue aducida por la vía del

recurso ordinario) no puede ser considerada como un error de hecho constitutivo de causa para admitir el recurso de revisión.

Por último, conviene destacar las SSTS de 6 y 26 de noviembre de 2009 en las que se reitera el cambio jurisprudencial introducido en 2008 por el cual se considera que los Consejos y Colegios profesionales son interesados en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, por lo cual deben ser emplazados en ellos.

## 2. CLASES DE ACTOS

### A) Actos de trámite

#### a) Los actos de trámite y la doctrina de los “actos propios” de la Administración

La STS de 2 de diciembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Cuarta (recurso de casación 2942/2007), afirma que el principio *venire contra factum proprium non valet* no se contraviene en el caso de no respetar la Administración, en el acto definitivo, la propuesta de resolución del órgano jerárquicamente inferior, que no resulta vinculante para el órgano decisor.

En concreto, la Sala de Instancia, en el fundamento jurídico primero de su sentencia, precisa que “En cuanto al principio *venire contra factum proprium non valet*, se considera que tal principio no es aplicable a la actuación de la Administración Pública, y tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia del TS consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes *venire contra factum proprium*”.

Ahora bien, afirma el Tribunal Supremo, este principio no puede invocarse frente actuaciones de la Administración que no ponen de manifiesto resolutivamente su voluntad, como es el caso que en esta Sentencia enjuicia, en la que la parte sostiene su argumentación sobre el contenido de una simple propuesta de resolución (acto de trámite no resolutivo).

## 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### A) Tramitación

#### a) Audiencia a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos

Las SSTS de 6 y 26 de noviembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Sexta (recursos de casación 5448/2008 y 5577/2008), casan las sentencias de instancia, ya

que el trámite de audiencia resulta preceptivo para el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los tribunales de España en los procedimientos de expedición de títulos de Procuradores a favor de personas no licenciadas en Derecho. La jurisprudencia del Tribunal Supremo reitera el cambio de criterio introducido desde las Sentencias de 20, 21 22 y 23 de mayo de 2008, en las que se realiza una reconsideración del interés de dichos Consejos y Colegios en los procedimientos que afecten a los intereses profesionales. De esta forma, se reitera la jurisprudencia reciente sobre la consideración como interesados de los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, que condiciona de manera determinante el juicio sobre la corrección del procedimiento administrativo cuestionada en la instancia.

Dado que el Consejo recurrente, ni fue emplazado en el procedimiento administrativo que culminó en la Orden Ministerial impugnada en la instancia, ni se le notificó su resolución, el Tribunal concluye en ambas sentencias que las sentencias de instancia infringen los artículos 31 y 84 de la LRJPAC de acuerdo con la interpretación jurisprudencial más reciente, siendo procedente en consecuencia casar, y anular la sentencias recurridas, así como declarar la nulidad de las Órdenes Ministeriales impugnadas.

### **B) Finalización del procedimiento**

#### **a) Caducidad por transcurso de más de seis meses desde que se acordó la incoación hasta la notificación de la resolución**

La STS de 1 de diciembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Cuarta (recurso de casación 1099/2008), estima el recurso de casación y también el recurso contencioso-administrativo del que trae causa frente a la resolución de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía que acordó retirar a la entidad recurrente el reconocimiento como Organización de Productos Cítricos. La sentencia del Tribunal Supremo afirma que la Administración debió declarar la caducidad del procedimiento dado que transcurrieron más de seis meses entre la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento y la de notificación de la resolución que le puso fin.

El Tribunal Supremo destaca que el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, tras la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone con total claridad que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa se contará, en los procedimientos iniciados de oficio, “desde la fecha del acuerdo de iniciación”. Añadiendo con igual claridad su artículo 44.2 que “en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como es el caso, el vencimiento de ese plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce, como efecto jurídico, el de la caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones”. En ese mismo sentido, se reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 28 de mayo de 2008 y 14 de julio de 2009 en la que también se rechaza que rija el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 a los efectos de determinar el día inicial del plazo de caducidad.

#### **4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

##### **A) Notificación**

##### **a) Recurso de alzada en plazo por notificación defectuosa**

La STS de 11 de noviembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Segunda (recurso de casación 4370/2001), analiza la inadmisión, por extemporáneo, de un recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo de Valencia. El Tribunal Supremo concluye que la notificación realizada por el procedimiento edictal era improcedente, por no existir la debida constancia, a cargo del Servicio de Correos, del día y la hora en que se intentó la entrega de los dos repartos consecutivos, así como la hora en que se hizo la entrega del Aviso de Llegada, que normalmente será la misma que la del segundo intento. En definitiva, la resolución no fue debidamente notificada hasta que el Secretario del TEAR de Valencia notificó al representante del particular la resolución del TEAR. Por ello, debe concluirse que el recurso fue interpuesto en plazo.

#### **5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

##### **A) Revisión de oficio**

##### **a) Naturaleza del procedimiento de revisión de oficio para declarar nulo de pleno derecho un acto administrativo**

La STS de 27 de noviembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 4389/2005), considera que la simple cita por parte del solicitante de la revisión de oficio de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, no es causa suficiente para entender que procede el trámite de admisión previsto en el artículo 102.3 de la citada ley, y constituye motivo suficiente para casar la sentencia de instancia. No basta dicha mención, sino que el alegato que le sirve de soporte ha de ser el propio de una nulidad plena y eso es precisamente lo que no se produce en este caso. De esta forma, en el caso de autos, el escrito pidiendo la revisión de oficio no se diferenciaba de cualquier escrito de interposición de recursos administrativos ordinarios, por vicios de anulabilidad, y que efectivamente la parte recurrente podría haber fundado sobre ellos si hubiera recurrido en plazo.

El Fundamento Jurídico 6º de la sentencia concluye destacando la naturaleza del procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos en los siguientes términos:

“Conviene no olvidar que la finalidad que está llamado a cumplir el artículo 102 de la Ley 30/1992 es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio esencial de tan relevante trascendencia. Ahora bien, no pueden enmascararse como nulidades plenas, lo que constituyen meros vicios de anulabilidad.”

### B) Recurso de revisión

#### a) Improcedencia por causas formales o sustantivas

La STS de 10 de noviembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 4419/2005), considera que no queda justificado, en la sentencia de instancia, que concurra causa alguna para la admisión del recurso extraordinario de revisión, pues la que señala como tal no resulta en realidad incardinable en el artículo 118.1.1ª de la LRJPAC. En efecto, los datos que la Sala de instancia obtiene del testimonio de un testigo podrían haber servido de base para impugnar el acuerdo de aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias; y, de haber existido tal impugnación, allí se habría dilucidado si la Administración había incurrido o no en ilegalidad procedimental o sustantiva al aprobar ese instrumento de planeamiento. Pero, no habiendo existido esa impugnación ordinaria, la sentencia recurrida en ningún momento explica por qué razón la posible concurrencia de una deficiencia procedimental (que no fue aducida por la vía del recurso ordinario) ha de ser ahora considerada como un error de hecho constitutivo de causa para admitir el recurso de revisión. Lejos de estar mínimamente justificado el error de hecho, no cabe descartar que la Administración otorgase la aprobación definitiva porque, aun siendo consciente de que en la tramitación de las Normas Subsidiarias se habían introducido variaciones, entendió que no constituían modificaciones sustanciales que exigiesen un nuevo trámite de información pública. En todo caso, fuese esa o cualquier otra la razón por la que se acordó la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias, quien considerase contraria a derecho tal decisión de la Administración pudo y debió aducirlo mediante el correspondiente recurso; pero, no habiéndolo hecho entonces, no resulta aceptable que se reabra el debate so pretexto de un pretendido error de hecho del que no hay justificación, ni siquiera indiciaria.

De aceptarse la conclusión de la Sala de Instancia se llegaría al resultado de que cualquier defecto formal o sustantivo no denunciado por la vía de los recursos ordinarios podría luego ser aducido como causa para el recurso extraordinario de revisión; bastaría para ello con afirmar que fue un error de hecho el que determinó que la Administración no advirtiese la deficiencia en el momento de dictar el acto cuya revisión se pretende. Por esa vía el recurso de revisión quedaría enteramente desnaturalizado, pues su admisión se generalizaría y perdería el carácter de recurso extraordinario que ha querido atribuirle el legislador y que aparece destacado en una reiterada jurisprudencia.

## 6. VALIDEZ E INVALIDEZ

### A) Defectos de forma

#### a) Carácter no invalidante de las irregularidades procedimentales que no son causa de indefensión

En la STS de 1 de diciembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Primera (recurso de casación 55/2007), el Tribunal analiza las quejas del recurrente referidas a supuestas infracciones en relación con la información pública a la que fue sometido el proyecto de instalación de una central termoelectrica de ciclo combinado y declara que dichas infracciones procedimentales no tienen carácter invalidante ya que no dan lugar a indefensión.

En este sentido, el Tribunal afirma que incluso si se entendiese que el trámite de información pública no hubiera cumplido los plazos legales y hubiese quedado reducido en su duración, ello sólo hubiera podido ser determinante de nulidad si hubiese constancia de que dicha limitación de la duración del período de información pública hubiese sido la causa de la no admisión de alegaciones presentadas fuera de plazo por parte de la actora o de otros interesados o si se llegase a la conclusión –lo que manifiestamente no podía sostenerse en el caso enjuiciado– que la publicidad del procedimiento y la posibilidad de alegar sobre él hubiesen quedado por tal circunstancia gravemente afectadas.

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

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

### Contratos de las Administraciones Públicas

## Sumario:

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

Aplicación de los principios generales de “igualdad de trato” y “proporcionalidad” a los contratos que no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios. B) Distinción entre los “criterios de selección cualitativa de los licitadores” y los “criterios de adjudicación del contrato”. C) Consecuencias jurídicas derivadas de la presentación por error involuntario del licitador de la proposición en sobre abierto.

3. Ejecución de los contratos. A) Aplicación del principio del riesgo imprevisible. B) Aplicación del anoticismo (artículo 1109 CC). Devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades “líquidas y vencidas” adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso. 4. Extinción de los contratos. A) Aplicación del principio de confianza legítima. 5. Contratos administrativos típicos. A) La actividad de documentalista tiene pleno encaje en el contrato de consultoría y asistencia. La falta de observancia de la tramitación legalmente prevista para la contratación administrativa puede posibilitar su anulación pero no desvirtúa o altera la naturaleza que en rigor deba corresponder al vínculo que pueda haber existido con la Administración.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de noviembre de 2009 a febrero de 2010. Lo más relevante en este ámbito se encuentra en las precisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en torno a la aplicación de los principios generales de “igualdad de trato” y “proporcionalidad” a los contratos que no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adju-

dicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios. Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional no hay ninguna cuestión a destacar.

## 2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

### A) Aplicación de los principios generales de “igualdad de trato” y “proporcionalidad” a los contratos que no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios

La STJCE de 23 de diciembre de 2009, As. C-376/08, apartados 21, 22 y 31 a 33, se centra en dilucidar si son aplicables los principios de “igualdad de trato” y de “proporcionalidad” a un contrato que no se incluye dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, por no superar el umbral fijado en dicha Directiva. Los preceptos que tiene en cuenta el Tribunal son el artículo 4 de la Directiva 2004/18/CE, los artículos 39, 43, 49 y 81 CE y, por último, los principios generales de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Al respecto afirma el TJCE que el hecho de que el valor de un contrato no alcance el umbral previsto por la normativa comunitaria, no significa que dicho contrato esté excluido completamente de la aplicación del Derecho comunitario. Así se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que sostiene que, en la adjudicación de un contrato cuyo valor no alcance dicho umbral, han de respetarse las normas fundamentales del Tratado y, en particular, el principio de igualdad de trato. El elemento distintivo con respecto a los contratos cuyo valor supere el umbral fijado por las disposiciones de la Directiva 2004/18 es que únicamente estos últimos se someten a los procedimientos concretos y rigurosos previstos por sus disposiciones.

Aclara el Tribunal, respecto de la regulación de los principios de igualdad de trato y de transparencia, que debe reconocerse a los Estados miembro un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público. Los Estados miembro son los que mejor pueden determinar, a la luz de consideraciones históricas, jurídicas, económicas o sociales que les son propias, las situaciones propicias para la aparición de comportamientos que pueden suponer el menoscabo de dichos principios. Sin embargo, en lo que concierne al principio de proporcionalidad, señala el Tribunal que constituye un principio general del Derecho comunitario y, por lo tanto, las medidas adoptadas por los Estados miembro no deben exceder de lo necesario para alcanzar este objetivo.

### B) Distinción entre los “criterios de selección cualitativa de los licitadores” y los “criterios de adjudicación del contrato”

En la STJCE de 12 de noviembre de 2009, As. C-199/07, apartados 50 a 55, se analizan los artículos 4, apartado 2, 31, apartados 1 y 2, y 34, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. La Directiva 93/38 introduce un sistema análogo al que establece la Directiva 92/50, por el que procede distinguir entre dos etapas del procedimiento, una primera, que supone el establecimiento de los criterios de selección de los licitadores y, una segunda, que consiste en la determinación de los criterios de adjudicación del contrato. De este modo —señala el Tribunal— existen dos etapas distintas del procedimiento de adjudicación que responden a objetivos distintos, aunque no esté prohibido, en opinión de la Comisión, llevar a cabo simultáneamente el control de la aptitud de los candidatos y la adjudicación del contrato. Al respecto, recuerda el Tribunal de Justicia que de su jurisprudencia se desprende que, si bien es cierto que las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos no excluyen, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son distintas y que se rigen por normas diferentes. La verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados “criterios de selección cualitativa”) especificados, en este caso, en los artículos 30 y 31 de la Directiva 93/38. Se trata de criterios referidos a la experiencia y la capacidad real para garantizar la buena ejecución del contrato en cuestión. Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos, en este caso, en el artículo 34, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa. Pues bien, señala el Tribunal que “si bien es cierto que, en este último supuesto, tal como lo prueba el uso de la expresión ‘por ejemplo’, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 34, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38 y, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa”.

Por consiguiente, el TJCE excluye como “criterios de adjudicación” aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión. Estos últimos criterios son de “selección de los licitadores”.

### **C) Consecuencias jurídicas derivadas de la presentación por error involuntario del licitador de la proposición en sobre abierto**

La STS de 20 de noviembre de 2009 (recurso de casación 520/2007), FFDD 8º y 9º, afirma que la normativa en materia de contratos celebrados por las Administraciones Públicas impone el carácter secreto de las proposiciones, con ello “se trata de garantizar no sólo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o Administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable”.

Argumenta el Alto Tribunal que “en igual sentido se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al partir de que el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos (Sentencia Concordia Bus Finland C-513/99, de 17 de septiembre de 2002, apartado 81), así como

que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, apartado 34 ). Por ello, en aras de garantizar el principio de igualdad de trato y el principio de transparencia, reputa fundamental que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y, si ello es posible, la importancia relativa de los mismos [Sentencia Universale-Bau y otros, C-470/99, de 12 de diciembre de 2002 (TJCE 2002, 369), apartado 98].

Pero dicho lo anterior, aclara que en el supuesto enjuiciado, al partirse del hecho de que el quebrantamiento formal del secreto fue debido a un error involuntario del licitador; no produciéndose en este caso una infracción en el ineludible deber de custodiar las proposiciones en forma tal que quede absolutamente garantizado su secreto hasta el momento de la licitación pública; antes al contrario, todas las certificaciones emitidas por el encargado de la custodia dan fe sobre que siempre estuvieron guardadas de manera que no fue posible difundir su contenido, es más, el sobre con la proposición en cuestión en el acto de apertura de las proposiciones se encontraba en idénticas condiciones en que fue entregado, por todo ello, el Tribunal estima que no se ha quebrado el principio de igualdad de trato, por lo que no declara la nulidad del procedimiento.

### 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### A) Aplicación del principio del riesgo imprevisible

La STS de 10 de noviembre 2009 (recurso de casación 930/2007), FFDD 3º a 6º, resuelve un supuesto en el que se plantea si es aplicable el principio del riesgo imprevisible por la elevación de los costes de un determinado contrato debido a la subida de los precios del petróleo, y establece su no aplicación debido a que éstos se liberalizaron tras la Orden Ministerial de Hacienda de 1 de octubre de 1986. En consecuencia, en la fecha de adjudicación del contrato, 1993, ya estaban liberalizados los precios constituyendo por ello un riesgo si incrementaban el precio o una ventura en el caso de que aquél disminuyese. Afirma el Tribunal que “Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (artículo 3.2 CC) y de buena fe (artículo 7.1 CC) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública. Habrá de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes”.

#### B) Aplicación del anatocismo (artículo 1109 CC). Devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades “líquidas y vencidas” adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso

La SAN de 18 de diciembre 2009 (recurso contencioso-administrativo, 213/2009), FD 4º, recoge una Jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo y establece que “el anatocismo o

intereses legales de los intereses de demora, tiene lugar cuando estos últimos han sido claramente determinados y configurados como líquidos según reiterada doctrina jurisprudencial, dictada con relación al artículo 1109 del Código Civil”, y dado que en el caso enjuiciado por la sentencia, “los parámetros de que ha de partirse para su cómputo son distintos de los que antes reclamaron y se tuvieron en cuenta, al señalar de modo diferente el día inicial para su cómputo, (...) no cabe admitir que se parta de una cantidad líquida y determinada o pendiente de serlo por medio de una simple operación aritmética, por cuanto que se señala aquí un modo de determinación distinto, que afecta a su cuantía, lo que supone que la que se tuvo en cuenta no era líquida y que, en su virtud, no procede el pago de los intereses de intereses”.

### 4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### A) Aplicación del principio de confianza legítima

En la STSJ de Madrid 297/2009, de 10 de noviembre (recurso de apelación 201/2009), FFDD 5º y 6º, la cuestión que se suscita se refiere a la declaración de extinción de un contrato de prestación de servicio (en concreto, de limpieza de las distintas dependencias municipales) con la sola comunicación efectuada un día antes de que surtiera efectos esa decisión (29 de abril, para el día 30). Dicho contrato de prestación de servicios se había celebrado en fecha 24 de febrero de 1997, con una duración de tres años desde su firma, estableciéndose en la cláusula 10ª, apartado b), del pliego de cláusulas administrativas particulares por las que se regía dicho contrato, que “en caso de no ser denunciado el contrato por cualquiera de las partes ... con un mes de antelación a su finalización, se entenderá prorrogado por un año más”. En cambio, se declarara la extinción del contrato con un día de antelación, cuando la relación contractual venía desarrollándose sin ningún tipo de contrariedad durante más de diez años. Ante ello, la contratista recurrente plantea que “Cuando menos, se debió proceder a la resolución de esa ya atípica relación contractual, dando previa audiencia a la contratista y oportunidad de haberse opuesto a la pretensión municipal, porque la adopción de pleno de esa resolución, tan siquiera está prevista para el caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, por graves que éstas fueran. Y es que, sin perjuicio de esa actuación contraria a la legalidad, es lo cierto que a la contratista habrá de reconocérsele, porque nada consta en contra, que cuando menos tenía una expectativa de continuar con la vigencia del contrato durante el año que hacía presumir la tácitas prórrogas que el Ayuntamiento le venía admitiendo, si no a título de obligación legal sí cuando menos contractual, porque en la cláusulas del contrato se recogió esa posibilidad”.

Ante este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid aplica el “principio de confianza legítima”, respecto del que literalmente afirma:

“(…) si bien ha sido desconocido tradicionalmente en nuestro Derecho Administrativo, basado en el rigor del principio de legalidad, ha sido acuñado por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde hace tiempo, de donde fue tomado por algunos pronunciamientos esporádicos de nuestro Tribunal Supremo, como lo pone de manifiesto la Sentencia de 28 de febrero de 1989; y ahora ya se encuentra recogido expresamente en la reforma introducida en 1999 en el artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Conforme a dicho principio ‘cualquier operador económico al que una institución haya hecho

concebir esperanzas fundadas tiene derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima', como lo describe escueta pero claramente la STJCE de 31 de mayo de 2005 (Comune di Napoli/Comisión). Nuestro Tribunal Supremo contempla el principio y su alcance en la Sentencia de 15 de abril de 2005, al declarar que 'si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado'. Y en el caso de autos, a tenor de lo que consta en las actuaciones y se da por probado en la instancia, no ofrece dudas de que a la contratista se le ha generado esa expectativa de que la prórroga del contrato se venía admitiendo por la Corporación, al margen de la ilegalidad de dichas prórrogas que, insistimos, la misma Corporación impuso, sin que sea apreciable en la contratista una actuación de mala fe que ni se invoca ni es apreciable, máxime cuando no tiene conocimiento de la intención de la Corporación hasta un día antes de estimarse extinguido el contrato, lo que redundo, a juicio de la Sala, en la concurrencia de los presupuestos esenciales del principio de confianza legítima”.

Aunque aclara el Tribunal que

“Lo concluido anteriormente no puede suponer la continuidad en la relación contractual que, como se ha visto, es manifiestamente contraria a las exigencias legales. Como se declara en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, lo procedente en estos supuestos es compensar las 'expectativas que su (Administración) conducta hubiese generado en el administrado' y que, como se dijo, no es admisible, en el caso de autos, con la vigencia del contrato, tan siquiera por la anualidad que debiera tácitamente prorrogada, porque en tales supuestos, en palabras del Alto Tribunal, 'el quebrantamiento del principio de confianza legítima tan sólo podrá llevar consigo la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados al administrado como consecuencia del mismo”.

## 5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

**A) La actividad de documentalista tiene pleno encaje en el contrato de consultoría y asistencia. La falta de observancia de la tramitación legalmente prevista para la contratación administrativa puede posibilitar su anulación pero no desvirtúa o altera la naturaleza que en rigor deba corresponder al vínculo que pueda haber existido con la Administración**

La STS de 4 de noviembre de 2009 (recurso de casación 406/2006), FFDD 3º y 4º, resuelve un supuesto en el que los recurrentes realizaron para el Consejo General del Poder Judicial una actividad de documentalistas, consistente en colaborar en la selección de sentencias y autos del Tribunal Supremo y en la elaboración de descriptores para la base de datos. Así lo hicieron hasta que en un determinado día se les impidió la entrada en las dependencias donde venían desarrollando su actividad.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

El Tribunal Supremo en este caso descarta que el vínculo que haya podido existir entre los recurrentes y la Administración haya podido ser el que responde a la figura o condición de funcionario interino, dado que necesariamente tiene que ir referida a un puesto de trabajo que esté atribuido a un funcionario público de carrera y, que por circunstancias coyunturales, no sea posible cubrirlo con esa específica clase de empleado público previsto para su normal desempeño. Mientras que en el caso enjuiciado no consta que, en la relación de puestos de trabajo del Consejo General del Poder Judicial o en su plantilla orgánica, esa actividad de documentalista encarne el contenido de alguno de los puestos funcionariales existentes en los diferentes órganos del Consejo (ex artículos 5 y 104 de Texto Articulado de la Ley de Funcionarios del Estado de 7 de febrero de 1964, 10 de la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, 145.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 132 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ).

A falta de lo anterior, el Alto Tribunal, en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, estima que la naturaleza de la actividad de documentalista tiene pleno encaje en el objeto que para los contratos de consultoría y asistencia aparecía en el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado de 16 de junio de 2000, determinado que “la falta de observancia de la tramitación legalmente prevista para la contratación administrativa puede posibilitar su anulación pero no desvirtúa o altera la naturaleza que en rigor deba corresponder al vínculo que pueda haber existido con la correspondiente Administración”, máxime cuando dicho vínculo ha sido aceptado por el propio Abogado del Estado, al igual que la existencia de las recíprocas contraprestaciones que se intercambiaron los recurrentes y el Consejo. Por ello el Tribunal afirma la existencia de un “contrato de consultoría de hecho”.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



## VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

### Sumario:

**1. Administración local.** A) Alteración de términos municipales. Requisitos. Interpretación restrictiva. B) Autonomía local. a) Principio de vinculación negativa: las entidades locales pueden, sin previa habilitación legal, dictar ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradicen ni vulneran la legislación estatal o autonómica sectorial que pudiera existir. b) Conflicto en defensa de la autonomía local. La vulneración de la autonomía local no puede afirmarse apriorísticamente, sino que de existir ha de ser apreciada en relación al caso concreto. C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. El núcleo básico del derecho fundamental a la participación política se satisface con el derecho de información y no comprende el de obtener copias de la documentación de la corporación local, salvo que se deniegue improcedentemente. D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Cómputo del plazo: la determinante es la fecha de recepción de la comunicación exigida en la legislación de régimen local, no la fecha de recepción prevista a otros efectos en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma.

**2. Delegación de competencias.** A) La delegación del Ayuntamiento de su competencia de recaudación tributaria en la Diputación Provincial y la asignación por ésta de dicha competencia a un Organismo autónomo incluye la de dictar providencias de apremio.

### **1. ADMINISTRACIÓN LOCAL**

#### **A) Alteración de términos municipales. Requisitos. Interpretación restrictiva**

La STS de 3 de noviembre de 2009 (recurso 1498/2007), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Poyales del Hoyo contra la Sentencia de 23 de

febrero de 2007 dictada por el TSJ de Castilla y León de fecha de 23 de febrero 2007 (recurso 735/2002) que desestimó el recurso contencioso-administrativo entablado contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, por parte de la Junta de Castilla y León, de la solicitud de que el pro indiviso colindante titularidad de los municipios de Arenas de San Pedro y Candeleda se integrase en el término municipal de la entidad actora.

La sentencia de instancia había desestimado el recurso, entre otras causas, por entender que dicho pro indiviso entre los Ayuntamientos de Arenas de San Pedro y de Candeleda había desaparecido años atrás a la presentación de la petición de Poyales, y que cada una de las corporaciones tiene su territorio propio desde entonces sobre el antiguo pro indiviso por lo que no existe conexión territorial limítrofe entre el Ayuntamiento recurrente y el de Candeleda, y, por otro lado, por entender que no existen los motivos notorios de necesidad o conveniencia económica o administrativa suficientes para la modificación de la demarcación territorial municipal.

El TSJ analiza la legislación aplicable al caso, resaltando los artículos 3.7 y 5.b) y c) del RDL 781/1986 y los artículos 2,7 y 5.b) y c) del RD 1960/1986 que establecen cuáles son las hipótesis de segregación y anexión parcial: a) cuando como consecuencia del desarrollo urbanístico se confundan núcleos urbanos, sin que constituyan solución de continuidad a este efecto los parques, jardines, paseos, avenidas, ... y zonas residenciales que pudieran existir entre aquéllos y b) cuando existan notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa. Estas hipótesis presuponen la existencia de dos o más municipios implicados y que las demarcaciones existentes entre ellos tuvieran la condición de limítrofes.

El fundamento del demandante está constituido por razones de distinta índole de las que destacan las siguientes: espaciales (el término municipal actual es de reducidas dimensiones y prácticamente está circunscrito al casco urbano), económicas (la actividad agrícola de los vecinos se ha proyectado sobre los terrenos afectos por la petición de anexión), tributarias (el mayor montante recaudatorio por impuesto de bienes inmuebles de rústica de los Ayuntamientos implicados deriva de los tributos pagados por los titulares de dichos terrenos) y físicas (el enclave o la localización de estos terrenos en relación con las distancias a las cabeceras o sedes en los municipios respectivos). El TS entiende que particularmente los motivos económicos y tributarios podrían tener encaje en la hipótesis de necesidad o de conveniencia económica, siendo las demás meros complementos que reforzarían a las anteriores. En cualquier caso, en relación con el concepto “notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa” el TS recuerda que “esta expresión constituye un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación al caso debe hacerla la Administración mediante una razonada concreción de los elementos de hecho, en virtud de los cuales la potestad puede ser ejercitada. La indeterminación de este concepto no excluye la obligada concurrencia del presupuesto habilitante, ni permite que la Administración actúe sin que éste se produzca. En presencia de estos conceptos se ha de ser mucho más exigente con el requisito de motivación, debiendo quedar clara cuál es la finalidad perseguida con él y que la misma potencialmente puede lograrse mediante los mecanismos puestos en marcha, sin necesidad de acudir a otros menos favorables”. En relación con la segregación de Municipios (STS de 12 de diciembre de 1989) “esta actuación no puede ser caprichosa, sino que tiene que hallarse plenamente justificada y reducirse a lo imprescindible dentro de un lógico desenvolvimiento de las circunstancias, cuando tal segregación no es producto de un concierto de voluntades de dos Ayuntamientos

## VI. Organización Administrativa

interesados”. Por otro lado, la idea de conveniencia ha de ser para el interés común, y no responder a un criterio exclusivamente de expansión, cuando las finalidades que se persiguen pueden ser satisfechas en el propio territorio del municipio que se pretende la anexión. Por último, ambas normas, el RDL 781/1986 y el RD 1690/1986, usan el calificativo de “notorios” en el sentido de que los motivos deben ser evidentes y concluyentes, esto es, deben revestir gran intensidad y serán perceptibles sin gran esfuerzo de análisis.

El TS estima que la acreditación o justificación de esas razones o causas, mediante informes técnicos objetivos e imparciales aportados por el Ayuntamiento o practicadas por otras Administraciones es una carga de necesidad que no ha sido satisfecha en el expediente administrativo o en la vía judicial, por lo que desestima el motivo de casación del recurrente cuyo argumento principal era que la sentencia de instancia había interpretado erróneamente estos conceptos por haber dado una excesiva intensidad al carácter de notoriedad y al haber entendido de una manera indebidamente restrictiva la conveniencia económica y administrativa. Pero el TS entiende que el TSJ ha valorado de manera motivada que la solicitud no avala con la suficiente claridad y contundencia su pretensión y que el recurrente se limita a discutir la conclusión a la que llegó la Sala, sin evidenciar una interpretación errónea, por lo que desestima el motivo.

### B) Autonomía local

**a) Principio de vinculación negativa: las entidades locales pueden, sin previa habilitación legal, dictar ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradicen ni vulneran la legislación estatal o autonómica sectorial que pudiera existir**

La STS de 7 de octubre de 2009 (recurso 204/2008), es la primera de una serie de pronunciamientos –STS de 14 de octubre de 2009 (recurso 5229/2007); STS de 15 de octubre de 2009 (recurso 283/2008); SSTS de 17 de noviembre de 2009 (recursos 1168/2008 y 2135/2008); SSTS de 9 de diciembre de 2009 (recursos 2989/2008, 3956/2008, 4286/2008 y 6448/2008), y STS de 15 de diciembre de 2009 (recurso 496/2009)– en los que el Tribunal Supremo analiza el alcance de la autonomía local y en concreto el principio de vinculación negativa, a la luz de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988.

En todos los procesos la Unión de Pagesos de Catalunya interpone recurso de casación contra las correspondientes sentencias del TSJ de Cataluña donde se declaran conformes a derecho determinados preceptos de las Ordenanzas reguladoras de las actividades ganaderas y la gestión del estiércol y purines de los municipios de Miralcamp, Bordils o Vilabella, entre otros. La Unión de Pagesos interpone dichos recursos de casación pretendiendo la nulidad de todas las Ordenanzas al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y fundamentando sus recursos de casación en la infracción del artículo 25 de la Ley 7/1985, pues considera que los Ayuntamientos no tienen competencia para regular con carácter general esta materia, en cuanto que las competencias municipales se han de ejercer, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, ya que existe normativa estatal y autonómica (en concreto, el Código de Buenas Prácticas Agrarias de la Comunidad Autónoma dictado de conformidad con el Real Decreto 261/1996 y la Directiva 91/676 CEE) que regula la incorporación al suelo de los fertilizantes. Sin embargo, la Ordenanza reguladora de la

aplicación al territorio del municipio de Bordils de estiércol, purines y lodos de depuradora, prohibía su aplicación en sábados, domingos y festivos durante el mes de agosto, excepto en casos de emergencia y previa autorización municipal, además de ordenar que se enterraran en el plazo máximo de 24 horas a contar desde su aplicación, excepto de junio a septiembre, en que habrían de enterrarse inmediatamente. Todo lo cual no está previsto en la legislación estatal y autonómica aplicable.

El motivo de casación se funda en la idea de vinculación positiva de la ordenanza local a la ley, de suerte que la corporación local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Sin embargo, el Alto Tribunal entiende que hoy en día no es ésa la concepción que mejor se acomoda a la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 y a pronunciamientos anteriores del propio TS (Sentencias de 21 de mayo de 1997, recurso 5696/1992, y 30 de enero de 2008, recurso 1346/2004), en los que se apuntaba la idea de una vinculación negativa que permite a las Entidades Locales, sin previa habilitación legal, actuar dictando ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no se contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

**b) Conflicto en defensa de la autonomía local. La vulneración de la autonomía local no puede afirmarse apriorísticamente, sino que de existir ha de ser apreciada en relación al caso concreto**

El ATC de 13 de octubre de 2009 (Auto 251/2009), inadmite el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por treinta y seis municipios de La Rioja contra el artículo 40.2 de la Ley de La Rioja 5/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2009, precepto que modifica el artículo 196.2 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación y territorio y urbanismo de La Rioja.

Los promotores del conflicto entienden que la modificación de este precepto lesiona la autonomía local por cuanto considera obras públicas de interés general de la Comunidad de La Rioja y, en cuanto tales, exentas de la regla general de sujeción a licencia municipal, aquellas que la Comunidad Autónoma realice en el ejercicio de sus propias competencias destinadas al desarrollo y ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio. Entienden que la referencia al desarrollo y ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio encierra tal margen de indeterminación y tiene tal potencial expansivo que convierte lo que debería ser excepción en regla general, con la consecuencia de vulnerar la competencia local para otorgar licencias urbanísticas y, con ello, el principio constitucional de autonomía local.

Sin embargo, el TC considera que de la configuración legal de los instrumentos de ordenación urbanística previstos en dicha Ley, se deduce sin dificultad que algunos de ellos tienen una finalidad estratégica y planificadora (como las Estrategias Territoriales y las Directrices de Actuación Territorial) que trasciende claramente el ámbito municipal y el correlativo interés municipal, interés que también resulta desbordado por otros dos instrumentos de ordenación (las Zonas de Interés Regional y los Proyectos de Interés Supramunicipal), puesto que tienen una proyección territorial supramunicipal. De tal modo, el precepto cuestionado, que exime de licencia a las “obras públicas de interés general de la Comunidad de La Rioja”, las define

## VI. Organización Administrativa

en razón a que tengan como finalidad el desarrollo y ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio y la construcción y acondicionamiento de infraestructuras básicas de uso y dominio público realizadas por la Comunidad Autónoma.

No obstante lo anterior, la vulneración de la autonomía local no puede afirmarse apriorísticamente y desvinculada del supuesto que singularice el proyecto en ejecución, sino que de existir ha de ser apreciada en relación al caso concreto. Mediante el control de los actos de aplicación del precepto puede evitarse una expansión de la competencia autonómica más allá del campo que le corresponde, pues la facultad atribuida por norma, dado su grado de apertura e indeterminación, puede ser controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa examinando en el momento de su definición de modo cierto el carácter, extensión, localización y fines de la obra proyectada. La existencia del interés justificativo en cada proyecto de licencia no puede ser valorada en sede constitucional, ya que dicha tarea está encomendada a los tribunales ordinarios, los cuales, por mandato constitucional, controlan la legalidad de la actuación administrativa subyacente tanto en la aprobación como en la puesta en práctica de los distintos instrumentos de ordenación del territorio. Por todo ello, el TC concluye que la nueva redacción del artículo 196 de la Ley de ordenación del territorio de La Rioja, no vulnera el principio constitucional de autonomía local.

### **C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. El núcleo básico del derecho fundamental a la participación política se satisface con el derecho de información y no comprende el de obtener copias de la documentación de la corporación local, salvo que se deniegue improcedentemente**

La STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2009 (recurso 227/2009), desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Moraleja contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cáceres de 15 de junio de 2009.

El TSJ entiende que el derecho a obtener copias no se encuentra en el núcleo esencial del derecho fundamental de participación política, sino que se deriva de la legislación ordinaria, pero cuando se deniega siendo procedente el derecho a obtener copia, sí que se vulnera el derecho fundamental. En el caso planteado, el motivo por el que se deniega la copia de la documentación es por encontrarse ya ésta en el tablón de edictos y en la página web municipal.

### **D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Cómputo del plazo: la fecha determinante es la de recepción de la comunicación exigida en la legislación de régimen local, no la fecha de recepción prevista a otros efectos en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma**

La STS de 14 de diciembre de 2009 (recurso 3851/2005), estima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias contra la Sentencia del TSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2004 (recurso 1695/2002), quedando esta última anulada y sin efecto.

La sentencia de instancia declaraba inadmisibile por extemporáneo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Teguiuse de 2 de agosto de 2002 en el que se aprobaba la modificación puntual de cambio de uso adaptada al Plan insular de Lanzarote de una parcela del Plan Especial de Ordenación de unos territorios de la Costa Sur de Teguiuse.

La sentencia recurrida señala que la comunicación de la modificación dirigida por el Ayuntamiento de Teguise al Director General de Urbanismo fue recibida por este último el 27 de septiembre de 2002, siendo ésta la fecha que determinó el inicio del cómputo del plazo de dos meses para que la Administración autonómica pudiese impugnar directamente en vía jurisdiccional el acuerdo de aprobación definitiva del instrumento de planeamiento. Sin embargo, debe notarse que el acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Teguise en la que se había acordado la aprobación definitiva de la Modificación del Plan Especial fue remitida por el Ayuntamiento de Teguise mediante una comunicación posterior, que tuvo entrada en la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias el 9 de octubre de 2002 (documento que el Gobierno de Canarias aportó con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo).

Según la Administración autonómica recurrente en casación, esta comunicación recibida el 9 de octubre de 2002 es la relevante a los efectos del inicio al plazo para impugnar en vía jurisdiccional. Por ello, el recurso contencioso-administrativo presentado el 10 de diciembre de 2002 debe considerarse interpuesto dentro del plazo de dos meses señalado en el artículo 46.6 de la Ley reguladora de dicha Jurisdicción, pues si bien dicho plazo había expirado el 9 de diciembre de 2002, el escrito de interposición se presentó antes de las 15:00 horas del siguiente día, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, el acuerdo impugnado fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de Canarias de 28 de octubre de 2002, reabriéndose así el plazo de dos meses para la interposición del recurso, por lo que la presentación de éste el día 10 de diciembre del mismo año quedaba claramente dentro de plazo.

El TS entiende que la primera de esas comunicaciones, a la que se atiende la Sala de instancia, es la que el Ayuntamiento de Teguise dirigió a la Dirección General de Urbanismo del Gobierno de Canarias y que consta recibida el 27 de septiembre de 2002. En cambio la segunda comunicación, que tuvo entrada en la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica el 9 de octubre de 2001, es la que llevaba adjunta el acta de la sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento en la que se había aprobado definitivamente la modificación de planeamiento que es objeto de controversia (documento aportado con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo).

Esta segunda comunicación va dirigida al Director General de Administración Territorial y aunque el oficio del Ayuntamiento no especifica su finalidad —sólo dice que se remite el acta “en base a lo establecido en la vigente legislación”— la identidad del destinatario obliga a entender que se trata de la comunicación requerida en el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, y en el artículo 196.3 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, esto es, para dar cumplimiento a la obligación que tienen las Corporaciones Locales de comunicar las resoluciones y acuerdos de sus órganos de gobierno a la Administración estatal y autonómica.

Como ha declarado el TS en Sentencias de 11 de marzo de 2002 (recurso 1732/1998) y 9 de diciembre de 2009 (recurso 3826/2005), a efectos de determinar el inicio del plazo para que la Administración autonómica pueda requerir de anulación al Ayuntamiento o impugnar directamente el acuerdo municipal en vía jurisdiccional, lo determinante es la fecha de recepción de esa comunicación exigida en la legislación de régimen local, no así la fecha de recepción de la comunicación prevista, a otros efectos, en la legislación urbanística de la Co-

## VI. Organización Administrativa

munidad Autónoma correspondiente. Por tanto, ha de entenderse que el recurso contencioso-administrativo se interpuso dentro de plazo y tal conclusión queda plenamente corroborada si atendemos al hecho de que, además, el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación del Plan Especial a que se refiere la controversia fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de Canarias de 28 de octubre de 2002, lo que permite la impugnación en vía jurisdiccional dentro de los dos meses siguientes a dicha publicación. En este sentido pueden verse las SSTs de 18 de junio de 2007 (recurso 3081/02) y 25 de junio de 2008 (recurso 4524/04). Todo ello comporta que, acogiendo el motivo de casación, la sentencia que declaró la inadmisibilidad del recurso debe ser casada y anulada.

### 2. DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

#### **A) La delegación del Ayuntamiento de su competencia de recaudación tributaria en la Diputación Provincial y la asignación por ésta de dicha competencia a un Organismo autónomo incluye la de dictar providencias de apremio**

La STS de 24 de septiembre de 2009 (recurso 8665/2003), resuelve el recurso de casación interpuesto por el Organismo Autónomo de Gestión Tributaria (SUMA) de la Diputación de Alicante contra la Sentencia de 23 de junio de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana que estimó el recurso interpuesto por dos concejales del Ayuntamiento contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa de 21 de diciembre de 1999, por el que se delega a la Diputación Provincial la gestión tributaria y recaudación del IBI e IAE, así como de otros ingresos de Derecho Público, facultades que realiza a través de SUMA.

La Sentencia de instancia dejaba sin efecto el Acuerdo de 21 de diciembre por incluir la delegación de la potestad de dictar providencia de apremio, con fundamento en que de conformidad con el artículo 106.2 del Reglamento General de Recaudación, aplicable en el ámbito local en virtud del artículo 12 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, “en el caso de que se asuma mediante convenio la recaudación ejecutiva de otras Administraciones Públicas, la providencia de apremio será dictada por el órgano competente de dichas Administraciones”.

Sin embargo, el TS afirma que en los supuestos en los que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, los Ayuntamientos deleguen la recaudación de los tributos y otros ingresos de derecho público, puede incluirse en dicha delegación la potestad de dictar providencia de apremio. Ciertamente, en el caso de que se asuma mediante convenio la recaudación ejecutiva de otras Administraciones Públicas, la providencia de apremio será dictada por el órgano competente de dichas Administraciones, pero una interpretación sistemática, teleológica y gramatical del artículo 106.2 del Reglamento General de Recaudación conduce a una conclusión distinta de la del Tribunal de instancia. En efecto, al establecer a quién corresponde la gestión recaudatoria de las Entidades Locales la Ley Reguladora de Haciendas Locales distingue entre los entes con los que se haya formalizado un convenio y aquellos otros en los que se haya delegado la facultad. El artículo 106.2 del Reglamento General de Recaudación se refiere únicamente al primero de los casos. Lo que persigue dicho artículo es evitar que en los supuestos en los que se haya asumido por convenio únicamente la recaudación ejecutiva, se atribuya la competencia de dictar providencia de apremio a quien no está en condiciones de

dictar dicho acto porque no intervino en la previa gestión liquidatoria del tributo. Sólo el ente que tiene atribuida la gestión recaudatoria en período voluntario puede certificar la existencia y cuantía de una deuda tributaria.

JESÚS DEL OLMO ALONSO  
VANESA RODRÍGUEZ AYALA  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

**VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. C) ¿Aplicación de los principios del Derecho Administrativo sancionador a las sanciones impuestas entre privados? **2. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.**

A) Integración del tipo mediante Instrucciones de la Junta Electoral General. B) Reserva de Ley y ordenanzas municipales. C) Admisión de conceptos jurídicos indeterminados.

**3. Antijuridicidad.** A) Su exclusión por ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

B) Límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión de los militares como causa de justificación. **4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.**

A) Concepto de culpabilidad. B) No hay culpabilidad si se actuó amparado en la creencia de la licitud de una autorización administrativa. C) Culpabilidad en las infracciones cometidas por Administraciones públicas. D) Las infracciones por omisión también exigen un elemento intencional o negligente para ser sancionables. E) Su exclusión por una interpretación razonable, aunque errónea, de la norma tributaria aplicable. **5. Sujetos responsables.**

A) La responsabilidad directa de los entes sin personalidad. B) La responsabilidad subsidiaria de los administradores en el ámbito tributario no es por actos de otro.

**6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Compatibilidad entre sanción penal y sanción disciplinaria impuesta por Colegio profesional. **7.**

**Procedimiento sancionador.** A) La declaración de pérdida total o parcial de los puntos asignados con la obtención del carné de conducir debe respetar las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador. B) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de sus denuncias sobre hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad disciplinaria de jueces. C) Su iniciación no tiene carácter infamante ni causa en sí misma

perjuicio alguno. **8. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) Para apreciar la lesión del derecho fundamental a la prueba debe bastar con una argumentación razonable del recurrente sobre la posible influencia de la prueba omitida en la resolución sancionadora, con independencia de que, finalmente, sea o no decisiva. **9. Resolución sancionadora.** A) No motivar la imposición de sanción de expulsión a un extranjero en lugar de multa ni valorar sus alegaciones sobre la existencia de arraigo familiar vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. B) Debe motivar la existencia de culpabilidad. **10. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Prescripción de la sanción: *dies a quo* para el responsable subsidiario. B) La petición de suspensión de una sanción tributaria impugnada en vía económico-administrativa interrumpe su prescripción. **11. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Reducción de la cuantía de la multa. B) Reducción de la duración de la sanción.

## 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

### A) Actos que constituyen sanción

La pérdida de puntos del carné de conducir. La STS de 4 de junio de 2009, Sección Quinta, (recurso de casación 25/2006), señala, en el mismo sentido que la STC 63/2007, que “la pérdida de puntos es una consecuencia directa y automática de la sanción, y participa de su misma naturaleza”. De este modo, “pese a que la pérdida de puntos no aparece incluida en el catálogo de sanciones del artículo 67 del Texto Articulado (...), es indudable que la pérdida de puntos es una medida que tiene carácter materialmente sancionador. El que el descuento de los puntos no se haga efectivo sino cuando la sanción es firme no viene sino a confirmar la naturaleza sancionadora de la pérdida de puntos, pues es también después de la firmeza cuando se produce la anotación de sanción en el Registro de conductores e infractores”. Como consecuencia de la naturaleza sancionadora de esta medida, la sentencia sugiere la posibilidad de que su imposición pueda ser combatida, en su caso, mediante el recurso de amparo y el contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

### B) Actos que no constituyen sanción

La declaración de caducidad de las concesiones de explotación minera por no presentar dentro de plazo los planes de labores anuales y no comunicar a la Administración de Minas el fallecimiento del concesionario en el plazo de un año. De conformidad con la STS de 5 de mayo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 5141/2006), que remite a jurisprudencia anterior, esta declaración de caducidad es el resultado de haber incumplido las obligaciones que acom-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

pañaban a la concesión de una ventaja (el derecho de investigación o explotación mineras), “por lo que no reviste naturaleza sancionadora”.

### C) ¿Aplicación de los principios del Derecho Administrativo Sancionador a las sanciones impuestas entre privados?

Es indudable que las sanciones impuestas por sujetos privados que no ejercen funciones públicas no constituyen sanciones administrativas. De este modo, no pueden considerarse sanciones administrativas las medidas disciplinarias adoptadas por los empresarios sobre sus trabajadores, o las medidas punitivas impuestas por partidos políticos u otras asociaciones sobre sus miembros. Ni son sanciones administrativas ni les resulta aplicable el Derecho Administrativo ni su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. A pesar de ello, y paulatinamente, en la imposición de alguna de estas medidas están apareciendo ciertos derechos y garantías, sustantivos y procedimentales, que recuerdan, de forma inmediata, a los derechos y garantías propios del Derecho Administrativo sancionador.

Con el fin de hacer notar estas similitudes, se analizarán aquí algunas de las afirmaciones de la STS de 5 de octubre de 2009, Sala de lo Civil (recurso de casación 552/2006), relativa a la expulsión de cinco miembros del Partido Popular –miembros del grupo parlamentario popular en la Diputación Provincial de Guadalajara– por su decisión de cambiar al Portavoz del Grupo infringiendo los Estatutos del partido, que establecían que la competencia para el cese y nombramiento de los Portavoces de los Grupos Institucionales correspondía no al Grupo, sino al Comité Ejecutivo del Partido. En particular, se abordará el análisis que la Sala de lo Civil hace de la antijuridicidad de la conducta de los sancionados. Asimismo, conviene destacar que la sentencia no examina las alegaciones de los sancionados relativas a la vulneración del principio acusatorio, denegación de prueba o falta de motivación, pero no porque considere improcedente la aplicación de estas garantías en ese ámbito, sino por estimar suficientes para rechazar su vulneración los razonamientos de la sentencia de instancia, a la que se remite en estos aspectos.

## 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

### A) Integración del tipo mediante Instrucciones de la Junta Electoral General

La Ministra de Fomento fue sancionada por la Junta Electoral Central (JEC) por una infracción en materia electoral. Los hechos consistieron en la elaboración y difusión de un vídeo en el que se hacía publicidad de la labor del Gobierno en materia de transportes, reproducido en los trenes AVE Madrid-Málaga durante el período de campaña electoral para las elecciones generales de 2008. Dicha actuación se reputó contraria al artículo 50 LOREG, que prohíbe a los poderes públicos hacer campaña electoral, y que es desarrollado por la Instrucción de la JEC de 13 de septiembre de 1999 sobre objeto y límites de las campañas electorales. En concreto, la actuación de la Ministra se calificó como constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 153.1 LOREG, precepto que se limita a establecer que “toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 20.000 a 200.000 pesetas si se trata de autoridades o funcionarios y de 5.000 a 100.000 si se realiza por particulares”.

La Ministra sancionada alegó que de los artículos 50 y 153.1 LOREG no se deducían los elementos suficientes para apreciar la infracción reprochada porque esos elementos sólo aparecían en la Instrucción de 13 de septiembre de la JEC, lo que lesionaba el principio de reserva de ley. Por el contrario, la **STS de 18 de noviembre de 2009**, Sección Octava (recurso de casación 496/2008), estima que “dicha instrucción se limita a aclarar e interpretar el artículo 50 LOREG sin ampliar su ámbito subjetivo y objetivo ni su finalidad, pues lo que hace es realizar esa tarea interpretativa poniendo en relación dicho precepto con los mandatos constitucionales y legales de igualdad entre los candidatos, transparencia y objetividad de los procesos electorales y neutralidad de los poderes públicos para garantizar el derecho de participación política en términos de igualdad”. En cualquier caso, y a pesar de las afirmaciones de la sentencia, lo cierto es que el artículo 153.1 LOREG no parece muy respetuoso con el principio de legalidad sancionadora, ni en su vertiente de reserva de ley ni, muy especialmente, en su vertiente de taxatividad de las infracciones y sanciones.

### **B) Reserva de Ley y ordenanzas municipales**

– La **STSJ de Cataluña 409/2009, de 26 de marzo**, resuelve un recurso contra la “Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona”, aprobada por el Ayuntamiento de esta ciudad el 23 de diciembre de 2005. En dicha Ordenanza se tipificaban y castigaban como infracciones una serie de conductas contrarias al orden público y la seguridad ciudadana, todo ello sin una específica cobertura legal. Tras exponer la evolución normativa y jurisprudencial en materia de potestad sancionadora local, con extensa cita de la STC 132/2001, la Sala justifica la regulación impugnada, estimando que la norma local responde a los límites y al marco genérico establecido en el actual Título XI de la LRBRL. Para la sentencia, la Ordenanza de Barcelona se sitúa dentro del elenco de materias sobre las que la LRBRL atribuye genéricamente potestad normativa sancionadora a las entidades locales. La Ordenanza impugnada se sitúa, así, dentro de los criterios mínimos de antijuridicidad o bienes jurídicos protegibles por las entidades locales a través de disposiciones normativas sancionadoras, de acuerdo con los artículos 139 LRBRL y 128.1.b) de la Carta Municipal de Barcelona.

– La **STSJ de Madrid 1327/2009, de 18 de junio**, anula un reglamento del Ayuntamiento de Madrid que fija la cuantía de las multas aplicables a las infracciones previstas en la Ordenanza municipal de Movilidad para la Ciudad de Madrid de 26 de septiembre de 2005. En el caso, un concejal del Ayuntamiento de Madrid aprobó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 de dicha Ordenanza, el Decreto de 3 de noviembre de 2005, que estableció un cuadro de multas de cuantía fija para infracciones leves, graves y muy graves, sin tener en cuenta que la Ley aplicable en la materia (artículo 67 de la Ley de Tráfico) determinaba una horquilla para la determinación de cada sanción: hasta 90 euros para las infracciones leves, de 91 a 300 euros para las graves y de 301 a 600 para las muy graves. La sentencia anula el Decreto por motivos de legalidad ordinaria, si bien de su razonamiento se deduce que también lo considera contrario a los principios de proporcionalidad e individualización de las sanciones: “del examen de la disposición impugnada se desprende claramente que se infringe el principio de jerarquía normativa, pues [el Decreto] establece una cuantía fija para cada tipo de infracción sin tener en cuenta que la ley establece un margen o recorrido de la sanción, a modo de ejemplo, para las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 90 euros, lo que implica que

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

pueden ser sancionadas con multa inferior a los 90 euros que de modo general establece la norma (...), es en el concreto acto de imposición de la sanción cuando de manera motivada se debe elegir la concreta sanción a imponer teniendo en consideración todos los elementos del caso, y no puede de manera apriorística determinarse el importe de la sanción”. En realidad, y aunque no se diga expresamente, acaso se trataba aquí de una vulneración del principio de reserva de ley (artículos 25 CE y 129.3 LRJPAC), en la medida en que la norma reglamentaria entró a regular la relación entre las infracciones y las sanciones, materia que quizá debía quedar reservada a Ley de Tráfico.

### C) Admisión de conceptos jurídicos indeterminados

Frente a las objeciones alegadas con respecto a determinados artículos de la “Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona”, la STSJ de Cataluña 409/2009, de 26 de marzo, recuerda que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados al ejercitar la potestad normativa sancionadora no supone una vulneración del principio de tipicidad, pues dichas expresiones en modo alguno convierten el ejercicio de la potestad sancionadora en discrecional, conservando ésta su carácter reglado y permaneciendo sujeta al pleno control jurisdiccional. Así lo estima la Sala con relación a las expresiones “paisaje urbano”, “colectivos especialmente vulnerables”, “salubridad”, “seguridad pública” y “tranquilidad”.

## 3. ANTIJURIDICIDAD

### A) Su exclusión por ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

En el caso, ya expuesto, de la expulsión de cinco afiliados del Partido Popular, miembros del Grupo Popular en la Diputación Provincial de Guadalajara, por cambiar a su Portavoz sin tener competencia para ello según lo dispuesto en los Estatutos del partido, los sancionados alegaron la falta de antijuridicidad de su conducta, al entender que ésta se encontraba expresamente amparada por el ordenamiento jurídico. En particular, el artículo 24 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales (ROF), prevé que la constitución de los Grupos Políticos se produce “mediante escrito dirigido al Presidente y suscrito por todos sus integrantes (...) En el mismo escrito de constitución se hará constar la designación del Portavoz del grupo (...)”. Según los sancionados, dicha previsión formaría parte del ejercicio de su cargo, que, tratándose de cargos electivos, implicaría además una manifestación del derecho o *ius in officium* integrado en el artículo 23.2 CE. En consecuencia, la decisión de cambiar a su Portavoz supondría el ejercicio legítimo de un cargo e, incluso, de un derecho fundamental. La STS de 5 de octubre de 2009, Sala de lo Civil (recurso de casación 552/2006), por el contrario, considera, en primer lugar, que “no hay ninguna norma jurídica que permita sustentar que la designación de Portavoz de los Grupos institucionales forma parte del *ius in officium* (...) amparado por el artículo 23.2 CE”. Y, en segundo lugar, señala que el artículo 24 ROF “no predetermina la forma en que debe efectuarse previamente, en el seno interno de los Partidos, la designación [del portavoz] en sí misma, ni impide que, en ejercicio de las facultades de autogobierno que a éstos asisten, sus Estatutos contemplen que sea alguno de los órganos de las propias formaciones políticas quienes asuman la competencia del nombramiento y cese de los Portavoces”.

**B) Límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión de los militares como causa de justificación**

Una Alférez de Intendencia del Ejército de Tierra fue sancionada con un mes y un día de arresto como autora de la falta grave tipificada como “hacer reclamaciones o manifestaciones contrarias a la disciplina”. Los hechos consistieron en la redacción y envío de un correo electrónico al General Director de la Academia General Militar en el que se le reprochaba la retirada de la estatua ecuestre de Franco radicada en dicha Academia, al considerarla “un símbolo de historia (...) de la que yo como española, patriota y militar jamás me he avergonzado ni me avergonzaré, no como nuestros más altos mandos militares y representantes políticos que se esconden tras odios y mentiras para intentar destruir o de la que se avergüenzan por motivos de conveniencia”. Añadiendo que “la historia juzgará este hecho y también a aquellos que tomaron parte en él, no dentro de mucho tiempo, y aquellos que hayan sido infieles con la historia, con nuestros principios y tradiciones no podrán esperar fidelidad”. La Alférez sancionada alega la ausencia de antijuridicidad en su conducta al concurrir como causa de justificación el ejercicio legítimo de su derecho fundamental a la libertad de expresión. La **STS de 14 de septiembre de 2009**, Sala de lo Militar (recurso de casación 46/2009), rechaza la alegación y confirma la sanción, aplicando una consolidada doctrina del TC y el TEDH, también recogida en la jurisprudencia del TS, conforme a la cual “las FAS están sometidas a un Estatuto jurídico singular que da lugar a una relación de sujeción especial, voluntariamente asumida por las personas que integran la organización castrense (STEDH de 10 de julio de 1997, caso *Kalac c. Turquía*), del que forman parte restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales, cuya justificación se encuentra en el interés de preservar aquellos valores y principios que se consideran indispensables para que los ejércitos cumplan las misiones que tienen asignadas, por lo que el sacrificio que representan aquellas limitaciones está en función del logro de estos fines, lo que requerirá un juicio de ponderación razonable en cada caso”. En el supuesto enjuiciado, la sentencia declara que en el correo enviado “se vierden expresiones que deben valorarse no sólo como irrespetuosas sino aun como insultantes y ofensivas (...), expresiones acompañadas de otras redactadas a modo de juicio apocalíptico (...), lo que reviste especial gravedad en lo que se refiere a la quiebra de la lealtad debida a los mandos superiores en la relación jerárquica”.

**4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD****A) Concepto de culpabilidad**

“Juicio personal de reprochabilidad dirigida al autor de un hecho típico y antijurídico, a título de dolo o negligencia” (STS de 9 de octubre de 2009, Sección Quinta, recurso de casación 3526/2005).

**B) No hay culpabilidad si se actuó amparado en la creencia de la licitud de una autorización administrativa**

Control Urbanístico, SL fue sancionada por la Junta de Andalucía con multa de 2.894.039,66 euros por una infracción urbanística consistente en construir 288 viviendas en Castilleja de Guzmán en contra del uso del suelo. Las obras se realizaron al amparo de una licencia mu-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

nicipal, para cuya concesión fue necesario modificar el Plan Parcial; modificación que a su vez fue anulada por la Consejería de Obras públicas y Transportes. La licencia fue anulada por sentencia judicial a instancia de la Junta de Andalucía, tras lo cual se tramitó el expediente sancionador y se impuso la mencionada multa. Al respecto, la **STS de 9 de octubre de 2009**, Sección Quinta (recurso de casación 3526/2005), confirma la sentencia de instancia que había anulado la sanción por ausencia de culpabilidad. Según esta última, el elemento subjetivo estaría “ausente en la conducta y actuación del demandante, que inicia la construcción de las viviendas amparadas en la concesión de una licencia, no antes (...); si el Ayuntamiento hubiera denegado la licencia, la infracción no se habría cometido. Es el acto de otorgamiento de licencia el que provoca la comisión de la infracción, por lo que no puede achacarse a la demandante imprudencia, negligencia, culpa, falta de diligencia, inobservancia, descuido y, menos aún, dolo en su proceder”. De este modo, parece sostenerse que las actuaciones realizadas por los particulares en la creencia de que gozan de un título habilitante válido para ello, excluyen la culpabilidad, produciéndose una importante extensión de las consecuencias generalmente atribuidas al error vencible.

### C) Culpabilidad en las infracciones cometidas por Administraciones públicas

Durante la campaña electoral correspondiente a las elecciones generales de 2008, el Ministerio de Fomento elaboró y emitió un vídeo en los trenes AVE Madrid-Málaga, que fue considerado constitutivo de una “campaña institucional” prohibida por el artículo 50.1 LOREG. En concreto, el vídeo incluía un reportaje de cinco minutos sobre el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte, desarrollado por el Gobierno de España a través del Ministerio de Fomento, incluyendo afirmaciones como “es el Plan más ambicioso desarrollado nunca en España”, “ha supuesto un giro en la política de transportes, una manera de transformar el país”, “el Ministerio de Fomento ha puesto en marcha en los últimos tres años obras de gran envergadura”. Asimismo, se incluían imágenes de dos inauguraciones de autovías por la Ministra de Fomento. Por tales hechos –constitutivos de la infracción prevista en el artículo 153.1 LOREG–, se impuso una multa de 660 euros a la Ministra de Fomento, Magdalena Álvarez. La imposición de sanciones por infracciones cometidas por personas jurídicas, incluyendo a las Administraciones públicas, plantea el problema de la determinación del elemento culpabilístico. Quizá por ello la sanción se impone directamente a la Ministra de Fomento, lo que permite que el juicio de culpabilidad pueda referirse a una persona física concreta. En este sentido, la **STS de 18 de noviembre de 2009**, Sección Octava (recurso de casación 496/2008), considera que “la existencia de esa modalidad culposa [de la infracción] en el caso litigioso se dio por haberse infringido el deber de cuidado que personalmente era exigible a la Ministra de Fomento en el ejercicio de sus poderes de dirección sobre las entidades públicas dependientes del departamento ministerial cuya titularidad ostentaba [Renfe operadora]”.

### D) Las infracciones por omisión también exigen un elemento intencional o negligente para ser sancionables

La citada “Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el Espacio Público de Barcelona” tipificaba la comisión “pasiva” de determinadas infracciones, indicando que “si las mencionadas conductas fuesen realizadas por grupos de personas, se imputará la comisión de la infracción a todos los miembros de estos grupos que se encontraran en el lugar de los hechos y participasen, activamente o pasivamente, en la realización de las

conductas antijurídicas previstas en el artículo anterior”. La STSJ de Cataluña 409/2009, de 26 de marzo, anula la expresión “pasivamente” al entender que el comportamiento descrito en la norma impugnada colisiona con el principio de culpabilidad que rige en materia sancionadora. Para resultar admisible, dicha conducta debería haber sido tipificada como omisión por el garante del específico deber de cuidado, y no –como hace el precepto impugnado– incluyendo como autor a quien simplemente se comporta de modo pasivo respecto de las conductas reprochables descritas en la norma y realizadas por otros sujetos.

### **E) Su exclusión por una interpretación razonable, aunque errónea, de la norma tributaria aplicable**

Las SSTs de 15 y 18 de junio de 2009, Sección Segunda (recursos de casación 3594/2003 y 2784/2003), recogen dos supuestos de exclusión de la culpabilidad del infractor por haber realizado una interpretación razonable, aunque errónea, de la norma tributaria aplicable.

En el primer caso, sobre sanción impuesta a Granjas Dos Hermanas, SA por infracción tributaria en el ejercicio 1995 del impuesto de sociedades, la sentencia dice que “no resulta extravagante defender que, tratándose de una industria ganadera con diversas instalaciones asentadas en una única finca, los terrenos sobre los que se encuentra enclavada, a los efectos de la desgravación prevista en el artículo 3 (...) [deducción por inversión en activos fijos nuevos, en particular en terrenos sobre los que se encuentran enclavadas las edificaciones de carácter industrial del sujeto pasivo], son aquellos sobre los que se desarrolla esa actividad y no exclusivamente (...) la superficie sobre la que se asientan físicamente las edificaciones de la empresa ganadera”.

En el segundo, la sentencia confirma la razonabilidad de la interpretación (errónea) de Endesa, SA sancionada por una infracción relativa al ejercicio 1989 del impuesto de sociedades, acerca de que las “reparaciones, reposiciones y reconstrucciones tienen cabida en el precepto que prevé las deducciones por inversiones en activos fijos nuevos”. De especial interés resulta la consideración de esta última sentencia acerca de que esta causa de exclusión de la culpabilidad pueda predicarse respecto de una entidad como Endesa, sin tener en cuenta su tamaño, experiencia o conocimiento del sector. A este respecto, la sentencia afirma que “lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del artículo 25 CE es imponer una sanción a un obligado tributario por sus circunstancias subjetivas –aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida– si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable”.

## **5. SUJETOS RESPONSABLES**

### **A) La responsabilidad directa de los entes sin personalidad**

La STS de 20 de mayo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 220/2005), admite la imposición de dos multas a una comunidad de bienes por dos infracciones en materia de aguas.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### B) La responsabilidad subsidiaria de los administradores en el ámbito tributario no es por actos de otro

El artículo 43.1 LGT de 2003 establece que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria, incluyendo también las sanciones, “los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones”. Esta posibilidad legal de extender a los administradores el pago de las sanciones impuestas al deudor principal es abordada por la **STS de 14 de mayo de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 181/2003). El recurrente, responsable subsidiario del pago de una sanción tributaria impuesta a la sociedad que administraba, alega la naturaleza intransmisible de las sanciones. Pero, según la sentencia, tal argumentación presupone un punto de partida que no es el aplicado. En el caso de autos, explica, lo derivado no es la sanción impuesta a la sociedad (responsable principal) sino la responsabilidad en que incurrió el propio responsable subsidiario al llevar a cabo los actos constitutivos de las infracciones tributarias. Hasta tal punto es así, que, según la Sala, el responsable subsidiario quedaría excluido de esta responsabilidad si acreditara que fue ajeno a las infracciones sancionadas. De este modo, “se parte de la transmisión de una sanción (...) que nosotros rechazamos”. Es decir, el precepto (equivalente al antiguo artículo 40.1 LGT) “exige que los administradores observen una conducta específica que [él mismo] (...) describe (...). La responsabilidad [del administrador] que el artículo 40.1 consagra no se genera por la conducta de la entidad, sino por la específica que el precepto describe, directamente imputable al administrador (...). Es la imputación de esa conducta (...) la que genera la responsabilidad, no la existencia de infracción imputable a la persona jurídica y provocadora de una sanción. Por eso, el artículo 40.1 posibilita una responsabilidad del administrador, sin que la entidad administrada haya sido sancionada y, en sentido inverso, infracción de la entidad sancionada, sin que exista responsabilidad en el administrador. De todo lo razonado se colige la necesidad de desestimar el motivo pues el núcleo de la argumentación del recurrente (transmisión de sanción) no se ajusta al contenido de la responsabilidad derivada (responsabilidad por la conducta imputable al mismo responsable subsidiario)”.

### 6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

#### A) Compatibilidad entre sanción penal y sanción disciplinaria impuesta por Colegio profesional

Don Remigio, ingeniero naval colegiado y funcionario, es condenado por un delito de cohecho. Por tal motivo, al tratarse de un delito doloso, el Colegio de Ingenieros Navales y Oceánicos lo suspende temporalmente para el ejercicio de la profesión. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) 414/2009, de 12 de junio** (recurso contencioso-administrativo 244/2005), dice que la imposición de esta segunda sanción no vulnera el *non bis in idem* atendido el diferente fundamento al que obedece con respecto a la sanción penal: “la condena por cohecho impuesta al demandante es por un delito contra la Administración pública y ampara su correcto funcionamiento [de la Administración]. La sanción colegial que examinamos tiene como base vigilar el ejercicio profesional de los colegiados y velar por que dicha actividad profesional se adecue a los intereses de los ciudadanos dentro de un marco deontológico que es exigible a los colegiados”.

## 7. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

### A) La declaración de pérdida total o parcial de los puntos asignados con la obtención del carné de conducir debe respetar las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador

La afirmación, por parte de la STS de 4 de junio de 2009, Sección Quinta (recurso de casación 25/2006), de que la pérdida de puntos tiene la naturaleza propia de las sanciones y que su sistema de impugnación es igual al de las sanciones supone, entre otras cosas, y como sugiere la propia sentencia, la aplicación para su imposición de las garantías procedimentales del artículo 24.2 CE propias del procedimiento administrativo sancionador. De este modo, en la medida en que “la pérdida parcial de puntos (...) es siempre consecuencia de la comisión de una infracción y consiguiente imposición de sanción, y se materializa cuando la sanción es firme (...), es indudable que en el seno del procedimiento sancionador el interesado tiene a su alcance todos los medios de alegación y de prueba; y podrá hacer uso de ellos tanto en lo que se refiere a la conducta infractora y a la sanción que se propone como en lo relativo a la pérdida parcial de puntos que lleva aparejada la sanción, una vez que adquiera firmeza (...)”. Y añade, “para que la aplicación de esta medida quede revestida de las garantías exigibles (...), aunque la norma reglamentaria [Real Decreto 62/2006, de 27 de enero] no lo establece de forma expresa, es exigible que durante la tramitación del procedimiento sancionador el interesado quede cumplidamente informado de los puntos que podrá perder en caso de resultar sancionado; y asimismo es exigible que al notificarse al interesado la resolución sancionadora se le indique de forma clara la pérdida de puntos que llevará aparejada la sanción una vez que sea firme. Por las mismas razones (...) en la impugnación (...) contra la resolución sancionadora podrán cuestionarse no sólo la conducta infractora y la cuantía de la sanción pecuniaria sino también la medida relativa a la pérdida de puntos (...), siendo admisible que la impugnación se refiera sólo a esta última cuestión”.

### B) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de sus denuncias sobre hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad disciplinaria de jueces

En el período comprendido en esta crónica, varias sentencias insisten en recordar que el denunciante de unos hechos que pudieran ser constitutivos de responsabilidad disciplinaria de un juez carece de legitimación para recurrir el archivo de su denuncia cuando lo que pretende es la imposición de una concreta sanción al juez, “porque el éxito de esa pretensión no produciría en principio ningún efecto favorable en la esfera jurídica de la parte actora en el proceso, ni tampoco en las actuaciones jurisdiccionales a las que se refiere la denuncia presentada ante el CGPJ, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría ventaja alguna, ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente” (STS de 22 de abril de 2009, Sección Octava, recurso de casación 23/2008). La falta de interés legítimo se produciría, incluso, en el caso de una persona jurídica cuya finalidad fundacional fuera, precisamente, perseguir la posible responsabilidad disciplinaria de los jueces. De este modo, frente a la pretensión de la *Fundación Jurei* (Justicia Responsable e Independiente), la STS de 12 de mayo de 2009, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 357/2006), recuerda que “no cabe atribuir efectividad legitimadora para accionar ante esta Jurisdicción a entidades que, como la que ahora recurre, pretenden fundarla en la autoatribución estatutaria de un abstracto derecho a la defensa de la Justicia”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

En sentido contrario, el TS sí reconoce la legitimación al denunciante cuando lo que persigue es que el CGPJ desarrolle una actividad de investigación y comprobación suficientes para que le permitan decidir sobre la procedencia de abrir expediente disciplinario. Así lo entiende la **STS de 2 de junio de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 485/2008). En el supuesto, un particular denunció ante el CGPJ los hechos publicados en el libro “Garzón Juez y parte”, conforme a los cuales un Magistrado Juez de la Audiencia Nacional habría recibido 1.700.000 dólares por impartir una serie de conferencias, que habrían sido pagadas por la mercantil Banco Santander o entidades ligadas a ella, y, posteriormente, e infringiendo su deber de abstención, el mismo Magistrado habría archivado diversas querellas formuladas contra varias personas ligadas a dicha entidad. La Comisión Disciplinaria del CGPJ archivó la denuncia al entender que el denunciante no poseía un conocimiento directo de los hechos, sino que éste procedía de meras referencias, y al no presentar ninguna prueba, siquiera indiciaria, de la existencia de responsabilidad disciplinaria del Magistrado denunciado.

Es la legitimación para impugnar este acuerdo de archivo lo que se discute en la sentencia, que destaca cómo en la demanda se solicita “que se revoque el acuerdo impugnado y se disponga que sean investigados los hechos de la denuncia mediante la práctica de las diligencias solicitadas por el denunciante, lo que es perfectamente admisible, pues es doctrina de la Sala que el control que desde este órgano judicial ha de hacerse de los actos de archivo del Consejo General del Poder Judicial, no puede llegar a sustituir al citado órgano de gobierno de los jueces del ejercicio de su potestad, lo que se deduce además del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero sí debe controlar que en el ejercicio de dicha potestad, se realiza por el Consejo General del Poder Judicial una actividad razonable, incluyendo en ella, cuando así procediere, un simple juicio de valor, debidamente motivado en el acto resolutorio, que rechace *a limine* los hechos denunciados”. De este modo, la Sala declara que los hechos denunciados “tienen una gravedad evidente, que exigía del Consejo General su comprobación, sin que pueda servir como excusa que el denunciante los haya conocido del contenido de un libro, de la información aparecida en prensa o por cualquier otro medio, pues cualquier persona que tenga conocimiento de una supuesta infracción puede ponerla en conocimiento de quien tiene atribuida la potestad disciplinaria”. Se estima el recurso y se retrotraen las actuaciones “para que el Consejo General realice aquellas pruebas, de oficio o a propuesta de las partes, que estime pertinentes, y después, con absoluta libertad de criterio, resuelva lo que estime pertinente”.

Con relación a un caso distinto, pero basándose en idéntico criterio, la **STS de 12 de mayo de 2009**, Sección Octava (recurso de casación 212/2005).

Por su parte, la **STS de 12 de junio de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 425/2007), también reconoce la legitimación del denunciante y condena al CGPJ a actuar para comprobar si existe responsabilidad disciplinaria del juez denunciado. En el caso, don Javier denuncia ante el Magistrado Decano de A Coruña que un juzgado de primera instancia había vulnerado sus derechos lingüísticos por notificarle un auto en lengua castellana y no gallega y que había empleado ilegalmente el topónimo de la ciudad de A Coruña en el encabezamiento y sello de la cédula de notificación. El Magistrado Decano dictó resolución en la que, de un lado, dio instrucciones para que se le notificara a don Javier en gallego y, de otro, consideró que el uso incorrecto del topónimo de la ciudad fue un mero error ortográfico. Don Javier presentó escrito de denuncia contra la mencionada resolución porque, lejos de satisfacer su reclamación, justificó la actuación ilegal del juzgado de primera instancia. Aducía, asimismo, que el envío de una copia literal de tal resolución a los medios de comunicación

efectuada desde el fax de la oficina de Decanato de los Juzgados de A Coruña y desde la dirección electrónica del gabinete de prensa del TSJ de Galicia sin ocultar su identidad, había lesionado su derecho fundamental a la privacidad. El CGPJ decidió archivar la denuncia contra el Magistrado Decano por entender que “los hechos carecían de entidad disciplinaria”. Recurre don Javier la decisión de archivo del CGPJ alegando su falta de motivación y las razones antes mencionadas y solicitando que se declare su nulidad y se declare su derecho a que la denuncia sea debidamente analizada por el CGPJ, teniendo en consideración los derechos que se invocan y los hechos que en ella se citan, relacionados con el sujeto a quien se atribuyen. Al respecto, la Sala estima que el Juez Decano “cumplió con sus deberes ante la queja formulada”. No obstante, “concorre (...) un elemento de la denuncia sobre el que el Consejo ha omitido cualquier tipo de actuación e incluso de mera opinión (...), que constituye la argumentación central de la resolución impugnada”. Dicho elemento es el relativo a la lesión del derecho a la privacidad del recurrente por no ocultarse su identidad en la copia de la resolución del Juez Decano que se envió desde el propio TSJ de Galicia a los medios de comunicación:

“Sin pronunciarnos sobre la veracidad de este relato y tampoco sobre las consecuencias que, en su caso, pudiera originar, sí que consideramos preciso que el Consejo realice o bien las actuaciones que entienda necesarias para comprobar las circunstancias del caso o bien que haga explícitas las razones que haya tenido en cuenta para abstenerse de cualquier comentario sobre las mismas o bien las que estime adecuadas para explicar que carezcan de cualquier posibilidad de consecuencias disciplinarias, en fin, que actúe conforme a lo que estime legalmente oportuno, siempre que no sea [la] opción del silencio absoluto que ha mantenido sobre el particular.”

### **C) Su iniciación no tiene carácter infamante ni causa en sí misma perjuicio alguno**

Tres magistrados recurren en alzada contra el acuerdo de archivo de un procedimiento disciplinario iniciado contra ellos por la Comisión Disciplinaria del CGPJ con la pretensión de que se declare la indebida incoación del procedimiento y de que se borre a limine toda posible referencia a su iniciación “por su carácter infamante”. En el caso, los hechos traían causa de varias polémicas decisiones relativas a la composición de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, con notoria repercusión mediática. Frente al recurso de alzada, el CGPJ acuerda su inadmisión “por considerar que aquéllos no podrían recurrir un acuerdo [de archivo del procedimiento disciplinario por prescripción de la infracción] que les era favorable”. Una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de inadmisión del CGPJ, el Abogado del Estado alega la falta de legitimación de los tres recurrentes y, según la **STS de 10 de junio de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 618/2007), “en efecto así debemos declararlo, pues (...) la apertura de un expediente no tiene por qué tener un carácter infamante ni causar perjuicio alguno en sí mismo, puesto que no se trata sino de depurar la existencia de una posible responsabilidad. Sería en su caso la sanción que recayera (...) la que podría haber vulnerado los supuestos derechos fundamentales alegados por los recurrentes. De no entenderlo así, cualquier expediente que terminara con el archivo del mismo, por cualquier causa, daría lugar a una acción de reparación por parte de los interesados. Es evidente que estamos ante una carga para quien está sometido al expediente, pero una carga que todos los ciudadanos tienen que soportar, y especialmente los que ejercen una función pública (...). En conse-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

cuencia, archivado un expediente, incluso por entender en un momento determinado, a la luz de las pruebas practicadas, que no existía motivo para continuar el mismo, por prescripción, caducidad, o por cualquier otra causa, no existe acto sancionador, y por ello, el carácter revisor de esta jurisdicción, conduce a la desestimación del presente recurso, confirmando que el acuerdo impugnado, que declara inadmisibile el recurso interpuesto contra un acuerdo de archivo, por los sometidos al expediente disciplinario, es correcto y conforme a Derecho”.

### 8. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**A) Para apreciar la lesión del derecho fundamental a la prueba debe bastar con una argumentación razonable del recurrente sobre la posible influencia de la prueba omitida en la resolución sancionadora, con independencia de que, finalmente, sea o no decisiva**

– Jurisprudencia dominante en la materia

El TC siempre ha declarado que la lesión del derecho fundamental a la prueba (y de todos los demás del artículo 24.2 CE) requiere que el vicio probatorio existente haya producido una indefensión material sobre el sancionado y no meramente formal.

Sobre qué actuaciones irregulares de la Administración, en cuanto a la admisión y práctica de las pruebas, producen esa indefensión real y efectiva sólo lo serán las que afecten a una prueba “relevante”, “decisiva en términos de defensa” o “con potencial relevancia exculpatoria” que es, según la propia jurisprudencia, la que de haberse admitido y practicado a lo largo del procedimiento administrativo sancionador habría cambiado el sentido de la decisión y, con ello, originado una resolución absolutoria casi con total seguridad. Es una prueba decisiva para el acusado por su potencial efecto exculpatorio.

Así que el TC y siguiendo su doctrina, también el TS, han identificado la existencia de indefensión material con la exigencia de que la prueba omitida indebidamente sea decisiva. Sólo en ese caso, argumentan, se habrá vulnerado el derecho fundamental a la prueba (por todas, STC 82/2009, de 23 de marzo). Además, se hace recaer sobre el sancionado recurrente la carga de alegar y justificar ese carácter decisivo de la prueba omitida (por todas, STC 10/2009, de 12 de enero).

Esta jurisprudencia –plenamente consolidada, incluso, para el proceso penal– ha sido aplicada con un rigor excesivo, sobre todo, en lo que se refiere a los criterios para apreciar la existencia de pruebas esenciales y a la carga que pesa sobre el recurrente de probar en sentido estricto la relevancia exculpatoria de la prueba omitida (puede comprobarse en las SSTC 10/2009, de 12 de enero, y 66/2007, de 27 de marzo; STS de 7 de abril de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 4772; SSTC 185/2007, de 10 de septiembre; 9/2003, de 20 de enero; 316/2006, de 15 de noviembre, y STS de 4 de abril de 2005, Sala Militar, Ar. 3380).

Por ello, sería conveniente su moderación y, desde luego, no hacerla más gravosa de lo que ya es de por sí. Esto requeriría la no exigencia al recurrente de una demostración plena y absoluta de que la prueba omitida habría transformado, de haberse practicado, la resolución sancionadora en una absolutoria. Porque, si así fuera, el vicio no consistiría en el defecto probatorio sino en la disconformidad de la resolución sancionadora con los hechos y, como derivación, con el Derecho. De este modo, debería bastar con una argumentación razonable sobre la relevancia o influjo potencial de la prueba omitida en la resolución sancionadora con independencia de que, finalmente, sea o no decisiva. Y, en la misma dirección, hay que

entender, pese a los excesos de algunas sentencias, que la carga que recae sobre el sancionado recurrente debería limitarse a la de argumentar esa posible relevancia, sin necesidad de probarla de modo absoluto.

– Reciente superación de esa jurisprudencia tradicional

Esta tesis que proponemos acaba de ser asumida por la STS de 10 de diciembre de 2009, Sección Séptima (recurso de casación 970/2008), que anula una multa de dos millones de euros impuesta por el TDC a una empresa (SOS Cuétara, SA) por una práctica restrictiva de la libre competencia, consistente en haberse concertado con otras (Carrefour SA, Caprabo SA, Alcampo, SA, Mercadona SA, El Corte Inglés, SA, etc.) para fijar el precio mínimo de venta al público de las marcas Carbonell 0,4º y Koipesol. Esgrime la recurrente que en vía administrativa se le denegaron indebidamente varias pruebas pertinentes y posiblemente relevantes para desvirtuar la credibilidad de algunas de las pruebas de cargo utilizadas para fundamentar la imposición de la sanción, con lo que se ha lesionado su derecho fundamental a la prueba. Y está de acuerdo la sentencia que declara:

“como sostiene la recurrente si hubiera que demostrar que de haberse practicado la prueba se hubiese comprobado que no se cometió la infracción, o que el autor no es el sancionado, o que la infracción ha prescrito, o que hay una eximente, sería absurdo anular por el vicio de forma vulnerador del derecho a la prueba y no por el vicio de fondo. Por ello, esta Sala comparte el criterio de que debe bastar con una argumentación razonable sobre la posible influencia en la resolución sancionadora, y la carga que recae sobre el sancionado recurrente que alega este vicio es sólo la de argumentar esa influencia y no la de probarla en sentido estricto.

En consecuencia se considera por la Sala, que se ha vulnerado el derecho fundamental a la prueba reconociendo como sostiene el recurrente, su eficacia invalidante de las actuaciones administrativas lesivas del derecho a la prueba cuando, como en el presente caso, concurra una argumentación razonable y suficiente por el recurrente de la pertinencia de la prueba inadmitida y de su potencial relevancia, para modificar la resolución sancionadora”.

Sería muy recomendable que la solución de esta sentencia que, bien es verdad, sólo supone un primer paso del TS en la materia, se generalizase y se superase esa otra jurisprudencia dominante y radical que ha reducido la relevancia invalidante de los vicios probatorios en el procedimiento administrativo sancionador sólo a las pruebas omitidas que tengan un valor exculpante.

## 9. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

### **A) No motivar la imposición de sanción de expulsión a un extranjero en lugar de multa ni valorar sus alegaciones sobre la existencia de arraigo familiar vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**

Un extranjero sancionado con la expulsión de España alega que la sanción ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la defectuosa motivación de la expulsión frente a la

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

sanción alternativa de multa y la falta de valoración por la Administración del arraigo familiar alegado (tener compañera sentimental en España y un hijo en común), determinantes de la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada. Al respecto, la **STC 212/2009, de 26 de noviembre**, Sala Primera (recurso de amparo), repite la doctrina de la STC 140/2009 [vid. JA, núm. 45, crónica VII.13.A)] pero, para el caso enjuiciado, decide la procedencia de la sanción de expulsión, pues se valoraron las alegaciones del recurrente (sobre arraigo familiar que no fue acreditado y sobre solicitudes de permiso de residencia y de trabajo que fueron denegadas) y las restantes circunstancias concurrentes en el caso (su conducta antisocial, evidenciada por la múltiples detenciones por delitos graves), por lo que se deniega el amparo solicitado.

### B) Debe motivar la existencia de culpabilidad

Lo vuelve a declarar la **STS de 24 de abril de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 7032/2004), [vid., sobre esta jurisprudencia en materia tributaria, JA, núm. 44, crónica VII.9.B) y C), núm. 45, crónica VII.12.B) y núm. 46, crónica VII.11.C)], que anula la sanción impuesta a la entidad mercantil Banco Santander Central Hispano, SA, –por infracción consistente en no haber ingresado en plazo la totalidad de la deuda tributaria relativa al impuesto sobre sociedades del año 1986– porque la resolución no motivó su culpabilidad. En concreto, dice la sentencia que “ni en el acta ni en su informe ampliatorio ni en los fundamentos de derecho de la resolución [sancionadora] del TEAC impugnada existe prueba alguna de la culpabilidad de la entidad, ni siquiera un somero análisis de dicho requisito de la infracción tributaria (...). No se razona adecuadamente la existencia de culpabilidad respecto del ‘resto del expediente calificado de infracción tributaria’, al limitarse a señalar que el sujeto pasivo declaró una base imponible inexacta y aplicó indebidamente la deducción por inversiones en activos fijos nuevos, con el consiguiente perjuicio económico para la Hacienda Pública, y ‘todo ello no hubiera sido descubierto sin la correspondiente actuación inspectora, y sin que, por otra parte se observe la existencia de discrepancia razonable entre la sociedad ahora recurrente y la Administración debidas a una incorrecta interpretación, por parte de aquélla de la normativa aplicable a los hechos de que se trata’. Y ello es así porque el error no es la única causa posible de exclusión de culpabilidad, cuya concurrencia es preciso razonar y acreditar para que pueda calificarse la conducta de infracción tributaria (...). La resolución originaria debe contener los elementos valorativos de la conducta culposa, lo que no se ha hecho. Interesa poner de relieve que la naturaleza específica de las diversas conductas sancionadas (sobre cómputo de dotaciones para depreciación de divisa en el capital de las sucursales en el extranjero, dotación al fondo de fluctuación de valores, deducibilidad de los gastos de personal ...) exige una valoración culpabilística de cada una de ellas, lo que hace insuficiente una valoración culpabilística genérica, como es el caso”.

## 10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

### A) Prescripción de la sanción: *dies a quo* para el responsable subsidiario

La **STS de 14 de mayo de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 181/2003), aclara que, con relación al obligado o responsable principal “la prescripción del derecho de la Administración a exigir el pago de la deuda tributaria [en este caso, derivada de una sanción] comienza a correr desde el día en que finaliza el plazo (...) establecido para el pago volunta-

rio”. Sin embargo, en el caso del responsable subsidiario el *dies a quo* viene determinado por la declaración de fallido del deudor principal o el día de la notificación de la derivación de responsabilidad.

### **B) La petición de suspensión de una sanción tributaria impugnada en vía económico-administrativa interrumpe su prescripción**

Así lo entiende la STS de 3 de junio de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 7052/2003), al considerar que “desde (...) la petición de suspensión (...), y con independencia de la fecha que se resolvió la petición (en el caso, más de cuatro años desde que se dictó la sanción tributaria), la Administración no pudo proceder a la ejecución de la deuda”.

## **11. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA**

### **A) Reducción de la cuantía de la multa**

Banesto, SA fue sancionada por infracción en materia de defensa de la competencia, por realizar acuerdos sobre las condiciones de acceso a los medios de conexión necesarios para operar con tarjetas de crédito y débito, con multa de 300.000 euros. Dicha sanción era la misma impuesta a otras entidades de crédito, también coautoras de la misma infracción, que, sin embargo, contaban con una cuota de mercado muy superior. En consecuencia, la STS de 2 de junio de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 6191/2006), considera que “habiéndose demostrado que la entidad recurrente tiene una cuota de mercado inferior a la de las otras entidades financieras sancionadas con igual multa, es procedente, en aplicación del principio de proporcionalidad, rebajarla a la suma de 225.000 euros”.

### **B) Reducción de la duración de la sanción**

La STSJ de Canarias (Las Palmas) 419/2009, de 12 de junio, considera desproporcionado que se tenga en cuenta la gravedad del delito cometido por un miembro de un Colegio Profesional cuando la infracción consiste, precisamente, en haber sido condenado por delito doloso. En atención a ello, y “a la lejanía temporal de los hechos sancionados”, rebaja de ocho a un año la suspensión originalmente impuesta al recurrente por el Colegio Profesional.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

ANTONIO BUENO ARMIJO

MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar.** **2. Objeto de la expropiación.** A) Obtención por expropiación de un sector de suelo urbanizable en el que preexistían terrenos de dominio público que fueron tenidos en cuenta para calcular el aprovechamiento tipo del sector. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Especialidades del trámite de información pública en la expropiación de carreteras y consecuencias anulatorias de su omisión. **4. Determinación del justiprecio.** A) Cálculo del justiprecio en supuestos de expropiación ilegal en los que no es posible la restitución *in natura* a la luz del artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. **5. Garantías sustanciales.** A) Reversión de terrenos destinados a aeródromo militar que transforma su uso en civil.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se comenta en este número la jurisprudencia en materia expropiatoria correspondiente al trimestre comprendido entre el 15 de noviembre de 2009 y el 15 de febrero de 2010. Pese al considerable número de pronunciamientos evacuados en dicho período, es bastante escasa la jurisprudencia reseñable por su carácter novedoso o por su particular importancia. De hecho, en esta ocasión sólo siete pronunciamientos merecen nuestra atención, siendo algunos de ellos –además– de temática coincidente. Entre ellos, hay dos singularmente relevantes: el primero –que es también el primero que se comenta–, relativo a la obtención de terrenos por expropiación en el marco de la ejecución de un sector de suelo urbanizable en el que preexisten bienes demaniales que fueron tenidos en cuenta a la hora de calcular el aprovechamiento tipo, por lo que la Administración titular de dichos bienes reclama el aprovechamiento urbanístico que corresponde a ellos. El segundo, especialmente importante, sobre el cálculo de la “satisfacción equitativa” del artículo 41 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en supuestos de expropiación ilegal en los que no es posible la restitución *in natura*, que cambia la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos venía haciendo en estos supuestos con objeto de ajustar la indemnización a las particularidades de cada caso.

## 2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

### A) Obtención por expropiación de un sector de suelo urbanizable en el que preexistían terrenos de dominio público que fueron tenidos en cuenta para calcular el aprovechamiento tipo del sector

La STS de 29 de enero de 2010 (recurso 481/2006) resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de diciembre de 2005 sobre un Plan Parcial del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. La reclamación de ADIF, desestimada por la instancia, proviene de su condición de titular de unos terrenos que entraron dentro del sector afectado por el Plan Parcial; terrenos que fueron originariamente adquiridos por expropiación por RENFE (antes de la división de este organismo en dos: RENFE operadora y ADIF) para destinarlos al dominio público ferroviario. Según la reclamante, dichos terrenos fueron tenidos en cuenta por el Plan Parcial y por el propio PGOU para calcular el aprovechamiento tipo del área de reparto que se constituyó en el sector comprendido por el mencionado Plan Parcial, aunque se le negó a ADIF la posibilidad de apropiarse de ningún aprovechamiento urbanístico sobre los terrenos, justamente por estar afectados al dominio público. Como consecuencia de ello, y a juicio de la reclamante, se produjo un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento de Vitoria, ya que al haberse fijado como sistema de ejecución el de expropiación, percibirá el aprovechamiento urbanístico generado por los terrenos de ADIF, perjudicándose, por otra parte, a los demás propietarios del área de reparto, porque de no haberse computado esos terrenos en el cálculo del aprovechamiento tipo, éste habría sido superior.

La sentencia del TSJ del País Vasco que resolvió en instancia desestimó íntegramente el recurso, reproduciendo literalmente la argumentación sostenida por la misma Sala en una sentencia anterior de 11 de marzo de 2003 que rechazó una pretensión similar formulada por RENFE sobre otro Plan Parcial. Merece la pena transcribir en lo esencial la argumentación del Tribunal a quo en aquel caso:

“(…) La queja esencial de RENFE se funda en que no se le atribuyen aprovechamientos lucrativos al dominio público afecto a la línea de ferrocarril Madrid-Irún a su paso por el Sector, lo que considera lesivo del principio de equidistribución de beneficios y cargas por la razón de que dicha superficie de su propiedad sí ha sido tomada en consideración por el PGOU de Vitoria-Gasteiz para determinar el Aprovechamiento Tipo del Área de Reparto.

Lo cierto es que la queja carece de justificación, desde el momento en que dichos suelos de dominio público de su titularidad (artículos 12 y 13 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario), se hallaban con anterioridad a la aprobación de la revisión del PGOU de Vitoria-Gasteiz por acuerdo de 22 de diciembre de 2000, afectos al servicio público ferroviario (artículo 150.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres), que constituye un sistema general ferroviario de interés supra-municipal (artículo 10 Ley 39/2003), en relación con el cual el planeamiento general de Vitoria carece de determinaciones de ordenación (...).

Se trata de un suelo de dominio público afecto al servicio público ferroviario, implantado en su día en un ámbito eminentemente rural, y que como consecuencia del desarrollo y

## VIII. Expropiación Forzosa

expansión de la ciudad, discurre por distintos sectores de suelo urbanizable, sin que en modo alguno pueda por ello alegarse que se incorpora a su gestión urbanística. Nada más lejos de la realidad (...), están y estarán adscritos al servicio público ferroviario, limitándose el planeamiento (...) a reservar el canal necesario para su correcto funcionamiento, de la misma manera que ocurre con otros sistemas generales supramunicipales (...). Por tanto carece por completo de justificación la queja de RENFE relativa a la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas, por la razón de que los terrenos de su titularidad no se incorporan a la gestión urbanística de los ámbitos de suelo urbanizable (...).

Alega de otro lado RENFE que la lesión del principio de equidistribución vendría originada por el hecho de que el suelo de dominio público de su titularidad sí fue computado a la hora de determinar el Aprovechamiento Tipo (...). Si bien es cierto que en la actualidad cabe la adscripción de sistemas generales a ámbitos de suelo urbanizable para su gestión, es claro que ello se refiere exclusivamente a los sistemas generales de interés municipal, esto es, aquellos que sirven al conjunto del municipio y han de ser obtenidos por el presupuesto municipal, pero es manifiesto que los sistemas generales de interés supramunicipal que se imponen al planificador y que sirven intereses supramunicipales, ni han de ser obtenidos por el municipio, ni cabe su adscripción a ámbitos concretos para su obtención, ya que no sirven específicamente a los intereses locales sino a los intereses generales supramunicipales, y como consecuencia de ello sus suelos no pueden hallarse vinculados a la gestión urbanística del ámbito en que por razones del desarrollo urbanístico queden enclavados, o por el que discurran.

Sentado lo que antecede, hemos de concluir que aun cuando, efectivamente, en el cálculo del aprovechamiento tipo del área de reparto del suelo urbanizable (...) se hubiera incluido la superficie de dominio público de RENFE, es lo cierto que con ello se habrá reducido el aprovechamiento patrimonializable de los propietarios del Sector, pero ello en nada perjudica a RENFE en relación con el dominio público ferroviario de su titularidad en el ámbito. En este punto, conviene tener presente que la recurrente articula una doble pretensión incompatible entre sí. La primera, que se le reconozca derecho a obtener el aprovechamiento urbanístico correspondiente a los terrenos de dominio público ferroviario, debe, por los argumentos que hemos expuesto, ser desestimada. La segunda, que se declare la disconformidad a derecho de las disposiciones del PGOU que fijan el aprovechamiento homogeneizado en el total del suelo urbanizable, y en las que fijan el aprovechamiento tipo del Sector, pretensión que también debe ser desestimada. Y ello porque no resulta posible sostener, simultáneamente, dos pretensiones cuya prosperabilidad se asienta en presupuestos fácticos contrarios. Sólo sería posible reconocer el aprovechamiento urbanístico que se pretende, partiendo de que los terrenos están incluidos en el área de reparto, y en el sector; y sólo resulta viable la segunda pretensión partiendo de que resulta improcedente esta inclusión, y que por tanto deben ser excluidos (...).

Alega finalmente RENFE que es el Ayuntamiento quien se apropia del exceso de aprovechamiento al preverse la expropiación como sistema de actuación. Nada de eso ocurre, sino al contrario, toda vez que el Ayuntamiento habrá de expropiar los suelos afectos a la gestión del ámbito, pero a la hora de edificar no podrá apropiarse sino de los aprovechamientos resultantes de aplicar el aprovechamiento tipo a la superficie computable, y siendo éste menor, será el propio Ayuntamiento a través de la sociedad pública de gestión quien

soporte las consecuencias de la indebida inclusión del suelo de dominio público de RENFE en el divisor de la fórmula de cálculo del aprovechamiento tipo, precisando en su caso las necesarias transferencias de aprovechamiento”.

El recurso de casación interpuesto por ADIF argumenta la vulneración del principio de reparto equitativo de beneficios y cargas entre los propietarios afectados, puesto que al incluir terrenos de dominio público ferroviario en la unidad de ejecución y no otorgársele a su titular los correspondientes aprovechamientos, éstos irán a parar necesariamente al patrimonio de otros propietarios de la unidad de ejecución. En concreto, y dado el sistema de ejecución urbanística por expropiación acordado para ejecutarla, al patrimonio del beneficiario de ésta. Este argumento se soporta en la idea de que cuando en un sector o en una unidad de ejecución existen bienes de dominio público no obtenidos por cesión gratuita sino por alguna modalidad onerosa (como es la expropiación forzosa), el aprovechamiento urbanístico que corresponda a su superficie ha de reconocerse a favor de la Administración titular de dichos bienes, que es un principio reconocido ampliamente por la legislación urbanística autonómica y que recoge una previsión ya existente en el Reglamento de Gestión Urbanística (artículos 47 y 163.2), por la cual los bienes de dominio público obtenidos a título oneroso e incluidos en una actuación sistemática de ejecución del planeamiento generan aprovechamiento urbanístico patrimonializable por la Administración a la que pertenezcan, aun en el caso de que sea otra distinta de la municipal y aunque el planeamiento mantenga la afección demanial de los terrenos. Más aún en los casos en los que la superficie de dichos terrenos ha sido computada en el cálculo del aprovechamiento tipo del área de reparto.

Haciéndose eco de este principio, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación formulado por ADIF, recordando además que el argumento que acaba de exponerse ya ha sido asumido recientemente por el propio Tribunal (SSTS de 3 de junio y de 14 de diciembre de 2009; que rectifican en este sentido lo señalado por la propia Sala en su STS de 28 de noviembre de 2006), de modo que

“cuando los bienes de dominio público preexistentes en un polígono o unidad de ejecución objeto de equidistribución hubiesen sido obtenidos a título oneroso (*ad. ex.*, expropiación) el aprovechamiento urbanístico atribuido a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquéllos, mientras que si se hubieren adquirido gratuitamente, se entenderán sustituidos por los resultantes de la ejecución del plan, no entrando en el reparto del aprovechamiento urbanístico. Y ello al margen de que la Administración titular del bien de dominio público sea o no municipal, de que su adquisición por aquélla no obedeciese a causas urbanísticas y de que se mantuviese su anterior destino y afección demanial por exigirlo así un instrumento de ordenación del territorio o una determinación supramunicipal vinculante sobre el plan urbanístico”.

Ha de señalarse, por lo demás, que dicho criterio se halla actualmente positivizado en el artículo 190 bis de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas –introducido por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo–, que dispone que

## VIII. Expropiación Forzosa

“Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.”

### 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

#### A) Especialidades del trámite de información pública en la expropiación de carreteras y consecuencias anulatorias de su omisión

La STS de 18 de diciembre de 2009 (recurso 4238/2006), resuelve el recurso de casación deducido contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anuló un procedimiento expropiatorio por omisión del trámite de información pública, causante –a juicio del Tribunal de instancia– de indefensión al impedir al expropiado articular alegaciones frente a la concreta necesidad de ocupación.

Al incoar el expediente expropiatorio siguiendo el procedimiento de urgencia, la Demarcación de Carreteras del Estado actuante acordó el levantamiento de las actas previas a la ocupación indicando que la aprobación del proyecto de trazado implicaba la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, y que la publicación de la convocatoria en el BOE se realizaba a los efectos de información pública de los artículos 17.2, 18 y 19 LEF para que cualquier persona afectada pudiera formular “alegaciones fundadas, a los solos efectos de subsanar posibles errores u omisiones que puedan figurar en la relación y en los planos parcelarios de los bienes y derechos afectados por la urgente ocupación”. Seguidamente aparecía una relación de bienes y titulares. Posteriormente, en el levantamiento del acta previa a la ocupación, quien devino demandante alegó que no se había sometido a información pública ni el proyecto de trazado ni la relación de bienes y derechos.

Conforme al artículo 7.1 de la Ley 25/1988, de Carreteras, y al artículo 22.1.c) de su Reglamento, en las expropiaciones que traen causa en la construcción de carreteras, ha de figurar un “estudio informativo” que defina en líneas generales el trazado de la carretera y sirva de base al expediente de información pública que se incoe en su caso. Junto a dicho estudio, los artículos 7.1.f) de la Ley y 22.1.f) del Reglamento se refieren a un “proyecto de trazado”, pieza integrante del “proyecto de construcción”, que contiene sus aspectos geométricos y la definición concreta de los bienes y derechos afectados; añadiendo el artículo 28.1.b) del Reglamento que entre los contenidos de ese “proyecto de trazado” figurarán los documentos necesarios para promover las autorizaciones administrativas previas a la ejecución de las obras y la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados, con la descripción material de éstos en un plano parcelario. Queda clara, por tanto, la diferente finalidad que cumplen el “estudio informativo” y el “proyecto de trazado”: el primero define simplemente y en líneas generales el trazado de la carretera, mientras que no es sino con el segundo cuando se individualizan y concretan los bienes y derechos afectados, lo que es absolutamente imprescindible habida cuenta que, según dispone el artículo 8.1 de la Ley de Carreteras, “La aprobación de los proyectos de carreteras estatales implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación de los bienes y adquisición de derechos correspondientes, a los fines de expropiación, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres”.

A la luz de esta normativa, el Tribunal *a quo* resuelve sobre la conformidad o no a Derecho del trámite de información pública del proyecto de trazado recurrido. Para responder esta cuestión, la Sala diferencia los presupuestos que contempla la normativa de carreteras (artículos 32 y siguientes del Reglamento) para someter a información pública los “estudios informativos” y, en su caso, “los proyectos de trazado”. Por un lado, el artículo 34.3 del Reglamento señala que “en el caso en que, siendo necesario un estudio informativo, las circunstancias concurrentes aconsejen que su función se asuma por un anteproyecto, proyecto de trazado o de construcción, éste se someterá a información pública en la misma forma y con el mismo régimen jurídico que si de un estudio informativo se tratara”. Por otro lado, el objeto de la información pública de los estudios informativos es limitado, ya que “Las observaciones en este trámite deberán versar sobre las circunstancias que justifiquen la declaración de interés general de la carretera y sobre la concepción global de su trazado” (artículo 10.4). Llegado a este punto hay que determinar si existe o no obligación de someter a información pública el “proyecto de trazado” que –como ha quedado dicho– es el único documento que contiene la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados por el proyecto expropiatorio urgente. Sobre el particular, la Sala de instancia resuelve que la respuesta se encuentra en el artículo 56 del REF, según el cual, “1. El acuerdo en que se declare la urgente ocupación de bienes afectados por una expropiación, deberá estar debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican el excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley y conteniendo referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta o al proyecto de obras en que se determina, así como al resultado de la información pública en la que por imposición legal o, en su defecto, por plazo de quince días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se trate. 2. En estos casos no será procedente recurso alguno, pero los interesados, una vez publicada la relación y hasta el momento del levantamiento del acta previa, podrán formular por escrito ante el Organismo expropiante, alegaciones a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación”.

A la luz de este precepto, la Sala de instancia considera que aunque en el caso examinado la información pública del proyecto de trazado no era necesaria por imposición legal derivada de la Ley de Carreteras, tampoco podía omitirse el trámite por el período de 15 días prescrito en el REF; sin que tal omisión pueda ser sustituida por la información pública de los estudios informativos ni por la ofrecida en la resolución de convocatoria al levantamiento de actas previas, que contaba con una limitación de alegaciones importante (subsanar posibles errores en la relación de bienes y derechos afectados), que en modo alguno permitió al demandante oponerse a la concreta necesidad de ocupación de su parcela o a la extensión de la superficie afectada. En consecuencia, estimando esencial dicho trámite de información pública y habiendo sido omitido, el Tribunal *a quo* anula la expropiación acordada por indefensión material del recurrente.

Éste es el planteamiento que asume el Tribunal Supremo al resolver este recurso de casación, al igual que poco antes había hecho en su STS de 10 de noviembre de 2009 (recurso 1754/2006), por considerar en ambos casos que

“El trámite de información pública sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria, es verdad que no está expresamente previsto para el procedimiento de urgencia en el artículo 52 LEF. No obstante, en vía de desarrollo reglamentario, el artículo 56

## VIII. Expropiación Forzosa

del REF, tras decir que el acuerdo de ocupación urgente debe hacer referencia a los bienes a ocupar, establece que debe recoger asimismo ‘el resultado de la información pública en la que por imposición legal o, en su defecto, por plazo de quince días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se trate’. Además, esta Sala tiene declarado, en todo caso, que el mencionado trámite de información pública es preceptivo también en el procedimiento de urgencia (...). La razón es que sólo mediante ese trámite específico pueden los afectados hacerse oír sobre la proyectada expropiación de sus fincas. Esto no ocurre, en contra de lo que afirman el Abogado del Estado y la beneficiaria, en los trámites regulados en los artículos 7 y 10.4 de la Ley de Carreteras, que se refieren a las características generales de la carretera proyectada, no a las concretas fincas que se deberán expropiar para su construcción; es decir, esos trámites versan sobre la oportunidad de la obra que justifica la expropiación, no sobre bienes determinados. De aquí que los afectados no puedan por esos trámites defender sus intereses de la misma manera que pueden hacerlo mediante el trámite de información pública del artículo 18 LEF, que sí versa sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria. Y algo parecido puede decirse del trámite previsto en el artículo 19.2 LEF: permite sólo la corrección de errores del proyecto de obras que lleva aparejada la declaración de necesidad de ocupación, pero no permite alegar nada con respecto a la necesidad de ocupación misma. De aquí que tampoco pueda suplir al trámite del artículo 18 LEF.”

### 4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

#### A) Cálculo del justiprecio en supuestos de expropiación ilegal en los que no es posible la restitución *in natura* a la luz del artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

De la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recaída en el período considerado en esta crónica destaca sobremedida la STEDH, Gran Sala, de 22 de diciembre de 2009 en el asunto “Guiso-Gallisay contra Italia”, que resuelve la demanda interpuesta por los propietarios de unos terrenos ocupados por la Administración en Italia que alegaron una violación del artículo 1º del Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) pidiendo una indemnización de acuerdo con su artículo 41. Se recordará que este último precepto reconoce la posibilidad de que, declarada la violación de algún derecho reconocido en el Convenio o en sus Protocolos adicionales, el TEDH pueda fijar “una satisfacción equitativa” si el Derecho del Estado infractor “sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación”.

En el trasfondo del asunto está la aplicación del Derecho italiano en materia de expropiaciones urgentes. Más concretamente la posibilidad reconocida en una Ley italiana de 1971 de ocupar los terrenos por la vía de urgencia y construir las obras públicas a las que están destinados con anterioridad a la expropiación formal de éstos, cosa que será posible siempre que medie una declaración de utilidad pública y la aprobación del proyecto de obras. La citada Ley preveía que esta posibilidad de ocupación y ejecución anticipada de las obras se mantuviese durante cinco años a partir de la declaración de utilidad pública. Antes de la finalización de este plazo, la Administración tendría que adoptar formalmente un Decreto de expropiación de los terrenos y determinar y abonar su justiprecio.

En aplicación de esta singular previsión anticipatoria, llamada de “expropiación indirecta”, muchos Ayuntamientos procedieron durante los años setenta a la ocupación urgente de terre-

nos sin que en el plazo previsto se aprobaran los Decretos expropiatorios. Consecuentemente, los Tribunales italianos conocieron a partir de entonces de muchos casos en los que los propietarios habían perdido *de facto* la disponibilidad de sus terrenos y sufrido la ejecución de obras públicas sobre ellos sin las garantías expropiatorias oportunas (aunque fueran posteriores a la ocupación). Inicialmente, la doctrina jurisprudencial sobre el particular fue bastante contradictoria y polémica, pues no había acuerdo en torno a si esas ocupaciones anticipadas suponían o no la pérdida de la propiedad sobre los terrenos, lo que tiene gran importancia para saber —entre otras cosas— si se ha producido la “privación” a efectos expropiatorios o se trata de una simple “desposesión” sin pérdida del derecho de propiedad; así como para determinar —en otro orden de cosas— el momento al que referir el cálculo de la indemnización, ya fuera la ocupación u otro posterior. Pronunciándose sobre todas estas cuestiones, la tesis que impuso la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 16 de febrero de 1983 fue la de afirmar los efectos privativos de la propiedad que producían estas ocupaciones, que por tanto se hacían con efectos adquisitivos, pudiendo hablar en estos casos de una expropiación indirecta; o, más propiamente aun, de una “acesión invertida”, pues el fundamento del citado fallo constitucional es que cuando la obra se ha construido y no se instruye debidamente la expropiación la Administración acaba beneficiándose del hecho consumado de la obra realizada y de la consiguiente imposibilidad de reversión o restitución *in natura*.

El Derecho italiano también ha debatido cuál deba ser el montante de la indemnización en estos casos. La tesis de la reparación integral del daño mantenida por la jurisprudencia encontró una respuesta contraria en el legislador, que por vía de la legislación presupuestaria quiso limitar el justiprecio en estos casos a la misma cantidad que resultaría de una expropiación ordinaria (Ley de Presupuestos de 1992), admitiendo posteriormente que en estos casos la ilegalidad de la ocupación merecería algún género de compensación al alza, que la Ley de Presupuestos de 1996 cifró en un 10% (recuérdese que nuestro Tribunal Supremo reconoce un 25% de incremento sobre el justiprecio en casos de ocupación ilegal en vía de hecho cuando no cabe retrocesión *in natura*, supuesto en buena medida asimilable a éste de las expropiaciones indirectas). Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano resolvió por Sentencia de 30 de abril de 1999 que las medidas legales tendentes a limitar la indemnización en estos casos eran inconstitucionales, reafirmando el criterio de la reparación integral del daño en supuestos de “expropiación indirecta”.

Poco después, y a la luz de dos asuntos resueltos el 30 de mayo de 2000 por el TEDH en materia de expropiación indirecta (*Belvedere Alberghiera contra Italia*, y *Carbonara y Ventura contra Italia*), el Tribunal de Casación italiano afirmó la compatibilidad de las expropiaciones indirectas con el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH, y —lo que es más importante— matizó la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional al sostener que en los casos en los que la indemnización acordada es inferior al perjuicio real sufrido por el interesado pero superior al valor de los terrenos ocupados no se rompe el “justo equilibrio” entre las exigencias del interés general y el derecho de los particulares. Por su parte, y en apoyo de esta interpretación, el pleno del Consejo de Estado italiano negó que la imposibilidad de reversión *in natura* en estos casos hiciera surgir *eo ipso* un derecho a la reparación integral de los perjuicios sufridos. Este criterio es el que finalmente ha orientado a la más reciente jurisprudencia constitucional (Sentencias núms. 348 y 349 de 22 de octubre de 2007) y a la propia legislación italiana (Ley de Finanzas de 24 de diciembre de 2007), que sin llegar al maximalismo de reconocer un derecho a la reparación íntegra de todos los daños y perjuicios sufridos por la “expropia-

## VIII. Expropiación Forzosa

ción indirecta” –patrimoniales y morales–, reconoce el derecho a recibir en estos casos una indemnización equivalente al valor venal de los bienes (lo ocupado y lo construido), sin que quepa su reducción.

Los antecedentes de hecho examinados por la Gran Sala del TEDH en el caso que aquí se comenta afectan a unas tierras que los demandantes poseían en Cerdeña y que habían sido ocupadas por la Administración en 1977 por el procedimiento de urgencia previsto en la comentada Ley de 1971. Ejecutadas las obras a las que se destinaban los terrenos y pasados cinco años sin que se produjera la expropiación formal ni la determinación de la indemnización correspondiente, los demandantes entablaron un proceso interno pidiendo daños y perjuicios por la ocupación ilegal de sus tierras y, posteriormente, acudieron al TEDH alegando que dicha ocupación infringía su derecho al disfrute pacífico de sus posesiones garantizadas por el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1. Por Sentencia de 8 de diciembre de 2005, el TEDH declaró la existencia de violación, pero no se pronunció sobre la “satisfacción equitativa” a la luz del artículo 41 del Convenio. Esta cuestión fue posteriormente resuelta por una importante Sentencia de 21 de octubre 2008, en la que el TEDH revisó su jurisprudencia sobre el citado artículo 41 en supuestos de “expropiación indirecta”.

Inspirado por su jurisprudencia en materia de usurpación de la propiedad en vía de hecho (que justifica la reparación integral de todos los daños sufridos –*restitutio in integrum*–; por todas, *Papamichalopoulos contra Grecia*, de 24 de junio de 1993), el criterio adoptado hasta entonces por el Tribunal en supuestos de expropiación indirecta (por todas, sentencia *Scordino contra Italia*, de 29 de marzo de 2006) era compensar las pérdidas patrimoniales no cubiertas por el valor de mercado de los bienes y por haber dejado de disfrutar la posesión de éstos, igualando automáticamente dichas pérdidas patrimoniales al valor bruto de las obras ejecutadas en el terreno por la Administración expropiante, a lo que habría que sumar el valor actualizado de los terrenos. Esto es, ante la imposibilidad de devolver los terrenos, el Tribunal optaba por satisfacer la pérdida patrimonial mediante una reparación *in integrum* en razón del valor actualizado del suelo expropiado más el valor de lo construido sobre él tras la ocupación. Frente a ello, la citada STEDH de 21 de octubre 2008 estimó que este método indemnizatorio podría representar desigualdades de trato entre los demandantes dada la diversa naturaleza (y, por tanto, valoración) de la obra pública ejecutada en cada caso sobre los terrenos ocupados. Por ello, para evaluar el perjuicio efectivo sufrido por los expropiados, el Tribunal estimó que era preciso tomar en consideración dicha circunstancia unida a la fecha en la que los interesados tenían la certeza jurídica de haber perdido el derecho de propiedad de sus terrenos, que representaría el *dies a quo* al que referir la indemnización, reevaluando ésta (actualizándola con los intereses) en función de la fecha en la que el caso se resuelva por el TEDH. Del montante así obtenido se deduciría la suma ya abonada a los demandantes por las autoridades nacionales, sin perjuicio de lo que también pudiera corresponderles por daños morales y los gastos procesales. Con este nuevo método, la “satisfacción equitativa” del artículo 41 del CEDH se hace depender de un doble dato: del valor –siempre distinto– de lo ejecutado y del momento en que se produce la pérdida patrimonial. El nuevo método responde, en el fondo, al ánimo de abandonar el sentido punitivo de la indemnización por una orientación preponderantemente compensatoria de ella que, además, acerca más el resultado indemnizatorio al vigente Derecho italiano, con lo que se reconoce implícitamente que las “expropiaciones indirectas” no son un supuesto equivalente a la usurpación en vía de hecho de los bienes (*Papamichalopoulos contra Grecia*, antes citada).

A la vista de este cambio de criterio, el caso fue remitido a la Gran Sala a petición de los solicitantes, que acudieron a esta posibilidad excepcional que prevé el CEDH a fin de sentar un criterio definitivo en casos en que las Salas en que se componen el TEDH dicten sentencias que se aparten del criterio precedente o del establecido por otras Salas en casos similares.

La Sentencia de la Gran Sala de 22 de diciembre de 2009 confirma el apartamiento de los precedentes establecidos anteriormente en relación con la aplicación del artículo 41 en caso de expropiación y hace hincapié en que los nuevos principios de valoración puedan ser aplicados por los Tribunales nacionales en casos pendientes ante ellos y los que se presentarán en el futuro, por lo que puede considerarse plenamente asentado el criterio sentado por el TEDH en su Sentencia de 21 de octubre de 2008, dado el carácter definitivo que el Convenio otorga a estas sentencias dictadas (permítasenos el símil casacional) “para la unificación de la doctrina”.

## 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

### A) Reversión de terrenos destinados a aeródromo militar que transforma su uso en civil

La STS de 2 de febrero de 2010 (recurso 5435/2005), resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña, de 23 de junio de 2005, que desestimó la pretensión reversional de los antiguos propietarios de los terrenos expropiados en 1941 para la construcción del aeródromo militar. El origen del ejercicio del derecho reversional por los antiguos propietarios radica en la transformación del uso de dicho aeródromo en aeropuerto civil.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dio por probado que el antiguo aeródromo había ido poco a poco perdiendo su uso militar y adquiriendo paralelamente un uso civil. Ello culminó en un acuerdo entre el Ministerio de Defensa y el ente Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) de 28 de julio de 1998, en virtud del cual dicho aeródromo quedó exclusivamente destinado a la aviación civil. Poco después los recurrentes solicitaron la reversión por desaparición de la afectación, que fue denegada por resolución del Delegado del Gobierno en Cataluña de 6 de septiembre de 1999. Disconformes con ello, los recurrentes acudieron a la vía jurisdiccional, que denegó asimismo el derecho a la reversión por considerar que el cambio de uso del citado aeródromo no es esencial, por lo que no puede hablarse de desaparición de la afectación en el sentido del artículo 54 LEF.

Importa señalar que tanto la solicitud de reversión como su denegación se produjeron poco antes de la aprobación de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, que dio una nueva redacción al artículo 54 LEF en la que desaparece el derecho a la reversión cuando la afectación al fin que justificó la expropiación se prolonga durante al menos diez años. No obstante, a la vista de la disposición transitoria segunda de la citada Ley, en el presente caso no rige dicho tope temporal.

Al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo destaca la similitud que guarda este caso con los resueltos por el propio Tribunal relativos a la pérdida del uso militar del aeródromo de Logroño (STS de 25 de enero de 2005) y de Jerez (STS de 14 de marzo de 2006), en las que el Tribunal sostuvo que el cambio del uso militar al civil suponía una desaparición

## VIII. Expropiación Forzosa

del fin que en su día había justificado la expropiación (atender a las necesidades de la defensa nacional), por lo que acabó reconociendo en ambos casos el derecho a la reversión. Por la misma razón que ahora estima también este recurso.

No obstante, a diferencia de los casos citados, hay en éste una cuestión diferente que, aunque no desvía del mismo resultado estimatorio al recurso, se presenta en el razonamiento como un argumento a despejar: a diferencia de los casos citados, aquí no se había producido la desafectación expresa del aeródromo militar para su ulterior afectación en civil (que en aquellos otros casos evidenciaba la causa reversional de la desaparición del fin que justificó la expropiación). En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo afirma que

“esta diferencia no es relevante para separarse de los mencionados precedentes. Conviene deshacer posibles equívocos en esta materia. Cuando el artículo 54 LEF se refiere a la desaparición de la afectación como supuesto que da derecho a la reversión, la palabra ‘afectación’ significa simplemente destinación al fin que justificó en su día la expropiación. Nada más: no significa necesariamente afectación a un uso o servicio público, que comporte el carácter demanial del bien. Naturalmente, el bien expropiado ha podido pasar a formar parte del dominio público; pero esto en nada altera la aplicabilidad del artículo 54 LEF. El derecho de reversión no cede ante el hecho de que, por su nueva destinación, el bien expropiado esté afectado a un uso o servicio público; y ello porque, en rigor, siempre cabe la desafectación del dominio público, a fin de permitir que el antiguo propietario vea satisfecho su derecho de reversión. Lo decisivo en materia de derecho de reversión, en suma, es que ya no se cumpla el fin que justificó la expropiación, independientemente de la nueva destinación que se dé al bien expropiado. Por ello, es irrelevante que en el presente caso no se acordara la desafectación”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. Ruptura del nexo causal por mala fe en la actuación de la víctima. 3. Daño indemnizable. Cambio en la clasificación del suelo: se limita a los gastos efectivamente realizados. 4. Acción y procedimiento. Principio de solidaridad cuando la Administración concurre en la producción del daño con un tercero con igual cuota de responsabilidad. 5. Responsabilidad del legislador. Ley autonómica que establece una desclasificación de suelos, sin vulnerar el derecho de propiedad ni los principios de confianza legítima y buena fe. 6. Responsabilidad del poder judicial. Prisión preventiva: diferencia entre inexistencia subjetiva y falta de prueba suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En la presente crónica se da cuenta de una serie de pronunciamientos que hacen aflorar algunos de los temas más controvertidos en materia de responsabilidad: si la propia actuación de mala fe de la “víctima” puede romper el nexo causal; hasta dónde llega el daño indemnizable en los casos de cambio de clasificación del suelo; en qué proporción responde la Administración cuando concurre con un tercero en la producción de un daño, o dónde se sitúa la distinción, siempre sutil, entre inexistencia subjetiva y absolución por falta de prueba suficiente cuando el daño consiste en el padecimiento de prisión provisional seguida de absolución.

**2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR MALA FE EN LA ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA**

La STS de 27 de mayo de 2009, Ar. 6391, enjuicia la pretensión indemnizatoria de una empresa que se presenta a un concurso restringido para la adjudicación de una concesión, al que se la invita junto a otra empresa y del que resulta adjudicataria. Posteriormente se declara la nulidad de la adjudicación, al detectarse toda una serie de irregularidades: la empresa adjudicataria no había acompañado a su solicitud el preceptivo proyecto básico acompañado de memoria y presupuesto ni el estudio económico financiero previstos en el artículo 42 de la Ley de Costas. Además, la convocatoria de un concurso restringido no tenía sustento alguno

en la normativa legal y reglamentaria en materia de costas. La propia empresa competidora a la que se llamó al concurso rechazó participar y lo impugnó en vía jurisdiccional antes de que se adjudicara la concesión a la reclamante.

Interpuesta reclamación indemnizatoria por la empresa adjudicataria, el tribunal de instancia desestimó la reclamación al entender que actuó con manifiesta ausencia de buena fe, valiéndose deliberadamente del funcionamiento anormal de la Administración para lograr la concesión administrativa. El Tribunal Supremo ratifica esta argumentación.

### **3. DAÑO INDEMNIZABLE. CAMBIO EN LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO: SE LIMITA A LOS GASTOS EFECTIVAMENTE REALIZADOS**

La STS de 3 de abril de 2009, Ar. 4717, analiza el caso de unos terrenos clasificados como suelo urbanizable en las Normas Subsidiarias, sobre los que se produce la aprobación inicial y provisional de plan parcial, pero no la definitiva, y que posteriormente son clasificados como no urbanizables. Posteriormente, por Decreto autonómico se aprueba un PORN que incluye los terrenos en un Área de Protección Ecológica y, más tarde, otro Decreto los declara incluidos en un Parque Natural.

El tribunal de instancia reconoce el derecho a la indemnización limitado a los daños y perjuicios causados como consecuencia de la desclasificación acordada en el PGOU, si bien referidos a los gastos generados por la confección y tramitación del Plan Parcial.

El Tribunal Supremo considera que la protección está suficientemente razonada en argumentos técnicos y no es, pues, arbitraria ni desproporcionada. Tampoco vulnera el derecho de propiedad, dado que cuando el reclamante adquirió los terrenos ya tenían la clasificación de no urbanizables y tampoco se acreditan otros usos diferentes al edificatorio.

Se lleva a cabo una valiosa recapitulación de la doctrina jurisprudencial sobre el contenido del derecho de propiedad, las limitaciones de que puede ser objeto y los supuestos en que procede la indemnización, que, por su valor, reproducimos en su integridad:

“Tal configuración constitucional derivaba y se concretaba, antes, en el artículo 2.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, y, hoy, en el 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, según el cual: ‘La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste’, y añadiendo, en el inciso final que: ‘Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes’.

Ello, como es de sobra conocido, no implica que no proceda el reconocimiento de la responsabilidad cuando concurren ciertos presupuestos, que, en síntesis, podemos concretar en los dos siguientes:

a) Cuando, de conformidad con el desarrollo del proceso urbanístico, se hayan llegado auténticamente a patrimonializar las facultades susceptibles de integrarse en cada estadio de ese derecho, y,

## IX. Responsabilidad Administrativa

b) Cuando, habiéndose cumplido en tiempo todos sus deberes, la Administración lleve a cabo alguna actuación contraria a Derecho que ocasione un daño antijurídico al propietario.

Así lo viene reiterando nuestra más clásica jurisprudencia. En la STS de 12 de mayo de 1987 señalamos que:

‘El punto de partida es el del contenido del dominio en el suelo no urbanizable –aprovechamiento exclusivamente agrícola, ganadero o forestal–. Dado que en tales supuestos no se establece indemnización alguna –artículo 87.1 del Texto Refundido– es claro que la Ley de nada ha privado al propietario. Y al propio tiempo, como tampoco añade nada al contenido natural de la propiedad, no se le imponen deberes especiales.

En cambio en el suelo urbano y en el urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. No sería justa esta adición de contenidos si se produjera pura y simplemente y por ello, como contrapartida, en tales supuestos se imponen importantes deberes –artículos 83.3 y 84.3 del Texto Refundido– cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal dada la complejidad de su ejecución. Pues bien, sólo cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha «ganado» los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial.

No basta, así, el Plan de detalle para atribuir un derecho derivado del destino urbanístico del suelo previsto en aquél. Tal derecho sólo se adquiere, sólo se patrimonializa cuando el propietario, cumpliendo sus deberes, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio. Es evidente la conexión causal existente entre deberes, por un lado, y aprovechamientos urbanísticos, por otro. Sólo el cumplimiento de aquéllos confiere derecho a éstos.

Por ello, sólo cuando el plan ha llegado a «la fase final de realización» –Sentencias de 29 de septiembre de 1980, 14 de junio de 1983, 10 de abril de 1985– se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el artículo 87.2 cuyo contenido habría de fijarse en perfecta congruencia con los contenidos de los derechos de los que se ha visto privado el propietario’.

Y en la de 15 de noviembre de 1995, añadimos que

‘La doctrina del Tribunal Supremo respecto al artículo 87.2 es unitaria (Sentencias de 5 de enero de 1990, 25 de febrero, 30 de julio y 24 de noviembre de 1992, 26 enero, 6 y 14 de abril, 25 de mayo, 21 de junio y 28 de septiembre de 1993, 7 de diciembre de 1994 y 10 de abril de 1995). El artículo 87.2 debe ser objeto de interpretación estricta, habida cuenta de que la regla general es que la facultad de modificación de la ordenación de terrenos y construcciones no da derecho, en principio, a indemnización patrimonial, que sólo procederá cuando se acredite la existencia de una concreta lesión patrimonial en los bienes y derechos de quien la reclame, y se justifique que ha dado efectivo cumplimiento de los deberes y actuaciones que impone a los propietarios el ordenamiento urbanístico. Es entonces cuando se han ganado los contenidos artificiales que se añaden al derecho inicial o que éste se ha patrimonializado por haber llegado el plan a su fase final. No

puede obviarse que el precepto se refiere a Planes Parciales, Planes Especiales o Programas de Actuación Urbanística, en tanto que aquí estamos en presencia de un Plan General que lo que ha hecho es cumplir estrictamente su objeto específico señalado en el artículo 11.3 de la Ley del Suelo de 1976: preservar el suelo no urbanizable, de desarrollo urbano y establecer medidas de protección del territorio y del paisaje’.

Dos son, pues, los requisitos exigidos para la procedencia de la indemnización: a) Que una ordenación urbanística ocasione una restricción del aprovechamiento urbanístico, y b) Que resulte imposible compensarla a través de las técnicas de distribución de beneficios y cargas del planeamiento. En consecuencia, constituye el fundamento de esta exigencia de indemnización la vulneración o afección del derecho subjetivo que tienen atribuido todos los propietarios que se incorporan al proceso urbanístico y edificatorio a que se equidistribuyan entre todos ellos los beneficios y cargas derivados del planeamiento a través de las diversas técnicas que articule la legislación autonómica.

‘En relación con el primer requisito –restricción del aprovechamiento– debe partirse, obviamente de la previa titularidad del mismo, lo que nos lleva a la necesidad de la previa adquisición o incorporación efectiva al patrimonio del perjudicado, como, entre otros supuestos hemos puesto de manifiesto en la STS de 17 de febrero de 1998, al señalar que:

‘El segundo de los principios que enunciábamos al inicio de los fundamentos de derecho –el relativo a la necesidad de consolidación patrimonial de los derechos relevantes económicamente para que su desaparición por obra de la nueva regulación pueda ser considerada como una privación singular susceptible de dar derecho a indemnización– no permite, en el caso examinado, entender que debe comprenderse en la indemnización el valor urbanístico de los terrenos sobre los que se proyectaba la urbanización. Ya bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1976, de acuerdo con la concepción constitucional del derecho de propiedad consagrado en el artículo 33 de la Constitución, el contenido económico propio del derecho del propietario del suelo es el correspondiente al valor inicial del terreno, es decir, el adecuado al contenido del dominio en el suelo no urbanizable, en la perspectiva del aprovechamiento exclusivamente agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza. Por ello el artículo 87.1 de la citada Ley no establecía derecho a indemnización por el mero cambio de planeamiento, reconociendo así plenitud al *ius variandi* de la ordenación urbanística a la Administración. Mediante la clasificación del suelo como urbano y urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no son inherentes a su naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. Pero esta adición de contenidos no se produce pura y simplemente (como dice la Sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 1987, sino en consideración a la participación del propietario en el proceso urbanizador y como contrapartida a los importantes deberes que se le imponen –artículos 83.3 y 84.3 de la citada Ley–, cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal dada la complejidad de su ejecución. Sólo cuando dichos deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha incorporado a su patrimonio los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial, pues sólo entonces ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio. Por ello, sólo cuando el plan ha llegado a «la fase final de realización» o –al menos durante la vigencia de la Ley del Suelo de 1976– cuando la ejecución no ha sido posible por causa imputable a la Administración –según la profusa jurisprudencia que hemos citado– se

## IX. Responsabilidad Administrativa

adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido. Desde la perspectiva que estamos considerando la indemnización por la privación legislativa de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario, como ponen hoy de manifiesto, casi con plasticidad, los artículos 23 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, al describir la gradual incorporación de los derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario –derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación–’.

Pero aplicando la anterior doctrina, en el supuesto examinado –SNU– sólo es posible hablar de una privación de derechos patrimoniales propios del contenido del derecho de propiedad ya incorporados en el supuesto de que el régimen de protección medioambiental –área de protección ecológica– hubiera privado a su propietario de unos usos acordes con su clasificación urbanística –agrícolas, ganaderos, forestales, etc.– de los que, ahora, se hubiera visto privado, lo que no acontece, por cuanto, como venimos insistiendo, la recurrente no acredita que no conserve, en los términos expresados, no obstante la especial protección introducida por el PORN, los usos con que contaba y ejercitaba con anterioridad a tal evento. En modo alguno puede considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor futuro desde el punto de vista de su explotación urbanística del terreno, como pretende la sociedad recurrente, dado que ni siquiera consta la previa solicitud de interés general para la individualizada construcción agrícola alguna en el terreno no urbanizable, y dado que, desde la perspectiva estrictamente urbanística la cuestión ya fue rechazada por la Sala.

Así, en la STS de 2 de noviembre de 2006, dijimos sobre esta misma cuestión:

‘La doctrina jurisprudencial, recogida en el aludido fundamento jurídico de la sentencia recurrida, es la que se deriva también de las Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas 16 de mayo y 7 de noviembre de 2000, esta última transcrita en el fundamento jurídico sexto de aquélla, y que hemos mantenido en nuestra reciente Sentencia de fecha 12 de abril de 2006 (recurso de casación 228/2003), al declarar que tanto durante la vigencia del artículo 87 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 como a partir de la entrada en vigor del artículo 41 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística, a fin de reparar los perjuicios causados por la modificación o revisión del planeamiento, es requisito imprescindible que el aprovechamiento urbanístico se haya materializado en virtud de la aprobación definitiva de un instrumento idóneo que permita conocer cuál sea el que corresponde al propietario, del que se ve privado por esa modificación o revisión, para lo que resulta imprescindible la aprobación definitiva del correspondiente Plan Parcial o equivalente, pues la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico se materializa cuando se concreta a través del correspondiente instrumento que permita hacerlo efectivo, lo que aquí no sucedió porque el Plan Parcial no llegó a ser aprobado definitivamente, y de aquí que la propia Sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 2000, citada por la entidad mercantil recurrente en apoyo de su tesis, señale que sólo procede indemnización por el aprovechamiento urbanístico materializado cuando el plan ha llegado a la fase final de su realización’.

#### **4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CUANDO LA ADMINISTRACIÓN CONURRE EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO CON UN TERCERO CON IGUAL CUOTA DE RESPONSABILIDAD**

La STS de 22 de abril de 2009, Ar. 5122, resuelve las derivaciones en materia de responsabilidad administrativa del conocido asunto del naufragio en 1992 del buque “Mar Egeo” al intentar realizar las maniobras de entrada en el Puerto de A Coruña, perdiendo la carga de petróleo que portaba. Como consecuencia del siniestro, se incoaron las actuaciones oportunas ante la Jurisdicción Penal que culminaron con la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de A Coruña de 30 de abril de 1996 que condenó por un delito de imprudencia temeraria al capitán del buque y al Práctico del Puerto, este último por haber autorizado, en el marco de sus funciones, que el buque entrara de noche y en malas condiciones, declarando la responsabilidad civil directa y solidaria de la compañía aseguradora del buque y del Fondo internacional de daños causados por la contaminación de hidrocarburos y la responsabilidad subsidiaria de la compañía *Aegean Sea Traders Corporation* y del Estado español. Posteriormente, la Audiencia Provincial de A Coruña confirmó parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, en su Sentencia de 18 de junio de 1997.

Dentro del plazo de un año desde dicha sentencia penal, la aseguradora de Repsol, que había abonado a esta compañía una elevada cantidad de dinero en concepto del valor de la carga perdida, formuló ante el Ministerio de Defensa reclamación de responsabilidad patrimonial basándose en la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la actuación del Práctico del Puerto. La Sentencia concede indemnización y aclara además que no procede moderar su cuantía por concurrencia de culpas como ocurre en los casos en que la víctima concurre en la producción del daño. Y ello por cuanto, cuando la concurrencia se da entre la Administración y un tercero, con igual cuota de responsabilidad, se responde de forma solidaria, sin perjuicio de reconocer el derecho de la Administración a ejercitar las acciones que pueda corresponderle en orden a un posterior resarcimiento.

#### **5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. LEY AUTONÓMICA QUE ESTABLECE UNA DESCLASIFICACIÓN DE SUELOS, SIN VULNERAR EL DERECHO DE PROPIEDAD NI LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y BUENA FE**

En la STS de 17 de junio de 2009, una Ley balear (Ley 6/1999) establece una desclasificación de suelos, otorgándole el carácter de “rústicos” a unos terrenos determinados anteriormente clasificados de otra manera, siempre que reunieran una serie de condiciones y no tuvieran un proyecto de urbanización aprobado definitivamente, sin prever indemnización.

Para el Tribunal Supremo:

“Esta ausencia de previsión legal expresa no impediría (...) la responsabilidad si se dedujera del acto legislativo siquiera de modo presunto un propósito indemnizatorio cuando se constate la producción de una lesión o daño real y efectivo en los bienes o derechos de los particulares al margen de la potestad expropiatoria. Pero es que en este caso no estamos ante un daño de tal naturaleza sino ante meras expectativas o especulaciones que resultan insuficientes para la aplicación de esta institución de la responsabilidad patrimonial.

## IX. Responsabilidad Administrativa

Y decimos que no estamos ante un supuesto de inexistencia de daño real y efectivo, y sí de una mera expectativa porque sólo cabe estimar la responsabilidad patrimonial por acto legislativo cuando se produce un daño efectivo debido a actos de aplicación de las leyes, que origina un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera concreta por las actuaciones administrativas anteriores y conexas con la aprobación de la Ley balear 6/1999 a que nos venimos refiriendo.”

En el caso que se examina, la tramitación de un plan parcial, que no había concluido, sin que se apreciara una conducta renuente u obstruccionista de la Administración con la intención de retrasar la aprobación de instrumento de planeamiento para dar lugar a la aprobación de la Ley Balear 6/1999, se descarta, pues, la indemnización, con el siguiente argumento.

“Abundando más en la naturaleza del daño, aquí de índole urbanística, debemos señalar que la privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que sólo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que sólo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible.

En este sentido, esta Sala viene declarando que no puede considerarse incorporado al patrimonio del propietario el caso de un plan parcial aprobado que estaba escasamente ejecutado, pues “en modo alguno puede considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor urbanístico del terreno, como pretenden los recurridos, dado que, por una parte, los planes parciales no se encontraban en modo alguno en un grado avanzado de ejecución, como demuestra el hecho de que los peritos arquitectos a los que se encargó la valoración del terreno afirmaron que no se observaba obra significativa de urbanización’ (STS de 17 de febrero de 1998 recaída en el recurso de casación núm. 327/1993). Ni que decir tiene que en el caso examinado la parte recurrente no cuantifica ni siquiera designa el tipo de gastos que ha tenido y que configuran el perjuicio que invoca, haciendo una referencia en el suplico de su escrito de interposición de la casación a los perjuicios que le ha ocasionado la no aprobación del plan parcial por la entrada en vigor de la Ley balear 6/1999 ‘en la cuantía que se acredite en el momento de la ejecución de la sentencia’.

Por otro lado, y una vez hemos dado respuesta a las infracciones constitucionales y de la Ley 30/1992, bastaría para desestimar la infracción de los artículos 87 del TR de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y 41 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Régimen del Suelo y Valoraciones, con señalar que no estamos en el proceso de ejecución del planeamiento, pues en el caso examinado ni siquiera ha tenido lugar la aprobación del plan parcial. Pero es que, además, como ya hemos señalado y ahora insistimos, los derechos o intereses cuya privación se aduce no han sido incorporados a su patrimonio del recurrente, y no lo han sido no por causa imputable a la Administración, como también hemos dicho. Así, respecto de derechos generados por el proceso urbanizador no puede estimarse indemnizable el cambio de ordenación del suelo antes de transcurrir los plazos de ejecución del planeamiento.

En este sentido citamos la siguiente Sentencia de esta Sala, de 30 de junio de 2001 dictada en el recurso de casación núm. 8016/1995, recaída en un supuesto también de responsabilidad por acto legislativo, y también en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en relación con la aprobación de un plan parcial, si bien ya aprobado y en fase de ejecución cuando entra en vigor la Ley de la Comunidad Autónoma. Se señala que “esta Sala ha venido insistiendo en la necesidad, para que pueda entenderse procedente el derecho a ser indemnizado por el cambio de planeamiento, de que existan derechos consolidados [Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992, recurso núm. 4729/1990], lo cual ocurre: a) cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido o se ha producido el transcurso de éste sin ejecución del planeamiento por causas imputables a la Administración] [Sentencias de 1 de febrero de 1982 (RJ 1982, 773) y 16 de diciembre de 1985]; b) cuando el plan parcial se encuentra en la fase final de realización y la modificación afecta a una parte de los propietarios que han cumplido los requisitos o cargas de la anterior ordenación, sin haber obtenido beneficio equivalente y resultar, por ello, discriminados con el resto de los propietarios del sector (Sentencias de 29 de septiembre de 1980, 30 de junio de 1980, 24 de noviembre de 1981, 1 de febrero de 1982, 6 de julio de 1982, 20 de septiembre de 1982, 28 de marzo de 1983, 25 de abril de 1983, 14 de junio de 1983, 10 de abril de 1985, 12 de mayo de 1987, 24 de abril de 1992 y 26 de enero de 1993, recurso núm. 4017/1990); y c) cuando el cambio de calificación del suelo respecto de una finca individualizada comporta que sólo sea factible, por la imposibilidad de integrarla en un polígono en razón al desarrollo urbanístico derivado de la aplicación del plan precedente, realizar el pago de la indemnización pertinente en el momento de ejecución del nuevo planeamiento (Sentencia de 20 de mayo de 1986)’.

Por lo demás, tampoco puede prosperar la infracción del principio de confianza legítima, que respecto del de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, por todas STS de 15 de abril de 2002 (recurso de casación núm. 77/1997), que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones.

Ahora bien, no pueden sustentarse los principios citados en meras expectativas de una invariabilidad de las circunstancias, impidiendo modificaciones legales que no generan perjuicio, en los términos expuestos, por acto legislativo al no haberse consolidado los derechos que invoca. De modo que la confianza legítima, y la seguridad jurídica, no pueden garantizar el mantenimiento de las mismas circunstancias impidiendo cambios en la clasificación de los terrenos, siempre que no se ocasionen daños efectivos que comporten un sacrificio patrimonial que no se tenga que soportar y que tiene lugar cuando se han asumido las cargas y obligaciones propias del proceso urbanizador.

En este sentido debemos abundar que la aplicación del principio de buena fe y confianza legítima puede determinar que cuando se promulga la ley de la que se deriva el perjuicio alegado, y que hace imposible el completo y acabado desarrollo de la urbanización, pueden ser indemnizados, por constituir un perjuicio efectivo, los gastos realizados como consecuencia de haber cumplido las cargas asumidas en el proceso urbanizador, pues se

## IX. Responsabilidad Administrativa

desarrollan ante la legítima confianza que suscita la aprobación de los correspondientes planes parciales. Si bien al socaire de tales principios no procede indemnización en supuestos, como el examinado, en el que no se han satisfecho tales cargas y ni siquiera dicha confianza se puede sustentar en la aprobación del plan parcial.

La conclusión, por tanto, no puede ser otra, como ya adelantamos, que no ha lugar al recurso de casación, al desestimarse los dos motivos invocados.”

### **6. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA: DIFERENCIA ENTRE INEXISTENCIA SUBJETIVA Y FALTA DE PRUEBA SUFICIENTE PARA DESVIRTUAR EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Como bien conoce el lector de estas crónicas, no toda prisión preventiva que no va seguida de una condena lleva aparejada el derecho a obtener una indemnización, sino tan sólo aquellas en que concurre un supuesto de inexistencia subjetiva u objetiva. La primera se da cuando queda acreditado que el imputado no cometió el delito. La segunda, cuando se demuestra que el delito no existió. No es siempre fácil delimitar cuándo se da uno u otro supuesto, y diferenciarlos de la simple absolución por falta de pruebas suficientes para desvirtuar la fuerza del principio de presunción de inocencia. La Sentencia que traemos a estas páginas da buena fe de ello.

La **STS de 18 de junio de 2009**, Ar. 6741, enjuicia un caso que es necesario exponer con detalle para poder valorar su resolución.

Los reclamantes son componentes de un grupo musical colombiano en gira europea. Como inicio de una gira por diversos países europeos, llegan a España en un vuelo procedente de Colombia, donde recogen su equipaje y son trasladados por miembros de la organización de la gira a un conocido hotel madrileño donde son alojados. Como en Cali habían facturado un altavoz amplificador que no llegó con el vuelo al Aeropuerto de Barajas, uno de ellos hizo una reclamación de equipaje en el Aeropuerto de Barajas. Tras dar un concierto esa noche, a la mañana siguiente, y avisados de que el paquete ha sido localizado, vuelve junto a otro de los componentes del grupo al Aeropuerto de Barajas al objeto de recoger el amplificador. Cuando iban a salir del Terminal 1, pasaron de nuevo por el Control de Aduanas, donde los funcionarios de la Guardia Civil sometieron al amplificador a una revisión a través de la máquina de Rayos X, apreciando en su interior varios bultos de carácter extraño. Una vez que se procedió a la apertura del amplificador se descubrió que en su interior había cuatro envoltorios recubiertos de plástico negro y cinta adhesiva transparente conteniendo una sustancia que posteriormente fue identificada como cocaína. Los funcionarios de la Guardia Civil procedieron a la detención de los dos reclamantes y se decretó por el Juez de instrucción prisión provisional. El Ministerio Fiscal solicitó la condena pero el tribunal penal consideró que no había quedado suficientemente acreditado que los acusados tuvieran conocimiento de que en el interior de dicho amplificador se encontrara la referida sustancia estupefaciente.

La Sala de lo penal de la Audiencia Provincial tuvo en cuenta para emitir dicho juicio los siguientes datos:

- a) Que los acusados sostuvieron desde el principio la misma versión: que el amplificador les fue entregado por otro músico al que conocían muy ligeramente con el objeto de que fuera entregado a un amigo que vivía en España ahorrándose los gastos de envío.
- b) Que en tanto músicos de cierto renombre habituados a las giras internacionales conocían los mecanismos de control de aduanas y que incluso hicieron una reclamación por el extravío,

y que si no dieron el nombre del hotel donde iban a alojarse era por desconocimiento, lo que es habitual en este tipo de giras organizadas por terceros, y que podrían ser localizados por cualquiera, incluido el destinatario del envío, en los conciertos o incluso previa averiguación de la identidad del hotel.

c) Que el paquete con el amplificador pasó diversos controles, ya que los reclamantes tomaron un vuelo anterior, y la droga no fue detectada por los escáneres de los aeropuertos de Bogotá y Caracas, lo que hacía sospechar que fuera introducida con posterioridad, lo que ya había ocurrido en otros casos en los que habían estado implicados trabajadores del aeropuerto de Bogotá.

d) Que habían ido a recogerlo en pareja, arriesgándose así a una condena penal a ambos de conocer el contenido del paquete.

La Audiencia Provincial concluyó que una persona auténticamente implicada en el delito contra la salud pública hubiera adoptado una postura más lógica y defensiva no reclamando dicho bulto en el correspondiente mostrador del aeropuerto de Barajas. Por ello, aprecia en los acusados una conducta irracional desde la lógica de la actividad delictiva, lo que nos le lleva a expresar dudas sobre su consciente implicación en el delito. Considera que la actuación de los acusados acudiendo en pareja a recoger el amplificador de forma espontánea y normal al Aeropuerto de Barajas, con el justificante de reclamación del bulto refleja una actuación inocente que descarta o, por lo menos, plantea serias y fundadas dudas, que fueran conscientes de que el altavoz contenía sustancia estupefaciente. En palabras de la Audiencia Provincial:

“Dicha duda que entendemos suficientemente justificada ante prueba practicada en el acto de juicio oral impiden dictar una sentencia condenatoria de los dos acusados en virtud del principio *in dubio pro reo*.”

Formulada pretensión indemnizatoria, el Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia entendieron que no se trataba de un caso de inexistencia subjetiva, sino de absolución por falta de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La Audiencia Nacional adoptó la misma argumentación.

Recurrida su sentencia, el asunto mereció una atención minuciosa en el Tribunal Supremo, con amplio debate, que se refleja en la inusual longitud de la sentencia y en la existencia de voto particular.

Se parte de la reproducción de la doctrina general:

“La Constitución Española dentro del Título VI que dedica al Poder Judicial dispone en el artículo 121 que: ‘Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley’. Esa remisión constitucional a la Ley se plasma en la Ley Orgánica del Poder Judicial que para un supuesto como el aquí debatido afirma en el artículo 294 lo que sigue: ‘1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios. 2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. 3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido

## IX. Responsabilidad Administrativa

en el apartado 2 del artículo anterior'. La claridad del precepto no fue óbice para que la Ley 30/1992, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Común, reiterase en el artículo 139.4 con carácter general que: 'La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial'.

Pues bien, de ese artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende un mandato claro y terminante que consiste en que tendrá derecho a indemnización que deberá satisfacer el Estado quien después de haber sufrido prisión preventiva, sea absuelto por inexistencia del hecho imputado siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

Es Jurisprudencia reiterada de esta Sala que por conocida nos releva de su cita detallada que: 'Este Tribunal Supremo ha venido efectuando una interpretación amplia de lo dispuesto en el precepto citado artículo 294 de la Ley Orgánica, en el sentido de entender que el mismo recoge un supuesto concreto y específico de error judicial, que con carácter general viene recogido en el artículo 293 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, afirmando dicha doctrina jurisprudencial que a los efectos que aquí interesa y no obstante, el tenor literal del citado precepto, a la inexistencia del hecho imputado, es decir, a la inexistencia objetiva, único explícitamente recogido en la norma, puede y debe añadirse como error judicial también el de la imposibilidad de participar en los hechos suficientemente probada, o inexistencia subjetiva, es decir aquéllos en que resulte probada la falta de participación del inculgado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, «inexistencia subjetiva», o lo que es lo mismo, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él sin que en el supuesto error judicial se puedan entender subsumidos los casos de absolución por falta de prueba suficiente de la participación del procesado o imputado en los hechos realmente producidos'.

A lo anterior hemos de añadir la afirmación también reiterada contenida en numerosas Sentencias de la Sala de que para llegar a la conclusión de si existe o no en el supuesto inexistencia subjetiva, es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él, se ha de examinar el auténtico sentido de la resolución pronunciada en el ámbito de la jurisdicción penal sin que para ello resulten decisivas las expresiones, más o menos acertadas, de la sentencia absolutoria, pues es necesario deducirlo del relato de hechos probados y de la valoración de las pruebas realizada por el juez o tribunal penal, ya que sólo de su examen conjunto es posible obtener la conclusión de si se está ante una absolución por inexistencia del hecho imputado (bien por no haber acaecido o por no ser constitutivo de infracción punible) o por ausencia acreditada de participación, o, por el contrario, ante una sentencia absolutoria por falta de pruebas, pues de la concurrencia de uno u otro supuesto, ambos diferenciados en sus requisitos y en su significado jurídico, depende, respectivamente, la existencia o no de responsabilidad."

El Tribunal Supremo lo considera un caso de inexistencia subjetiva:

"De cuanto hasta aquí hemos expuesto debemos concluir que la Sentencia absolvió a los acusados no por falta de prueba de su participación en los hechos sino porque, aun cuando no lo exprese con la contundencia precisa, llegó a la certidumbre de que los acusados no habían participado en la comisión del delito, lo que nos lleva a resolver que estamos en presencia de un supuesto de inexistencia subjetiva de los reconocidos por la Jurisprudencia de este Tribunal que dan lugar a la indemnización prevista en el artículo 294 de la Ley Orgánica

del Poder Judicial a la que tienen derecho quienes habiendo sufrido prisión preventiva sean absueltos por su no participación en el hecho delictivo por el que fueron acusados.”

Procede a cuantificar el daño conforme a lo dispuesto en el artículo 294.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los criterios en función de los cuales se fijará aquella “atendiendo al tiempo de privación de libertad y las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”.

En la demanda se solicitaba para cada uno de los demandantes una cantidad semejante, y se reclama ésta tomando como referencia una serie de elementos que se consideran relevantes a efectos de indemnización y que comprenden los siguientes criterios: daños de carácter personal y familiar (alejamiento de familiares que no viven en España y no pueden desplazarse por motivos de visado y económicos y coste de las llamadas telefónicas internacionales; uno de los reclamantes tenía pareja y el otro estaba casado y tenía hijos), daños económicos (pérdidas de ingresos propios y de las compañías discográficas para las que trabajaban), daños morales (padecimientos físicos y psíquicos, desprestigios, problemas para ulteriores visados por tener antecedentes de detención) y daños a su derecho al honor y a su derecho a la imagen (agravados por ser personajes públicos y por la trascendencia mediática de la detención). A todo lo anterior se añade la reclamación de los intereses de demora desde que se produjo la reclamación ante la Administración para ambos peticionarios.

– En cuanto a los daños de carácter personal y familiar, como es sabido, la jurisprudencia ha establecido con carácter general el criterio de fijar una cantidad diaria por cada día de prisión aumentándola progresivamente, en función del tiempo permanecido en prisión, aumento que en ocasiones se ha fijado en un 25% mensual, atendido el hecho de que no es indiferente el tiempo en que se permanece privado de libertad, puesto que según sea éste se acrecienta el daño que se produce, y también es mayor para la persona que lo soporta. En este caso, fija como cantidad diaria 25 euros para uno de los reclamantes (soltero con pareja) y 50 para el otro (casado y con hijos), la mitad de lo reclamado por cada uno de ellos, incrementadas estas cantidades en un 10% mensual. No se explica por qué no se acoge el criterio más utilizado del 25%, apuntado por el propio Tribunal Supremo.

– Respecto de los datos económicos, se consideran acreditados sólo algunos de ellos, por un importe de 21.500 euros para cada uno de los reclamantes.

– En lo que hace a los daños morales y los daños al honor y a la imagen social, considera que deben considerarse un todo, “a salvo acaso en personas con gran relevancia pública que no es el caso, aun cuando en este supuesto nos estemos refiriendo a dos artistas músicos que realizan una actividad de cara al público”, según afirma la sentencia. Cifra el daño en 80 euros por día.

A la Sentencia formula Voto particular por parte del Magistrado Enrique Lecumberri Marti, que considera que, a la vista del relato de hechos y de las afirmaciones de la sentencia penal, hay que concluir que no se trata de un caso de inexistencia subjetiva, sino de absolución por falta de prueba suficiente de la culpabilidad, como habían entendido tanto el Consejo de Estado, como el Ministerio de Justicia y la Audiencia Nacional, opinión que compartimos.

EMILIO GUICHOT REINA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

## X. FUNCIÓN PÚBLICA

### Sumario:

**1. Instrumentos de gestión de los recursos humanos.** A) Relación de puestos de trabajo. a) Nulidad de la disposición que clasifica determinados puestos de trabajo como Jefatura de Sección, por ser contraria a los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad. **2. Acceso. Promoción interna.** A) El artículo 74 RGIP no exige que, en el sistema de concurso-oposición, primero haya de celebrarse el concurso y a continuación la oposición. B) Si las bases de la convocatoria no lo prohíben, es posible incluir en las pruebas de acceso por promoción interna un caso práctico relativo a cuestiones no incluidas expresamente en el programa de teoría. C) No es anulable el proceso selectivo ni el nombramiento de funcionarios de carrera que se produce fuera del plazo establecido al efecto en la Oferta de Empleo Público. **3. Jornada de trabajo.** A) La aplicación del período excepcional de doce meses para el cómputo de la jornada laboral exige el consentimiento unánime de todos los sindicatos negociadores. B) Un Ayuntamiento no puede arrogarse la facultad de cambiar la duración de la jornada de trabajo. **4. Derecho a la libertad sindical.** A) No se vulnera por la exclusión de un sindicato no firmante del Acuerdo de los órganos que se creen para su ejecución, trámite o administración. **5. Derechos retributivos. Cuestiones generales.** A) El principio de igualdad retributiva exige la aplicación de los mismos complementos objetivos cuando se acredite que el funcionario realiza idénticas tareas. **6. Complemento de destino.** A) La asignación de distintos niveles de complemento de destino al mismo puesto en provincias diferentes supone una diferencia de trato no justificable. **7. Complemento de productividad.** A) El funcionario no tiene derecho a exigir el abono de la cantidad satisfecha a sus compañeros si su rendimiento no llega a la media de los demás. **8. Indemnizaciones.** A) Por traslado de residencia. a) El uso de embarcación propia debe equipararse analógicamente a la utilización del vehículo particular a efectos de indemnización por razón del servicio. B) Por desalojo de vivienda. a) Sólo procede cuando el funcionario que es privado de la vivienda acredite la existencia de justo título para la ocupación. **9. Negociación co-**

**lectiva.** A) Contenido de la negociación. a) Los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos no tienen, a diferencia de lo que sucede con los de los trabajadores, el carácter de mínimos mejorables. b) El reconocimiento y asignación individual del complemento de productividad debe ser objeto de negociación. c) No es negociable la elaboración de un protocolo de actuación ante situaciones de maltrato entre iguales en los centros docentes públicos. d) No puede ser objeto de negociación la adscripción de puestos a personal laboral cuando se trata de funciones reservadas a los funcionarios.

**10. Legitimación negociadora.** A) No tiene legitimación para negociar la Junta de Personal por ser un órgano de mera consulta e información.

## 1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

### A) Relación de puestos de trabajo

#### a) Nulidad de la disposición que clasifica determinados puestos de trabajo como Jefatura de Sección, por ser contraria a los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad

En el caso enjuiciado por la STS de 16 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 3955/2006), la creación de los puesto de trabajo de Coordinación de Empleo y Formación no había obedecido a razones objetivas y técnicas de tipo organizatorio, sino a la finalidad de garantizar la permanencia de las personas que al tiempo de los hechos ocupaban los puestos de trabajo referidos. Al obrar de este modo, la Administración demandada permitía a los funcionarios del Grupo C acceder a los puestos de Jefatura de Sección, en contra del criterio generalmente seguido de reservar esos puestos a funcionarios de los Grupos A y B.

Con la creación de los puestos de trabajo mencionados, la Administración ha hecho un uso desviado de su potestad discrecional, contrario a los principios de interdicción de la arbitrariedad e interdicción de la discriminación no basada en razones objetivas.

## 2. ACCESO. PROMOCIÓN INTERNA

### A) El artículo 74 RGIP no exige que, en el sistema de concurso-oposición, primero haya de celebrarse el concurso y a continuación la oposición

De conformidad con la SAN de 4 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso 163/2009), la Administración no está obligada a celebrar pri-

## X. Función Pública

mero el concurso y después la oposición, pues, no existe norma en contrario que impida que el proceso selectivo comience por una fase de oposición y siga con la fase de concurso, de tal forma que sólo los aspirantes que hayan superado la fase de oposición podrán ser valorados en la fase de concurso, y la calificación final del proceso vendría determinada por la suma de las puntuaciones obtenidas en ambas fases.

En definitiva, tal como afirma la Sala, lo determinante en el proceso selectivo es que se cumpla el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad (artículo 23 CE) o, lo que es lo mismo, que se garantice a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas.

### **B) Si las bases de la convocatoria no lo prohíben, es posible incluir en las pruebas de acceso por promoción interna un caso práctico relativo a cuestiones no incluidas expresamente en el programa de teoría**

Así lo estima la SAN de 10 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 38/2009), pues las bases de la convocatoria no contienen ninguna remisión al programa en cuanto a las preguntas que el Tribunal debía formular en relación al caso práctico.

Por otro lado, a juicio de la Sala, parece lógico que, tratándose de un procedimiento selectivo para el acceso al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa por el turno de promoción interna, el caso práctico podría versar sobre cualquiera de los procedimientos a tramitar por los futuros funcionarios de dicho cuerpo, reduciéndose el temario teórico para el citado turno, precisamente, por entender asumidos los conocimientos de los temas suprimidos y, por tanto, su aplicación práctica.

Por lo demás, en el programa de teoría existían temas que permitían responder el caso práctico seleccionado por el Tribunal, como lo de muestra el hecho de que los recurrentes superasen el caso práctico.

### **C) No es anulable el proceso selectivo ni el nombramiento de funcionarios de carrera que se produce fuera del plazo establecido al efecto en la Oferta de Empleo Público**

El Real Decreto 120/2007, de 2 de febrero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2007, los procesos selectivos deben ajustarse a la planificación y a los criterios de la Ley de Presupuestos para el año 2007 (principio de anualidad) y, además, deben iniciarse y culminarse en ese año, de modo que los nuevos efectivos tomarán posesión de sus plazas, o serán nombrados en prácticas, en el ejercicio 2007.

Sin embargo, la SAN de 12 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera (recurso 52/2009), entiende que el plazo fijado por el citado RD 120/2007 no tiene carácter esencial, porque su incumplimiento no impide a la Administración cumplir sus objetivos de cobertura de plazas vacantes, presupuestadas para ese año, ni tampoco impide a los participantes en dichos procesos acceder a ellas. Por tanto, en virtud del artículo 63 LR-JPAC, no puede deducirse de la naturaleza del término fijado por el RD 120/2007 la invalidez de los actos dictados con posterioridad al 31 de diciembre de 2007. De lo contrario, se verían frustrados los intereses en juego tanto de la Administración como de los participantes en los procesos selectivos.

Ahora bien, tal como señala la Sala, lo anterior no significa que la fijación de un plazo carezca de toda relevancia. Los términos y plazos fijados para los procesos selectivos (Decretos que aprueban las Ofertas de Empleo Público y artículo 70 del EBEP –un plazo máximo de tres años–) constituyen indicaciones y claros mandatos dirigidos a la Administración para evitar la dilación excesiva de los procesos de selección del personal y, aunque no determinen la anulación de esos procesos, pueden determinar la existencia de responsabilidad administrativa por un funcionamiento anormal, siempre que, con tales dilaciones, se hayan causado daños a los particulares.

### 3. JORNADA DE TRABAJO

#### **A) La aplicación del período excepcional de doce meses para el cómputo de la jornada laboral exige el consentimiento unánime de todos los sindicatos negociadores**

La Letrada de la Comunidad de Valencia interpuso un recurso de casación contra la STSJ de Valencia que había estimado parcialmente el recurso presentado por la UGT contra el Decreto del Consell 173/2003, de 18 de julio, regulador de la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal de las Instituciones Sanitarias de la Generalidad. El objeto último de la casación se centra en la regulación del cómputo del tiempo de trabajo, toda vez que, según dispone dicha norma, no superará las 48 horas semanales de media en cómputo anual, salvo situaciones de extrema necesidad asistencial y con respeto a los principios generales de protección a la salud y a la seguridad de los trabajadores. A juicio de la Administración, esta norma contradice lo dispuesto en la Directiva 93/104 CE, vigente en el momento de dictarse el Decreto, y ratificada por la Directiva 2003/88 CE, de 4 de noviembre, que la modifica parcialmente aunque no en este punto. La normativa comunitaria, a su juicio, es clara al expresar que el período de referencia será de 4 meses, pudiendo llegar a los 6 meses y, en los casos como éste de índole sanitaria, y sólo mediante convenio colectivo o acuerdo celebrado entre los interlocutores sociales se podrá superar ese tiempo sin rebasar los 12 meses (artículo 17.4, párrafo segundo).

La STS de 28 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, desestima la casación al considerar acertada la interpretación realizada en la sentencia impugnada. Acepta, pues, que, al regular la aplicación del excepcional período de doce meses para el cómputo de la jornada laboral, se exige no sólo que ello resulte de un convenio o acuerdo celebrado entre los interlocutores sociales concernidos, sino que además conste de forma expresa el consentimiento de los trabajadores afectados. Consentimiento que no se dio en el caso enjuiciado, al menos con unanimidad, pues si bien está probado que existió un acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad, que dio lugar al Decreto mencionado objeto del pleito, no es menos cierto que según resulta de la documental unida a la demanda y del expediente, y así lo admite la actora en su escrito de interposición de la casación, el acuerdo en cuestión sólo contó con el voto favorable de dos de los cuatro sindicatos intervinientes, negándose a firmarlo los otros dos.

#### **B) Un Ayuntamiento no puede arrogarse la facultad de cambiar la duración de la jornada de trabajo**

La STS de 10 de enero de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Toledo contra la STSJ

## X. Función Pública

de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2006. La sentencia de instancia, estimando parcialmente el recurso planteado por el Delegado del Gobierno contra el Acuerdo de la Mesa General de Negociación del Ayuntamiento de Toledo, había anulado varios de sus preceptos. En cuanto a la jornada de trabajo, afirma la ilegalidad del artículo 11 del Acuerdo porque “afecta a la duración mínima de la jornada de trabajo y es nulo, dado el artículo 94 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con la resolución de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas de 27 de abril de 1995. En este marco normativo se establece con claridad que “la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado”. En definitiva, pues, “la jornada está ya delimitada y, en efecto, no cabe que el Ayuntamiento se arroge la facultad de cambiarla”.

### 4. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

#### **A) No se vulnera por la exclusión de un sindicato no firmante del Acuerdo de los órganos que se creen para su ejecución, trámite o administración**

El sindicato recurrente impugnó el Acuerdo de la Mesa sectorial de la Función Pública, de 7 de octubre de 2003, sobre estabilidad laboral y promoción profesional de la función pública autonómica valenciana en el apartado relativo a las pruebas selectivas de acceso a la función pública, pues establecía determinadas reglas en la valoración de méritos del concurso, que, en opinión del actor, favorecía a los interinos en contra de los criterios que se deducen de los artículos 23.2, 14 y 103.1 de la Constitución y la doctrina constitucional que los interpreta. En segundo lugar, se opone al Acuerdo porque había establecido una Comisión de Seguimiento, a efectos de intervenir en la fijación del sistema temporal en los procesos selectivos, y un Grupo de Trabajo para realizar estudios sobre puestos de trabajo a efectos de la promoción interna. En este caso, el reproche jurídico se basa en la presunta violación del derecho a la libertad sindical de CCOO, toda vez que no se había contemplado su intervención en dichos órganos por no haber sido firmante del Acuerdo. Se daba la circunstancia de que posteriormente el contenido del Acuerdo fue recogido en una Ley autonómica.

La STS de 14 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso al considerar correctas las apreciaciones que se contienen en la sentencia recurrida acerca de que la convocatoria respetaba los estándares de constitucionalidad previstos por la STC 107/2003. La Sentencia cuenta con un interesante Voto particular que formula el Excmo. Magistrado Sr. don José Díaz Delgado y que recoge una síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de los principios constitucionales rectores del acceso a la Administración Pública.

Según fija esta Sentencia, en principio no puede considerarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable en relación con la finalidad de consolidación del empleo temporal, la convocatoria de pruebas que tengan en cuenta como valor a computar en la fase de concurso los servicios prestados en funciones similares, esto es, la experiencia previa del personal afectado. Ello es así porque en el presente caso era la primera vez que la Comunidad Autónoma de Valencia utilizaba tan excepcional sistema de selección con la finalidad indicada, a partir de la situación excepcional que representaba el elevadísimo número de empleados temporales que prestaban servicio en dicha Administración y que ascendía a más del 35% del

total del personal. Asimismo, también se rechaza el segundo de los argumentos esgrimidos en el recurso, es decir, el relativo a la intervención en la Comisión de Seguimiento y en el Grupo de Trabajo, debido a que la intervención de esos organismos era legal y constitucionalmente adecuada porque no tenían, según las misiones que se les encomendaban, función negociadora sino de mera ejecución, trámite o administración del convenio. Ello justifica que la intervención se limite a los firmantes del Acuerdo y que no pudiera hablarse de vulneración del derecho a la libertad sindical impugnante.

## 5. DERECHOS RETRIBUTIVOS. CUESTIONES GENERALES

### A) El principio de igualdad retributiva exige la aplicación de los mismos complementos objetivos cuando se acredite que el funcionario realiza idénticas tareas

La STS de 17 de diciembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley planteado por el Abogado del Estado frente a la STSJ de Cataluña que había estimado el recurso planteado por 175 funcionarios del Cuerpo General Administrativo y del Auxiliar destinados en la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Cataluña, toda vez que las tareas que realizaban se consideraban propias de un puesto de trabajo de nivel 22, en el caso de funcionarios pertenecientes al grupo C, y del nivel 18, en el caso de funcionarios del Grupo D. Dicha sentencia había estimado el recurso al resultar acreditado que el reparto de la carga de trabajo entre los funcionarios no atendía a los distintos niveles atribuidos en la RTP a los puestos ocupados por funcionarios de los Grupos C y D, sino que se efectuaba mediante un sistema de reparto igualitario, de tal forma que todos los funcionarios del mismo Grupo y categoría realizaban exactamente el mismo trabajo. A partir de esta constatación, la sentencia del TSJ había concluido que “mientras la organización del trabajo entre los funcionarios en las dependencias y oficinas sólo atiende al grupo o categoría, de modo que su reparto se efectúe con abstracción de los niveles correspondientes a los respectivos puestos de trabajo, los funcionarios que soporten dicha carga de trabajo, distribuida igualmente, tendrán derecho a percibir la diferencia entre los complementos de destino y específico correspondientes a los niveles 22 y 18 (según se trate del Grupo C o D) y la percibida en atención al nivel atribuido a su puesto de trabajo”.

El Abogado del Estado solicita que se declare dicha doctrina gravemente dañosa para el interés general pues bastaría con que no se realizase una asignación rígida de funciones por razón de los niveles para que todos los funcionarios pudieran reclamar las diferencias entre las retribuciones propias de sus puestos de trabajo y las del nivel más alto existente en dichos centros de trabajo. En su lugar, solicita que se declare como doctrina “que las retribuciones a las que tienen derecho los funcionarios públicos son las que corresponden a los puestos de trabajo que ocupen, con independencia de las funciones por ellos realizadas”.

El TS, no obstante, desestima el recurso de casación en interés de ley por considerar acertada la doctrina fijada en la STSJ de Cataluña. La diferenciación entre los funcionarios adscritos al Grupo C y al Grupo D no es contraria a Derecho porque se inscribe en un sistema de distribución del trabajo basado en la asignación por el superior jerárquico de tareas de dificultad y complejidad distinta a unos y otros. Sin embargo, cuando se acredita en el proceso que unos y otros realizan los mismos cometidos, con independencia del nivel que les corresponde, los

## X. Función Pública

principios de igualdad, mérito y capacidad exigen reconocer el derecho a percibir las mismas retribuciones complementarias. La naturaleza estatutaria de la relación de los funcionarios con las Administraciones Públicas no puede legitimar actuaciones ilegales como sucede en el caso de que una Relación de Puestos de Trabajo de funcionarios asigne niveles o complementos específicos que no se correspondan con las funciones o tareas que realmente realiza el funcionario.

### 6. COMPLEMENTO DE DESTINO

#### A) La asignación de distintos niveles de complemento de destino al mismo puesto en provincias diferentes supone una diferencia de trato no justificable

La STS de 21 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación presentado por la Administración aragonesa contra la STSJ de Aragón que estimó la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Teruel, declarando la nulidad de la Relación de Puestos de Trabajo en la medida en que asignaba un nivel 25 al puesto de Jefe de Sección de Industria y Apoyo a las PYMES en el Servicio Provincial de Teruel. Condenó a la Administración a asignar el nivel 26 al referido puesto, por ser éste el nivel atribuido al mismo puesto en la ciudad de Zaragoza.

La Sala comienza recordando la especial naturaleza de las Relaciones de Puestos de Trabajo, aclarando que nos encontramos ante una disposición general, pues una cosa es que este Tribunal venga considerando que los aspectos generales de las Relaciones de Puestos de Trabajo les asimilan a efectos de casación a los reglamentos y, otra bien distinta, que tengan esta naturaleza. La prueba de ello es que nos encontramos ante una previsión, la asignación de un coeficiente, que no tiene un mero carácter ordinamental, para el futuro, sino que es ejecutivo desde su aprobación. En consecuencia, cuando se reconoce al recurrente el derecho a un determinado complemento, en comparación con otros puestos de trabajo similares, no se está sino restableciendo el derecho de igualdad que dice conculcado y la situación jurídica individualizada de aquél, motivo por el que igualmente ha de rechazarse que exista prohibición alguna para que el órgano judicial proceda a dicho restablecimiento. A partir de ahí, la Sentencia confirma la sentencia de instancia por considerar que la Administración no ha probado la existencia de unas diferencias razonables entre el puesto desempeñado por el actor en su día como “Jefe de Sección de Industria y Apoyo a las PYMES” en la provincia de Teruel, en relación con el mismo en la Provincia de Zaragoza. Ello justifica la condena a la Administración para que asigne el mismo nivel y, en consecuencia, el mismo complemento de destino. La mera alegación de que el puesto en Zaragoza tiene un mayor volumen de trabajo y mayor nivel de responsabilidad que el puesto en Teruel supone una diferencia de trato entre ambos puestos que no está justificada y que no es ni objetiva ni razonable.

### 7. COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD

#### A) El funcionario no tiene derecho a exigir el abono de la cantidad satisfecha a sus compañeros si su rendimiento no llega a la media de los demás

La STSJ de Canarias de 2 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2005/483808, ha desestimado el recurso planteado por una funcionaria contra

el Acuerdo de la Directora del Departamento de Recursos Humanos por la que se desestimaba su pretensión de percibir en concepto de complemento de productividad la cantidad resultante de la media de lo recibido por otros funcionarios del mismo departamento de su misma Delegación de la AEAT.

Recuerda la Sala que el complemento de productividad retribuye el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinarias y el interés o iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar sus resultados, por lo que en ningún caso las cuantías asignadas por este concepto durante un período de tiempo originan derechos individuales respecto de las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos. En este caso, había habido varias normas internas que basaban la distribución de dicho complemento en el rendimiento acreditado del funcionario previa evaluación. A tenor de éstas, el hecho de que un funcionario del Área de Inspección Tributaria haya visto reducido o suprimido el complemento de productividad tiene como única causa la evaluación del trabajo desarrollado por él en relación con la planificación de objetivos aplicable, en el sentido de que no hayan sido superados los resultados mínimos previamente determinados sin que, en consecuencia, pueda alegarse que se haya tratado de una actuación arbitraria o injustificada del órgano administrativo al que le corresponde la apreciación de la labor realizada.

Pues bien, en el supuesto planteado se daba la circunstancia de que todas las normas internas que habían diseñado estos sistemas de evaluación de rendimientos y distribución del complemento de productividad habían sido declaradas nulas, básicamente por falta de publicidad y por no haber sido objeto de previa negociación colectiva. Aun así, de los informes aportados a la causa había quedado acreditado que “el rendimiento alcanzado en el expresado período por la funcionaria recurrente no llegó, ni de lejos, a la media de los demás inspectores”, lo que lleva al Tribunal a desestimar la pretensión de aquélla de percibir un complemento de productividad en igual cuantía que la que resulte de obtener la media de la satisfecha a sus compañeros.

## 8. INDEMNIZACIONES

### A) Por traslado de residencia

#### a) El uso de embarcación propia debe equipararse analógicamente a la utilización del vehículo particular a efectos de indemnización por razón del servicio

El funcionario recurrente, un coronel del Ejército del Aire, fue destinado a un puesto de trabajo en Turquía, donde se trasladó con su esposa y sus dos hijas. Mientras permanecía en este destino adquirió un velero que, cuando fue cesado, utilizó para su regreso al nuevo destino de Madrid, solicitando posteriormente una indemnización por los gastos ocasionados con motivo de su traslado forzoso. Su solicitud de indemnización fue desestimada al entender el Ministerio de Defensa que el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, no contempla la posibilidad de efectuar el trayecto en embarcación privada.

## X. Función Pública

Del análisis de la norma citada, la STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, JUR 2010/28617, encuentra argumentos suficientes para estimar la pretensión del recurrente. Es más, la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto citado prevé su aplicación analógica a casos no expresamente previstos en él, por lo que hay que interpretar que permite la utilización de medios de transporte diferentes de los expresamente previstos, entre los que se encuentra el uso de una embarcación propia. Aun cuando no hay una previsión concreta respecto de la cantidad a abonar en este caso, análogamente aplica la Sala las previsiones de indemnización por traslado cuando se utiliza el vehículo particular. Todo ello le permite declarar el derecho del recurrente a que le sea abonada la indemnización que proceda a razón de 0,19 euros por kilómetro recorrido desde su destino en Turquía hasta el nuevo en Madrid.

### B) Por desalojo de vivienda

#### a) Sólo procede cuando el funcionario que es privado de la vivienda acredite la existencia de justo título para la ocupación

La STSJ de Castilla y León de 10 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2009/496521, ha desestimado el recurso planteado por el funcionario recurrente. Se impugna en el presente recurso la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, por la que denegó al recurrente una petición de incremento del salario mensual en cuantía de 485,25 euros ante el desalojo de la vivienda que venía ocupando, al entender que dicha cantidad representa la reducción salarial padecida con ocasión de haber sido obligado a desocupar la vivienda a la que tenía legítimo derecho.

El TSJ entiende que el derecho a percibir una indemnización económica cuando el funcionario se vea privado de la vivienda requiere la posesión de justo título para la ocupación y que sea necesario dejar libre la vivienda por cualquier circunstancia. En el caso concreto, el funcionario ocupaba el puesto de Director de la Oficina de un pueblo de Valladolid. Sin embargo, se daba la circunstancia de que el funcionario venía ocupando la vivienda proporcionada por mera tolerancia de la entidad, sin que existiera un título válido para la ocupación. Ni en la convocatoria ni en la resolución de adjudicación del puesto de Director se hacía mención alguna a que fuera con derecho al uso y disfrute de la vivienda.

## 9. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### A) Contenido de la negociación

#### a) Los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos no tienen, a diferencia de lo que sucede con los de los trabajadores, el carácter de mínimos mejorables

La STS de 10 de enero de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Toledo contra la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2006. La sentencia de instancia, estimando

parcialmente el recurso planteado por el Delegado del Gobierno contra el Acuerdo de la Mesa General de Negociación del Ayuntamiento de Toledo, había anulado varios de sus preceptos en aplicación de la jurisprudencia sentada por el TS, en cuya virtud, “los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos no tienen, a diferencia de lo que sucede con los de los trabajadores, el carácter de mínimos mejorables, sino el de condiciones legales o reglamentarias fijas, no alterables por medio de la negociación colectiva”.

A partir de ahí ratifica la ilegalidad del artículo 8 del Acuerdo porque encomienda a la Comisión de Seguimiento funciones arbitrales al atribuirle la tarea de “interpretar y desarrollar las normas que integran el Acuerdo” y “resolver cuantos aspectos conflictivos surjan o puedan surgir en la interpretación y aplicación de las disposiciones que integran el presente Acuerdo”. El artículo 35 de la Ley 9/1987 sólo permite a estos órganos el mero “seguimiento”, esto es, les otorga meramente una función de observación, toda vez que lo contrario supondría menoscabo de las competencias que en materia de personal corresponde ejercitar al Alcalde y Pleno y Comisión municipales. Dentro de ese cometido legalmente admisible no está el de dictar normas reguladoras, y no otra cosa quiere decir el “desarrollar” las normas del Acuerdo”. Tampoco encaja la atribución “de una especie de función ‘arbitral’ en los conflictos”. Y aunque se dice en el precepto que “sus decisiones, en el marco del presente acuerdo, tendrán carácter vinculante para las partes, si bien, su aplicación se supedita a la aprobación por el órgano municipal competente cuando se exija por imperativo legal”, lo cierto es que el ámbito de actuación establecido para la comisión excede del que permite el artículo 35 mencionado, pues la Ley establece el ejercicio de las competencias en materia de personal sin la previa fiscalización o propuesta de este órgano, sino libremente o, en su caso, previa la negociación colectiva oportuna. Ello justifica la anulación de los preceptos del Acuerdo que regulan por exceso la duración de los permisos por nacimiento o muerte o enfermedad grave de familiar y el permiso por traslado de residencia, pues “el régimen aplicable a los permisos y licencias es el establecido en la legislación estatal, y el Ayuntamiento carece de competencia alguna para modificarlo”.

Ratifica la declaración de ilegalidad de los preceptos del Acuerdo que establecen dos asignaciones económicas, que se devengarán en los meses de junio y diciembre, cada una de ellas, por un importe de una mensualidad del complemento de destino asignado al puesto de trabajo que desempeñe el funcionario; la contratación de un seguro a cargo del Ayuntamiento, pues supone una retribución en especie no contemplada en el régimen retributivo básico estatal; el premio por jubilación anticipada; los premios por rendimiento y por años de servicio y, por último, la regulación de “la conducta sobresaliente de un funcionario”. Además de justificar que se felicite al funcionario por escrito, le da preferencia para ascender en turno de antigüedad, cuando se halle en idéntica situación que otros. El precepto, dice la Sala de Albacete y ratifica el TS, “supone una innovación respecto del régimen de promoción interna establecido en el artículo 22 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, sin que tenga el Ayuntamiento competencia para establecerlo”.

### **b) El reconocimiento y asignación individual del complemento de productividad debe ser objeto de negociación**

La STS de 20 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por CCOO contra la STSJ de

## X. Función Pública

Madrid de 26 de enero de 2006. En dicha sentencia se había considerado que no resultaba obligatoria la negociación sobre el reconocimiento y asignación individual del complemento de productividad al personal funcionario, pues ello forma parte del ejercicio de las potestades de autoorganización de la Administración actuante. A juicio del TS, no obstante, la forma imperativa del artículo 32 de la Ley 9/1987 sugiere el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración. Por ello, “la negociación colectiva en el ámbito de la función pública constituye una exigencia de obligada observancia cuando la Administración ejerce sus competencias respecto de las materias a que se refería el artículo 32 de la Ley 9/1987 y singularmente, como expresa la recurrente, las recogidas en los apartados b) y k) de dicho precepto, a cuyo tenor, serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública las materias siguientes: b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos; k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración”.

En consecuencia, no habiéndose negociado con los Sindicatos más representativos previamente al dictado de la Resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por la que se dictan Instrucciones para el pago del complemento de productividad en el año 2002, en los Servicios Periféricos de la AEAT, se vulnera el artículo 32 de la Ley 9/1987. Los razonamientos expuestos conducen a estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y estimar, parcialmente, la demanda que fue deducida en el proceso de instancia, porque la inobservancia del requisito que significa la obligada apertura del proceso de negociación colectiva vició de nulidad la actuación administrativa en que se produjo la omisión.

En sentido contrario, sin embargo, se ha pronunciado la STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, JUR 2010/27646, al entender que el reparto de la productividad no debe ser objeto de negociación individualizada. Aunque en el caso concreto las dudas se planteaban respecto del papel que desempeña la Junta de Personal, la argumentación que utiliza la Sala es bastante rotunda al respecto al establecer que “en materia de función pública juega el principio de reserva de ley, según establece el artículo 103.3 de la Constitución, de donde resulta que en el concreto aspecto que examinamos es la Ley la que ordena quién debe determinar los criterios de distribución y asignación, dadas las características de este concepto retributivo, a saber: el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo”.

### **c) No es negociable la elaboración de un protocolo de actuación ante situaciones de maltrato entre iguales en los centros docentes públicos**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ha desestimado el recurso planteado por el sindicato CSIF y deducido contra una Resolución de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se acuerda dar publicidad al protocolo de actuación ante situaciones de maltrato entre iguales en los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha. El motivo principal de la impugnación radica en que, a juicio del sindicato actor, se ha producido una modificación en la prestación del servicio y de las condiciones de trabajo de los funcionarios docentes sin

que previamente se haya negociado con los sindicatos, según impone el artículo 32.k) de la Ley 9/1987.

La Sentencia desestima la pretensión del sindicato recurrente al entender que la Resolución impugnada no afecta en modo alguno a las condiciones de trabajo del personal docente no universitario, sino que se limita a dar publicidad a un Protocolo, a establecer una manera de actuar para dar curso a una obligación que, al menos en lo que respecta a los docentes, ya existía con anterioridad. La única obligación que se impone es la creación de un grupo de trabajo *ad hoc* cuando sea denunciado algún caso de maltrato entre iguales, que tendrá labores de apoyo y asesoramiento a la dirección del centro para la adopción del correspondiente plan de actuación.

#### **d) No puede ser objeto de negociación la adscripción de puestos a personal laboral cuando se trata de funciones reservadas a los funcionarios**

La STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2010/17708, ha estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Personal del Concello de Lugo contra el acuerdo de su Junta de Gobierno Local por el que se aprobó la relación de puestos de trabajo de dicho Concello. Desestima la pretensión de la parte recurrente de anulación íntegra de la RPT por no haber sido previamente objeto de negociación, al considerar que la RPT ahora impugnada no viene sino a ratificar el contenido de los anteriores catálogos en cuanto a la denominación y funciones de cada puesto de trabajo, requisitos para su desempeño y retribuciones complementarias. Entre los múltiples aspectos que sí anula, podemos destacar el relativo a la adscripción de determinadas plazas al personal laboral (puestos de Administrativo, Analista programador, Animador sociocultural, Arquitecto, Auxiliar administrativo, Abogado, Agente de Desarrollo Local, Agente de Consumo, Agente de Tributos locales, Pedagogo, Programador, Psicólogo, Sociólogo, Trabajadores de Familia y Trabajador Social).

Considera la Sala que, efectivamente, la inclusión de aquéllos en el cuadro de personal laboral resulta totalmente anómala, ya que los cometidos a desempeñar por ellos aparecen reservados a funcionarios de carrera en la normativa autonómica y sólo por la vía de urgente e inaplazable necesidad y para períodos puntuales podría acogerse el Ayuntamiento a la fórmula de la contratación laboral. Tampoco pueden amparar esa viciosa práctica, que fue declarada inconstitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1987, de 11 de junio, la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 30/1984 y Transitoria Segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, pues una cosa es que quienes ocupan los puestos puedan seguir desempeñándolos y que puedan participar en los procesos selectivos a celebrar, y otra muy distinta que en la RPT puedan seguir reservándose esos puestos a personal laboral cuando reúnen los caracteres de aquéllos que han de ser reservados a funcionarios.

### **10. LEGITIMACIÓN NEGOCIADORA**

#### **A) No tiene legitimación para negociar la Junta de Personal por ser un órgano de mera consulta e información**

La STSJ de Asturias de 26 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2010\9718, se ha pronunciado sobre la actuación llevada a cabo por la Administración del

## X. Función Pública

Principado de Asturias durante la elaboración de la Plantilla Orgánica de los Centros Educativos Asturianos. El recurso especial para la protección de los derechos fundamentales es planteado por la Junta de Personal al entender que se ha producido una vulneración del derecho de libertad sindical en relación con el derecho a la negociación colectiva, toda vez que se ha omitido dar traslado a la Junta de la información referente a la Plantilla Orgánica y consensuarla, tal como se había realizado en ocasiones anteriores.

La Sala desestima el recurso y considera que no se ha producido violación del derecho fundamental a la libertad sindical en la medida en que la Junta de Personal es un órgano creado para la representación del personal docente no universitario, con fines específicos y limitados que dejan a salvo las funciones encomendadas a los sindicatos que son los que tienen capacidad para participar en la negociación colectiva de la plantilla. La negociación colectiva viene regulada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que a su vez concreta las funciones y legitimación de las Juntas de Personal en su artículo 40.1 al disponer que tendrán las siguientes funciones, en sus respectivos ámbitos: “a) Recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento”.

La Ley no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los Sindicatos y de las Administraciones públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento, con lo que se quiere decir que existen órganos que, según el legislador, son los “cauces” que sirven de marco legal y en el seno de los cuales se articula y desarrolla la negociación colectiva y que por ello resultan indisponibles para cualquiera de los interlocutores. Aclara la Sala que “la negociación colectiva, no sólo debe llevarse a cabo en relación a ciertas materias (artículo 37) sino que, además, debe efectuarse de acuerdo con las previsiones de dicha Ley, particularmente en cuanto a los órganos a los que ésta atribuye la condición de cauce procedimental de articulación de dicha negociación”. Ello significa que la negociación reclamada, contrariamente a lo afirmado, no correspondía a la Junta de Personal, ya que éste no es un órgano de negociación colectiva sino de consulta e información. Se trata de un órgano de representación, y no de un órgano de negociación colectiva y de determinación de las condiciones de trabajo. Toda esta argumentación lleva a la Sala a descartar la vulneración del artículo 28.1 de la Constitución.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la **STSJ de Murcia de 20 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, JUR 2010\18005, que ha estimado el recurso presentado y anulado la resolución administrativa porque, según consta en el expediente, el sindicato no tuvo oportunidad de negociar la RPT del personal de Administración y servicios de la Universidad de Murcia, sino que fue su Junta de Personal la que participó mediante la emisión de un informe. Pero esta circunstancia no supe la convocatoria de la Mesa de Negociación a la que la Universidad estaba obligada, ni prueba que el sindicato tuviera una información e intervención a través de la actuación de la junta de personal que pudiera equipararse a la que hubiera tenido en la mesa de negociación.

**MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN**  
**JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ**  
**BELÉN MARINA JALVO**



**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Régimen del suelo.** A) Los propietarios de suelo urbano no consolidado están obligados a ceder gratis el terreno necesario para la ejecución de los sistemas generales. B) Los propietarios de una urbanización ilegal están obligados a costear los gastos de reurbanización establecidos en el PERI, pues en tal caso el suelo urbano consolidado por la edificación se equipara al suelo urbano no consolidado. C) Los propietarios de suelo urbanizable no están obligados a costear la ejecución de una zona verde reputable como sistema general.

**2. Planeamiento urbanístico.** A) La “formación de pantallas arquitectónicas” es un concepto jurídico indeterminado que no se define únicamente por la densidad de edificación. B) Reafirmación de la aprobación por silencio administrativo de planes urbanísticos *contra legem*. C) Nulidad de la prohibición de emplazamiento de estaciones de telecomunicación establecida en el PGOU. **3. Ejecución del planeamiento.** A) Patrimonio Municipal del Suelo: destino. B) Sistemas de ejecución: alteración. **4. Responsabilidad patrimonial.** A) Responsabilidad solidaria de las Administraciones públicas autonómica y municipal por la anulación de licencia de obras y consiguiente orden de demolición de lo indebidamente construido.

**1. RÉGIMEN DEL SUELO****A) Los propietarios de suelo urbano no consolidado están obligados a ceder gratis el terreno necesario para la ejecución de los sistemas generales**

La STSJ de Cataluña, había anulado la previsión del PGOU de Reus de que el vial de 25 metros de ancho se asuma exclusivamente como cesiones en una determinada Unidad de Actuación, al tratarse de un sistema general en beneficio de todo el municipio.

En línea con lo mantenido en anteriores casos acaecidos en Cataluña que en ella se citan, la STS de 9 de octubre de 2009, RJ 2009/4943, revoca dicha decisión, pues entiende que los propietarios de los terrenos incluidos en la categoría de suelo urbano que carece de urbanización consolidada están obligados a ceder el suelo necesario para la ejecución de los sistemas

generales que el planeamiento general incluya en el ámbito correspondiente: [... de cara a lo que aquí interesa, tal distinción [sistema general o local] carece de efectos en el caso concreto, pues incluso tratándose de viario de sistema general, su cesión resultaba obligatoria de conformidad con las determinaciones previstas en el artículo 14.2.b) y Disposición Transitoria Primera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones (LRSV)].

En idéntico sentido se pronuncian las SSTS de 23 de julio de 2009, JUR 2009/360084, y de 9 de octubre de 2009, RJ 2009/4944, entre otras.

**B) Los propietarios de una urbanización ilegal están obligados a costear los gastos de reurbanización establecidos en el PERI, pues en tal caso el suelo urbano consolidado por la edificación se equipara al suelo urbano no consolidado**

La comunidad de propietarios recurrente argumentaba que, al estar los terrenos de la urbanización ya urbanizados y consolidados por la edificación, no podía imponérseles otros deberes que el de completar a su costa la urbanización necesaria para alcanzar la condición de solar (artículo 14.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril).

Confirmando la sentencia de instancia, la STS de 1 de octubre de 2009, JUR 2009/435934, rechaza dicho planeamiento:

“La sentencia de instancia no ignora que los terrenos objeto de controversia se encuentren urbanizados; pero expone con claridad que se trata de una urbanización que se llevó a cabo de forma ilegal en suelo rústico; esto es, una urbanización ilegal de las contempladas en la Ley 9/1985, de 4 de diciembre, especial para tratamiento de actuaciones urbanísticas ilegales de la Comunidad de Madrid. Dicha norma —explica la sentencia— se promulgó para dar respuesta a una situación de hecho, la proliferación de urbanizaciones en suelo rústico, siendo su finalidad la de posibilitar la legalización de algunas de las actuaciones urbanísticas ilegales y reiterar, cuando aquello no fuese posible, la necesidad de aplicar las normas de disciplina urbanística.

Partiendo de tales datos, resultan enteramente acertadas las consideraciones que expone la sentencia recurrida señalando que, en casos como el que aquí se examina, la clasificación de los terrenos como suelo urbano no tiene realmente su origen en una especial fuerza vinculante de la realidad física, sino única y exclusivamente en la propia legalidad, pues cuando se ha actuado ilegalmente la Administración no tiene indefectiblemente la obligación de clasificar los terrenos como suelo urbano.

En concordancia con lo anterior, es también acertado el razonamiento de la Sala de instancia en el sentido de que el Plan Especial de Reforma Interior es instrumento adecuado para lograr que la urbanización realizada ilegalmente se acomode al planeamiento —se trata de adaptar la realidad física a la legalidad— sin que pueda aceptarse el planteamiento de la recurrente pues a efectos de atribuir al suelo la consideración de consolidado que se pretende no basta con cualquier urbanización, incluso la realizada ilegalmente, sino que es necesario que la urbanización se acomode al planeamiento, debiendo por ello asumirse que el planeamiento urbanístico puede imponer una reurbanización de mayor o menor alcance, y que, asimismo, los propietarios han de quedar sujetos al régimen de deberes

## XI. Urbanismo

propio del suelo urbano no consolidado conforme a lo previsto en el artículo 14.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.”

### **C) Los propietarios de suelo urbanizable no están obligados a costear la ejecución de una zona verde reputable como sistema general**

En este otro caso se dilucida si, en relación con determinadas infraestructuras –zona verde y vía pública–, además de la cesión de los terrenos, los propietarios de suelo de una unidad de actuación en suelo urbanizable han de costear la urbanización. O, dicho de otro modo, determinar si se trata de infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación o de ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad o las densidades generadas que, conforme al artículo 18.3 de la Ley 6/1998, deban ser sufragados por dichos propietarios.

Sobre la base de lo establecido en la STS de 5 de marzo de 2007, RJ 2007/8319, la STS de **18 de septiembre de 2009**, JUR 2009/423676, estima el recurso de casación y anula la previsión del Plan Parcial de Gaztelondo (Bilbao) que imponía a los propietarios de suelo urbanizable no programado el deber de costear la urbanización de los terrenos destinados a zona verde: “En el caso de la zona verde, por el contrario, atendidas sus características y naturaleza, según la citada prueba pericial, en relación con la total extensión de la misma fijada en 47.742 m<sup>2</sup>, en relación con la totalidad del sector que asciende a 15,3 hectáreas de superficie, revela que tal sistema general resulta ajeno a la previsión del artículo 18.3 citado, porque estamos ante un elemento principal del municipio que forma parte de su estructura general, de modo que a los propietarios del sector no reporta un beneficio relevante o de intensidad bastante para ser incluido en el mentado artículo 18.3. Téngase en cuenta que dicha zona verde se conecta con otras, como la del plan parcial de Larraskitu que establece también otra zona verde o parque, de modo que mediante su adición configuran una zona verde que trasciende de lo particular, del sector, a lo general, el municipio. Todo lo cual nos conduce a declarar que los costos de urbanización de este sistema general adscrito no corresponden a los propietarios del sector, porque se trata de la aplicación de la regla básica del reparto equitativo de beneficios y cargas, recogido en el artículo 5 de la Ley 6/1998, como proyección del derecho a la igualdad constitucionalmente establecido”.

En cambio, a la luz de la documentación reunida, la Sentencia sí considera que el viario sea una infraestructura de conexión con sistemas generales exteriores.

## **2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**

### **A) La “formación de pantallas arquitectónicas” es un concepto jurídico indeterminado que no se define únicamente por la densidad de edificación**

La STS de 25 de septiembre 2009, JUR 2009/435999, estima que el artículo 30.1.b) de la Ley de Costas de 1988, si bien no impide edificar en la zona de influencia, sí que limita la discrecionalidad del planificador, imponiendo determinadas restricciones: “Pues bien, la finalidad de esta norma legal, que no por evidente resulta menos relevante, es que el dominio público marítimo-terrestre debe ser preservado y tal objetivo se alcanza a través de diferentes

fórmulas. Una de ellas es la prevista en el citado artículo 30.1.b) de la Ley de Costas, evitando la formación de pantallas o acumulación de volúmenes. Ésta es la única prohibición, de manera que la previsión legal que hace *in fine* el mentado artículo 30.1.b), sobre la densidad de la edificación, no es más que un instrumento o medio cualificado para impedir las citadas pantallas o la acumulación de volúmenes. Así, cuando se alcanza dicha media –que la densidad de la edificación supere la media del suelo urbanizable– estamos en el caso del artículo 30.1.b) de tanta cita, prohibido en la zona de influencia. Sin embargo, nada impide que cuando no se alcance tal media pueda también apreciarse la concurrencia de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, atendido el entorno a preservar, la configuración de la zona, la disposición, continuidad y altura de las edificaciones proyectadas. Es decir, tomando en consideración los criterios que integran estos conceptos jurídicos indeterminados dotando de certeza a su apreciación, como seguidamente veremos”.

Analizando las circunstancias del supuesto de hecho, el Tribunal confirma la nulidad de un Plan Parcial que preveía la construcción de quinientas viviendas plurifamiliares con cuatro plantas de altura tras las unifamiliares más cercanas a la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, por estimar que vulneraba la antedicha prohibición.

### **B) Reafirmación de la aprobación por silencio administrativo de planes urbanísticos *contra legem***

Al menos tres sentencias del Tribunal Supremo han venido a reafirmar durante el pasado año la doctrina que admite la posibilidad de que los instrumentos de planeamiento urbanístico se entiendan aprobados por silencio administrativo, incluso si es *contra legem*. Se trata de las SSTS de 28 de enero de 2009, RJ 2009/1471, de 27 de abril de 2009, RJ 2009/3309, y de 30 de septiembre de 2009, RJ 2009/4722.

Según se recoge en esta última, la perspectiva de examen es diferente cuando el silencio positivo se refiere a un instrumento de planeamiento y no a una solicitud de licencia:

“Nuestro ordenamiento jurídico no contempla, por principio, que las disposiciones de carácter general puedan resultar aprobadas por silencio positivo. En realidad, la propia naturaleza normativa de tales disposiciones, además de la concreta regulación de los procedimientos para su elaboración y aprobación, vienen a excluir esa posibilidad de aprobación por silencio. Pero, como excepción a esa regla, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico –cuyo carácter de disposiciones de carácter general queda reconocido en una jurisprudencia consolidada y unánime– puedan ser aprobados por silencio. Claro exponente de ello lo tenemos en los artículos 40.1 y 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, de los que esta Sala ha hecho aplicación en ocasiones anteriores, no sólo a propósito de instrumentos de desarrollo sino también con relación a la aprobación por silencio de planes generales de ordenación –sirvan de muestra las Sentencias de 27 de diciembre de 1995 (apelación 5436/1991) y 25 de junio de 2008 (casación 4334/2004). Pero la figura del silencio positivo en la aprobación de instrumentos de planeamiento se contempla también en otras normas mucho más recientes, y por ello mismo no aplicables al caso que nos ocupa, como son el artículo 11, apartados 4 y 5, de Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y el artículo

## XI. Urbanismo

11, apartados 5 y 6, del texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

Vemos así que la aprobación de toda clase de instrumentos de ordenación urbanística por silencio administrativo es una constante en nuestro ordenamiento; y es una previsión a la que, además, se atribuye de forma expresa el carácter de norma básica (Disposición Final Primera de la Ley 8/2007 y Disposición Final Primera del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

(...)

Esa regulación contenida en los artículos 40 y 41 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 —con el complemento de lo que dispone el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, al que luego nos referiremos— es la aplicable al caso; y ha continuado en vigor, al menos en lo que se refiere a planes generales, hasta que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (artículo 11.5 y 6) y el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 (artículo 11.4 y 5) han abordado una nueva regulación del sistema de aprobación por silencio de los instrumentos de ordenación urbanística, nueva regulación esta a la que se atribuye expresamente el carácter de normativa básica y en la que, por cierto, tampoco se contiene limitación ni excepción alguna a la aprobación por silencio en caso de que el instrumento de ordenación contenga determinaciones contrarias a la ley o a un plan de superior jerarquía.”

Para que no quepa ninguna duda, el Tribunal reafirma y concluye: “En efecto, una vez constatado que se han cumplido los requisitos para que se produzca la aprobación por silencio administrativo, está fuera de lugar el examen de los vicios o defectos que se reprochan a las determinaciones del Plan, pues tales alegaciones carecen de virtualidad para impedir el efecto del silencio positivo, sin perjuicio, ya lo hemos indicado, de que puedan aducirse en una eventual impugnación del Plan o puedan resultar determinantes para la ulterior revisión del instrumento aprobado por silencio”.

### **C) Nulidad de la prohibición de emplazamiento de estaciones de telecomunicación establecida en el PGOU**

El PGOU de Zizur Mayor estableció la prohibición de instalar estaciones base en todo su término municipal a excepción del espacio destinado a tal efecto en el paraje “Las Tetas”.

Haciendo suyo el argumentado razonamiento de la Sala de instancia y descartando que se vulnere la competencia planificadora municipal, la **STS de 6 de octubre de 2009**, JUR 2009/458886, confirma la nulidad de dicha previsión: “Tampoco puede prosperar este motivo de casación porque la sentencia recurrida no niega al municipio la potestad de, a través del planeamiento municipal, establecer restricciones o limitaciones a la instalación de estaciones de telecomunicación, sino que ha considerado, y con razón, que la concreta prohibición general para instalar aquéllas en todo el término municipal, salvo en un concreto paraje, no está justificada por resultar desproporcionada y más perjudicial para el medio y la salud al tener que incrementarse la potencia de emisión con un empeoramiento e incluso pérdida del servicio, sin que tal decisión, por ser contraria al ordenamiento jurídico, pueda ampararse en el principio de igualdad”.

### 3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

#### A) Patrimonio Municipal del Suelo: destino

Las STS de 11 de mayo de 2009, Ar. 4358, trata de dilucidar sobre si ciertos terrenos de titularidad municipal forman parte o no del patrimonio municipal del suelo y, por ello, se les aplican las limitaciones de su uso. En concreto, el Ayuntamiento niega que los terrenos litigiosos tengan la consideración de bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo, ya que éstos fueron adquiridos en virtud de un mero pago en especie o compensación a favor del Ayuntamiento sin que ello se derive de transformación o gestión urbanística alguna.

Sin embargo, tal argumentación no es admitida por el TS, pues de la prueba practicada “resulta incontrovertible que, independientemente de que los acuerdos urbanísticos entre la Corporación y las empresas de las que dimanaban los terrenos se pactase, *complementariamente*, respecto a plusvalías pendientes, tasas de equivalencia, tasas de apertura, etc., lo cierto es que el Convenio alcanzado entre Ayuntamiento y empresas, anteriormente titulares del suelo, deriva esencialmente de “cesiones obligatorias” de acuerdo con la legislación urbanística” (FJ 4°).

Una vez aclarada esta cuestión de hecho, el TS debe resolver la cuestión esencial del destino que se debe dar a los terrenos incluidos en dicho patrimonio municipal del suelo. Y para ello indica que el contenido del artículo 276.2 TRLS de 1992 pervive, al no ser declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, ni ser derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, e indica que “los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un patrimonio separado de los restantes bienes municipales y los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos ... se destinarán a la conservación y ampliación de lo mismo”, precepto reproducido en lo esencial, según indica el TS, en el artículo 38 TRLS de 2008.

En este sentido, el TS indica que el fin último que las normas dedican al patrimonio municipal del suelo (“el destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social de acuerdo con el planeamiento urbanístico” –FJ 7°-) no puede ser interpretado de una manera flexible a la vista de la claridad de aquellas normas. Por ello, concluye que, si los bienes pertenecen al patrimonio municipal del suelo, “los ingresos obtenidos tras su enajenación han de destinarse a la conservación y ampliación del meritado patrimonio separado y no a otro fin como hacer frente a gastos derivados de la atención al servicio municipal de basuras” (FJ 7°), lo que lleva al TS a rechazar las tesis del Ayuntamiento recurrente.

#### B) Sistemas de ejecución: alteración

El TS ha de resolver en su STS de 25 de mayo de 2009, Ar. 4510, el problema que se produce por un cambio por parte del Ayuntamiento del sistema de ejecución de compensación al de expropiación. Al respecto, los recurrentes alegaban la falta de motivación en dicho cambio, incumpliendo el artículo 119.2 LS de 1992, en cuanto que dicho precepto da preferencia a los sistemas de compensación y cooperación frente al de expropiación, pudiéndose utilizar este último cuando se hubiera producido incumplimiento por los propietarios de sus obligaciones o por existir razones de urgencia o necesidad, extremos que en el presente supuesto

## XI. Urbanismo

no acaecen, y que en realidad se ocultaba el motivo de favorecer los intereses de una empresa privada. Igualmente, aducía la carencia del preceptivo documento de Estudio Económico-Financiero.

A este respecto, el TS indica que la elección del sistema de ejecución, según el artículo 119.2 LS de 1992, “se efectuará según las necesidades y medios económicos con que cuente, colaboración de la iniciativa privada y demás circunstancias que concurran, dando preferencia a los sistemas de compensación y cooperación, salvo cuando razones de urgencia o necesidad exijan la expropiación” (FJ 7º). Y analizando la documentación obrante en el expediente el TS llega a la conclusión de que no se ha vulnerado dicho precepto.

Así, dice que las razones de urgencia y necesidad se deducen de que el Ayuntamiento había suscrito un convenio de colaboración, sobre condiciones de financiación y ejecución del proyecto urbanístico que incluía los terrenos litigiosos, que implicaba la concesión de una subvención y su ejecución en los plazos previstos en tal convenio. Y estos extremos justifican que el Ayuntamiento asuma el control de la ejecución para asegurarse el cumplimiento de los plazos establecidos, cumplimiento que no podía producirse con el sistema de compensación, en cuanto que el impulso tanto en su aspecto material y jurídico corresponde a los propietarios, y la situación litigiosa en la que se encontraban la mayor parte de los terrenos incluidos en la unidad de actuación (en porcentaje superior al 60%) impedía no sólo la rápida ejecución sino que imposibilitaba su puesta en funcionamiento. En resumen, la seguridad en el incumplimiento de los plazos que el sistema de compensación conllevaba, habida cuenta de la litigiosidad que envolvía los terrenos implicados, conllevaba la urgencia y la necesidad de que el Ayuntamiento se hiciera con el control de la ejecución para impedir la pérdida de la subvención otorgada.

En cuanto a la ausencia de Estudio Económico Financiero, el TS también lo rechaza, y se remite a la sentencia recurrida que considera suficientemente acreditada la viabilidad económica de la modificación producida basándose en el convenio suscrito por el Ayuntamiento que garantiza la financiación del proyecto, cumpliéndose con ello la finalidad del Estudio Económico Financiero.

### 4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

#### **A) Responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas autonómica y municipal por la anulación de licencia de obras y consiguiente orden de demolición de lo indebidamente construido**

La STS de 23 de octubre de 2009, Ar. 458697, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria, el Ayuntamiento de Arnuelo y otros, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 de marzo de 2005, que había estimado la demanda de responsabilidad patrimonial que contra dichas Administraciones Públicas plantearon determinados propietarios por los daños y perjuicios derivados de la orden de demolición de sus viviendas, acordada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1994, que declaró contraria a Derecho y nula la licencia de construcción otorgada a la promotora de dichas construcciones.

La referida orden de demolición había sido acordada judicialmente tras un largo y proceloso procedimiento, que puede resumirse como sigue: En 1990, el Ayuntamiento de Arnuelo aprobó provisionalmente la modificación núm. 4 del Proyecto de Delimitación del Suelo

Urbano del Municipio citado, vigente desde 1987, para incluir en el suelo urbano 26.000 m<sup>2</sup> de terreno del lugar denominado Playa de la Arena, así como las Normas Subsidiarias del Planeamiento aplicables a él, y que calificaban el referido terreno como suelo apto para urbanizar. Meses más tarde, la Comisión Regional de Urbanismo del Gobierno de Cantabria aprobó definitivamente la modificación núm. 4 del Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, y posteriormente el mismo órgano administrativo aprobó definitivamente las Normas Subsidiarias del Planeamiento, que calificaron el referido terreno y otros del entorno de la Playa de la Arena como suelo urbano.

La entidad mercantil CENAVI solicita, en 1991, licencia para construir 144 viviendas (de tipo adosadas) en los referidos terrenos, licencia que el Consistorio municipal otorga en junio de 1991, fecha en la que se aporta el proyecto de construcción pertinente.

En 1992, la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria (ARCA) interpuso recurso administrativo de súplica contra el acuerdo de la Comisión Regional de Urbanismo por el que se aprobaron definitivamente las Normas Subsidiarias del Planeamiento. Frente a la desestimación presunta del acuerdo y contra la licencia otorgada, la citada organización interpone sendos recursos contencioso-administrativos. Los cuales fueron estimados por el Tribunal Supremo por Sentencias de 1993 y 1994, deviniendo ambas decisiones judiciales firmes.

Una vez conocida la anulación del permiso de obras, Ayuntamiento de Arnüero instó la revisión de las Normas Subsidiarias en el año 1996, aprobándolas provisionalmente por Acuerdo de 13 de junio de 1996 que, no fue aceptado por la Comisión Regional de Urbanismo, quien suspendió, además, la aprobación definitiva de aquéllas. Recurridos dichos Actos en vía administrativa, y desestimados, se acudió, en vía de recurso, ante esta misma Sala del Tribunal Supremo, quien, desestimándolos, confirmó la legalidad de los actos impugnados.

El Ayuntamiento de Arnüero planteó, entonces, incidente de inejecución de la Sentencia de 1994 por concurrir causa de imposibilidad material para llevarla a efecto. Dicho incidente fue desestimado mediante Auto de 24 de octubre de 2000, contra el que dedujeron sendos recursos de súplica el Ayuntamiento de Arnüero y los propietarios de las viviendas objeto de la demolición, recursos que fueron desestimados por la Sala mediante el correspondiente Auto de 4 de diciembre de 2000, interponiéndose contra éste recurso de casación que no fue admitido a trámite. Formulado recurso de queja contra esta inadmisión, el Tribunal Supremo lo estimó mediante Auto de 1 de marzo de 2002. Sigue, no obstante, pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto contra el referido Auto de 4 de diciembre de 2000 (por el que se desestimó el concurso de causa de imposibilidad material de ejecución de la Sentencia que anuló la licencia y ordenó la demolición de las viviendas construidas a su amparo).

La Sala de instancia considera como conceptos que deben sufragarse los daños morales siguientes: a) una indemnización de 12.000 euros a aquellos propietarios que hubieran escriturado sus viviendas con anterioridad a la publicación de la STS, cuando tuvieran el carácter de primera vivienda; b) una indemnización de 9.000 euros a aquellos propietarios titulares de segundas viviendas, que hubieran escriturado aquéllas con anterioridad a la publicación de la referida sentencia de la alta instancia jurisdiccional.

La revisión del fallo de la sentencia de instancia solicitada por las Administraciones recurrentes no es una pretensión acogida por el Alto Tribunal. Los motivos que dan lugar a la desestima-

## XI. Urbanismo

ción del recurso de casación son, fundamentalmente, dos: en primer lugar, la caracterización del daño para que éste pueda reputarse indemnizable y, en segundo, la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido, y el consiguiente reparto de la carga indemnizatoria entre sus responsables.

Respecto del daño, considera la Sala que “Para que el daño sea indemnizable “ha de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo sobre derechos o intereses legítimos –Sentencia de 17 de diciembre de 1981–, evaluable económicamente”. No pueden entenderse como tales los gastos de demolición cuando tal demolición no se ha ejecutado. En efecto, el FJ 10º considera que

“(…) ‘tal demolición no se ha llevado a cabo e incluso se están planteando soluciones alternativas al efecto, que en cualquier caso y aun cuando de momento no hayan prosperado, lo que es indiscutible es que la demolición no se ha materializado y por lo tanto el gasto en cuestión no se ha producido, por lo que no puede servir de fundamento a la reclamación formulada por el Ayuntamiento, que es libre de reclamar sucesivamente los gastos parciales que la ejecución le vayan suponiendo en lugar de atender al resultado final de la ejecución, pero que no puede fundar su reclamación en la exigencia de unos perjuicios o gastos posibles o eventuales que al no haberse materializado carecen de la condición de daño real y efectivo que resulta exigible para dar lugar a la responsabilidad patrimonial que se reclama. Menos justificación tiene la genérica referencia al reintegro de todos los gastos necesarios que se le produzcan como consecuencia de la orden de demolición de lo construido, que además de no concretarse se refieren a eventuales daños que carecen igualmente del requisito de certeza y efectividad que permita tomarlos en consideración como fundamento de una reclamación de esta naturaleza’ (...), lo mismo debemos decir ahora, en cuanto al daño emergente y el lucro cesante que se reclama con apoyo en la orden de demolición no constituye un daño efectivo hasta que dicha orden se lleve a efecto y los reclamantes de responsabilidad se vean obligados a abandonar sus propiedades.

Cierto es que con la sola orden de demolición pueden derivarse daños reales y efectivos no encuadrables en el daño moral (...) (imposibilidad o dificultad de venta de los inmuebles afectados por la orden de demolición ya no sólo por los adquirentes sino también por la promotora; imposibilidad o dificultad de que dichos inmuebles garanticen obligaciones; imposibilidad de ejecución de derechos de mejora, de reforma, etc.), pero no es menos cierto que esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura”.

Por lo que se refiere a la satisfacción económica de los daños morales, el Tribunal confirma la tesis de la sentencia de instancia que reconocía el derecho de reparación económica únicamente a los que compraron sus viviendas antes de la sentencia por la que se anuló la licencia de obras, negándose la expresamente a los que compraron por contrato privado antes de ella, pero escrituraron después, razonamiento que había sido un motivo de casación esgrimido por los recurrentes.

Para el Tribunal Supremo,

“(…) Una cosa es que se reconozca en ella [STS anulatoria del permiso de construcción] legitimación activa a compradores de viviendas por medio de documento privado, esto es, que se admita la posibilidad de su personamiento en un procedimiento en el que se cues-

tiona la conformidad a derecho de lo edificado, es más, en tales casos la Administración y el Tribunal están obligados a examinar de oficio la constitución defectuosa de la relación procesal y ordenar los emplazamientos, y otra muy distinta es que la fecha de un documento privado pueda surtir efectos frente a terceros, posibilidad expresamente negada en el artículo 1227 del Código Civil que expresa que ‘La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiera sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo formaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio o cargo’.

Es absolutamente irrelevante la discusión relativa a si con la elevación del documento privado de compra-venta a escritura pública se asumió o no un mayor riesgo que el existente, lo trascendente es que hasta la fecha en que se eleva a escritura pública y ante la no concurrencia de las otras circunstancias previstas en el citado artículo 1227 del Código Civil, no hay una fecha cierta de la adquisición que ampare la reclamación frente a terceros.

Indicar que los adquirentes después de la sentencia anulatoria de la sentencia de primera instancia y antes de recaer la del Tribunal Supremo asumieron incuestionadamente un riesgo si conocían el contenido de dicha sentencia y que indiferente es, a los efectos de reconocer indemnización por daño moral, que expresamente en los contratos se previera la subrogación del adquirente en todos los derechos del trasmisente. Y es que lo que se indemniza por dicho concepto en la sentencia es el malestar originado por una inopinada y sobrevenida anulación de la licencia” (FJ 11°).

Por lo que se refiere al nexo de causalidad que debe existir entre la actuación administrativa y el daño producido, cuestión altamente discutida en esta sede, ya que ambas Administraciones públicas recurrentes pretenden como causa última del perjuicio la conducta de la otra: así, el Ayuntamiento de Arnuero sitúa como origen de aquél la indebida calificación del suelo urbano realizada por la Comisión Regional de Urbanismo al aprobar las Normas Subsidiarias de Planeamiento, esto es, en el Gobierno cántabro, mientras que la Administración autonómica la sitúa en la aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano realizada por el órgano municipal.

La Sala considera que la anulación de la licencia descansa en la indebida calificación del terreno sobre el que se asientan las edificaciones construidas, terreno que no tenía la necesaria cualidad urbana exigida al efecto. Dicha calificación fue efectuada por la Comisión Regional de Urbanismo.

No obstante, considera el Tribunal que esta apreciación debe modularse en orden a determinar el grado de responsabilidad que cabe a la autoridad municipal, ya que, según se desprende del FJ 12°, *in fine*,

“Lo que no resulta tan claro es que la actividad de dicha Administración sea la única causa del daño. El Ayuntamiento demandante entiende que es así y que su propia actividad no contribuyó al resultado lesivo, alegando que si bien el 12 de junio de 1990 aprobó provisionalmente la modificación núm. 4 del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano del Municipio, incluyendo como tal 26.000 m<sup>2</sup> de terreno del lugar denominado Playa de la Arena, sólo un mes después, concretamente el 12 de junio de 1990, al aprobar provisionalmente las Normas Subsidiarias de Planeamiento, se califica dicho terreno como suelo

## XI. Urbanismo

apto para urbanizar, no como urbano, de manera que la Comisión Regional de Urbanismo, cuando el 27 de septiembre de 1990 (BOC de 10 de octubre de 1990) aprobó definitivamente el referido Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, confirmando la inclusión del terreno en el suelo urbano, ya conocía la distinta postura del Ayuntamiento al respecto y también informes técnicos en tal sentido, a pesar de lo cual se aprueba definitivamente el PDSU y seguidamente, el 27 de noviembre de 1990, también definitivamente, las Normas Subsidiarias de Planeamiento, que amplía incluso la superficie a clasificar como suelo urbano.

Considera por ello el Ayuntamiento que sólo a la actuación de la Comisión Regional de Urbanismo es imputable el resultado lesivo, al clasificar indebidamente como urbano el terreno, lo que determinó la concesión de la licencia después anulada. Sin embargo, tal planteamiento no puede compartirse, pues lo que se pone de manifiesto con todo ello es que el Ayuntamiento al momento de otorgar la licencia conocía igualmente tales circunstancias en relación con la controvertida clasificación del terreno sobre el que se pretendía construir, pese a lo cual y sin ningún reparo ni actividad dirigida a privar de eficacia esa clasificación del suelo o cuestionar la concesión de la licencia a su amparo, procedió a su otorgamiento, actitud que no puede escudarse en el carácter reglado del reconocimiento de la licencia, pues ello no priva a la Administración, en este caso Ayuntamiento, de las posibilidades de reacción, ante una clasificación del terreno que considere indebida en un instrumento de planeamiento, que el ordenamiento jurídico le reconoce para su revisión y el consiguiente efecto en la concesión de licencia e, incluso, de valorar la no concesión de la licencia al amparo de dichas Normas Subsidiarias, que, como se pone de manifiesto de contrario, no se publicaron en el Boletín Oficial de Cantabria hasta el 15 de abril de 1992, lo que cuestionaba su vigencia, como reconoce el propio Ayuntamiento en su escrito de interposición del recurso de casación, aun cuando alega que en aquel momento la cuestión no había sido resuelta definitivamente por la jurisprudencia; y no se diga que ello no hubiera impedido tal concesión dada la inclusión del terreno como urbano en el Proyecto de Delimitación de Suelo que había sido aprobado definitivamente, pues la propia parte pone de manifiesto y ya hemos dicho antes que en dicho Proyecto de Delimitación la superficie del suelo en cuestión era muy inferior y en ningún caso podía comprender la construcción de 144 viviendas y los garajes a que se contraía la licencia. Con todo, lo que se quiere significar es que el Ayuntamiento otorgó la licencia sobre unos terrenos indebidamente clasificados como urbanos, es decir, que no reunían tal condición, sin que tomara actitud alguna en relación con la revisión de dicha clasificación si la consideraba indebida o valorara la improcedencia de su otorgamiento. Actitud en la que persiste el Ayuntamiento al convalidar la licencia el 11 de marzo de 1993, cuando ya se había producido la impugnación tanto de la licencia como de las Normas Subsidiarias. En definitiva, de la misma forma que imputa a la Comisión Regional de Urbanismo la aprobación definitiva, tanto del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano como de las Normas Subsidiarias, con pleno conocimiento de que el Ayuntamiento ya no entendía que fuera la apropiada y que así lo habían suscrito informes técnicos, el propio Ayuntamiento procedió a conceder la licencia después anulada conociendo esas mismas circunstancias, que después determinaron su ilegalidad, sin que a pesar de ello adoptara prevención alguna en su mano para corregir la situación, propiciando con ello el resultado lesivo a cuya producción ha concurrido con la Administración Autonómica, al otorgar en dichas condiciones la licencia anulada.”

Por todo ello, entiende la Sala que la

“(…) obligación de responder de los daños y perjuicios sufridos, que se identifican con los gastos de demolición reclamados o realizados en sustitución de los terceros perjudicados en la cuota que en su caso se determine en los procesos en los que se reclame por los mismos, tiene su causa en la propia actuación de la Administración reclamante sin cuya participación no le sería exigible responsabilidad alguna, de la que no queda exonerada por la concurrencia a la producción del resultado de otra Administración pública, exoneración que sólo tiene lugar cuando la Administración que invoca el perjuicio no participa en la producción del resultado lesivo que se atribuye, exclusivamente, a la Administración demandada, que no es el caso”.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Bienes locales.** A) Enajenación de bienes patrimoniales: enajenación mediante concurso. B) Prerrogativas administrativas: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio. **2. Aguas continentales.** A) Denegación de inscripción de aprovechamientos de aguas privadas. B) Reglamento de Dominio Público Hidráulico: cuestión de legalidad sobre el artículo 332. Criterio reiterado por la Sala. C) Denegación de atribución a Comunidad de Regantes de aguas excedentarias procedentes del embalse de Yesa (Aragón). **3. Aguas marítimas.** A) Disposición Transitoria Primera.1 de la Ley de Costas. B) Deslinde del dominio público costero. a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo. b) Efectos: declara la titularidad dominical de los bienes en favor del Estado. c) Procedimiento. a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores. b') La falta de citación a los colindantes sólo determina la nulidad del procedimiento de deslinde si genera indefensión. c') La nulidad de un procedimiento de deslinde es título suficiente para el reconocimiento por la jurisdicción civil de la propiedad privada de los inmuebles. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas. D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre. E) Puertos. a) La aprobación de los Planes de Utilización de Espacios Portuarios de puertos autonómicos requieren informe favorable de la Administración del Estado si afectan al demanio costero estatal. b) No cabe suspender la ejecución de la Ponencia de Valores Especiales de un puerto sin probar los perjuicios sobre la competencia interportuaria alegados. c) Usos privativos de espacios portuarios. d) Intercambiabilidad en los servicios de transporte marítimo: límites. e) Infracción grave: navegación en embarcación especial de alta velocidad sin autorización de la Capitanía Marítima. F) Pesca marítima: infracciones. **4. Montes.** A) La calificación de un monte como vecinal en mano común no tiene el efecto de obstaculizar o impedir el ejercicio de las potestades que la Ley de Costas atribuye a la Administración del

Estado en orden a practicar el deslinde de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre. Aprobado el deslinde y siendo firme, tal delimitación debe desplegar todos sus efectos. **5. Carreteras.** A) Reconocimiento de responsabilidad patrimonial administrativa por las lesiones sufridas por un motorista al que las biondas de seguridad de una carretera, de naturaleza cortante, segaron una pierna. **6. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua. a) Imposición y ordenación. b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa. c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación. B) Aguas continentales: otras exacciones por abastecimiento en alta. C) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja. D) Aguas marítimas. a) Tasas portuarias. b) Tributos previstos en la Ley de Costas. E) Otro dominio público estatal. a) Canon por ocupación o uso especial del dominio público viario estatal. F) Otro dominio público: dominio público local. a) Utilización del dominio público local en general. b) Tasa al 1,5% que se exige a las empresas suministradoras de servicios de interés general. c) La cuestión de los operadores de telefonía móvil. G) Impuesto sobre Bienes Inmuebles. a) Aeropuertos

## 1. BIENES LOCALES

### A) Enajenación de bienes patrimoniales: enajenación mediante concurso

En la STSJ de Cataluña 246/2009, de 3 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, se examinan los criterios para la adjudicación de los bienes en el procedimiento de enajenación de los bienes patrimoniales mediante concurso. Para ello parte de la aplicación del Texto refundido de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas de 2000 que contempla la adjudicación a la oferta más ventajosa.

En concreto, en la Sentencia se afirma que con arreglo al artículo 74.3 en relación con los artículos 85 y siguientes de la citada norma, en el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente a su precio y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto. Conforme a una reiterada jurisprudencia, representada entre otras por las STS, Sala Tercera, de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/1994), y 28 de noviembre de 2000 (recurso 4964/1996), la expresión “proposición más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado, para cuya concreción en cada caso la

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Administración goza de discrecionalidad técnica, y que es controlable su aplicación por parte de los tribunales.

Ese control es realizado en el caso concreto por el Tribunal quien anula la declaración de desierto del concurso para la venta de una de las parcelas, ordenando retrotraer el procedimiento y adjudicar el bien de acuerdo con el pliego de condiciones del concurso, al reunir los ofertantes los requisitos mínimos establecidos en la convocatoria y, por tanto, no poderse declarar desierto. Por lo que respecta a las otras dos parcelas entiende el Tribunal que partiendo del margen de discrecionalidad técnica que debe reconocerse a la Administración demandada en la valoración de las proposiciones presentadas, no resulta de lo actuado que el criterio resolutorio de ellas, fuera arbitrario o irracional, ni apartado de las previsiones de los pliegos de condiciones, en lo que se refiere a las licitaciones de la parcelas.

### **B) Prerrogativas administrativas: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio**

En la STSJ de Murcia 151/2009, de 27 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se plantea si con un informe de un arquitecto municipal emitido con fundamento en el planeamiento urbanístico puede decidirse que un camino es público y emitirse un certificado para que se dé de alta en el Inventario de bienes municipales. Dicho certificado es recurrido y el Tribunal entiende que aunque forma un acto de trámite constituye uno de los supuestos excepcionales que la ley le permite recurrir y dado que mediante un certificado y sin más prueba no se puede decidir su titularidad y después proceder a recuperarlo. Por ello lo anula.

A tal conclusión llega el Tribunal, teniendo en cuenta la práctica de la prueba y que de ella no se deduce claramente su carácter público o privado. Así, afirma que se está frente a unos hechos que por su ausencia de claridad impiden la entrada en juego del principio de autotutela. Ciertamente el ejercicio de la facultad de recuperación de oficio se encuentra reconocida, sin perjuicio de la acción de quien se crea titular de los bienes sobre los que se ejercita para reivindicarlos ante la jurisdicción civil, pero ello no es óbice para que la Administración se someta a las reglas establecidas en las disposiciones contenidas en la legislación de régimen local. Como expresa la doctrina del Tribunal Supremo, no cabe utilizar este procedimiento excepcional cuando son precisos complicados juicios de valor, cuestión que aquí acontece pues es preciso conocer, de manera indubitada, todos los datos que lo identifiquen, por donde transcurre, sin confusión alguna ni debate al respecto. No está, por tanto, clara la posesión administrativa del bien sobre el que pretende ejercitarse la acción y sobre todo ningún procedimiento se ha seguido, por lo que se han vulnerado los más elementales derechos que deben ser reconocidos, como es la audiencia, alegaciones, etc. En definitiva, la Sala no puede avalar un acto que en realidad supone incluir un camino, de discutida naturaleza jurídica, en un inventario de bienes públicos municipal, sin estar mínimamente probado siquiera que su uso sea público. Con ello no cierra el paso a la iniciación de un nuevo expediente de deslinde y recuperación de oficio, ni al ejercicio de otras posibles acciones por el Ayuntamiento con la misma finalidad. Éstas sólo estarán condicionadas a que concurran los presupuestos en cada caso exigidos por el ordenamiento jurídico para que el Ayuntamiento pueda atender a su legítimo deseo de defender los intereses generales del Municipio. Lo que está vedado es seguir una vía de hecho, que en alguna medida es lo sucedido en el presente caso. Por eso, con el acto impugnado, la Corporación consuma una actuación fáctica, al margen de todo procedimiento, razón por la que es recurrible, y además porque va, sin una explicación que

lo justifique, contra los propios actos de la Administración, que, estimando las alegaciones de la recurrente, excluyó el camino del inventario en el año 2001, y por tanto entendió que su naturaleza era privada.

## 2. AGUAS CONTINENTALES

### A) Denegación de inscripción de aprovechamientos de aguas privadas

En la STS de 18 de enero de 2010 (recurso de casación 7663/2005), se discuten las Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 19 de enero de 2000, por las que se denegó la inscripción de aprovechamiento de aguas subterráneas en el catálogo de aguas privadas de siete pozos, por no resultar acreditados los caudales realmente utilizados a fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas.

En el proceso de instancia (Sentencia de 27 de septiembre de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, recurso 1220/2002) la demandante (Agrícola La Juliana, SL) aducía que los alumbramientos de aguas subterráneas se encontraban realizados antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, y que, aunque no se encontraban en explotación les es de aplicación lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de la Ley de Aguas de 1985. Frente a ello el Abogado del Estado sostenía que para que sean aplicables dichas disposiciones transitorias es necesaria la existencia del aprovechamiento en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 (hoy Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio).

Planteado el debate de fondo en estos términos, el TS analiza la sentencia de la Sala de Instancia recurrida en casación reproduciendo parte de los fundamentos jurídicos contenidos en ella y determina que el motivo de casación alegado por la recurrente no puede prosperar a la vista de la jurisprudencia que interpreta y aplica las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de la Ley de Aguas. El TS hace mención expresa de su Sentencia de 27 de abril de 2009 (recurso de casación 11340/2004) –ya comentada en la crónica XII del núm. 46 de la Revista *Justicia Administrativa* de enero de 2009– en donde se advierte que el régimen jurídico del Catálogo de aprovechamientos privados de aguas es diferente al del Registro de Aguas, siendo distintos tanto los requisitos necesarios para el acceso como las consecuencias derivadas de la inscripción en uno y otro, tal y como se deduce claramente de lo establecido en las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de la Ley de Aguas y en los artículos 189 a 197 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

Centrándose en el significado y alcance de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas 29/1985, aplicable al caso, y en el artículo 195.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, el TS determina que para inscribir un aprovechamiento preexistente de aguas calificadas como privadas anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, es necesario justificar la posesión del aprovechamiento de que se trata, sus características y aforo, lo que requiere acreditar el destino de las aguas y la superficie regada. Así, lo que la Administración hace constar en este Catálogo, no son derechos sino situaciones de hecho, y ello justifica que no se otorgue a los aprovechamientos incluidos en el Catálogo la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro. Para inscribir los aprovechamientos en el Re-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

gistro es necesario acreditar el derecho al aprovechamiento y la no afección a otros aprovechamientos, para incluir el aprovechamiento en el Catálogo basta justificar su existencia y titularidad de hecho, así como sus características y aforo.

Por las razones expuestas, el TS determina que el recurso de casación no puede prosperar, pues la sentencia de instancia, si bien señala, como hecho admitido por los litigantes, que los pozos existían con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, deja también claramente establecido que tales pozos no se encontraban en explotación en aquella fecha y que, por tanto, no hay acreditación de las características y el aforo del aprovechamiento en el momento de la entrada en vigor de la Ley 29/1985. En consecuencia, no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la mercantil Agrícola La Juliana, SL contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 27 de septiembre de 2005, declarando la conformidad a derecho de las Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 19 de enero de 2000, por las que se denegó la inscripción de los aprovechamientos de aguas subterráneas en el Catálogo de aguas privadas por no resultar acreditados los caudales realmente utilizados a fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas.

En similar sentido se puede ver la **STS de 2 de noviembre de 2009** (recurso de casación 4241/2005), Agrícola Pinos Altos, SA contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 18 de marzo de 2005, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 125/2002 formulado contra el Acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Segura de 14 de mayo de 2001, por el que se denegó la inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento de aguas privadas. Para resolver la cuestión planteada en este recurso de casación el TS analiza las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley de Aguas de 1985, en las que se establece que los titulares de aprovechamientos de aguas privadas procedentes de manantiales, pozos o galerías preexistentes a la entrada en vigor de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, pueden optar entre al aprovechamiento temporal de ellas durante 50 años, solicitando en el plazo de tres años contados desde la entrada en vigor de dicha Ley (1 de enero de 1986) la inscripción en el Registro de Aguas, o conservar su propiedad privada solicitando la anotación en el Catálogo de Aguas privadas conforme al artículo 195 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Supuesto este en el que los aprovechamientos no gozan de la protección del Organismo de Cuenca (véase la STC de 7 de febrero de 1990), siendo además en este último caso en que se mantienen los derechos sobre dichas aguas privadas en los mismos términos que regían con anterioridad a la aprobación de la Ley de Aguas de 1985, de forma que sólo cabe aprovechar los incrementos de caudal, que se pudieran producir con posterioridad, mediante la oportuna concesión administrativa.

Asimismo, la **STS de 11 de noviembre de 2009** (recurso de casación 4212/2005), en la que se impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de febrero de 2005, en su recurso contencioso-administrativo 784/1999, por medio del cual se desestimó el formulado por la entidad mercantil Construcciones Alhora, SA, contra la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de fecha 9 de abril de 1999, que denegaba la inscripción en el Catálogo de Aguas privadas de cuatro pozos para riego, rechazándose la posibilidad de haberse producido un acto presunto, vía silencio administrativo, por la que se acordara la inscripción de los cuatro cuestionados en el Catálogo de Aguas privadas. El TS estima el recurso de casación interpuesto, acordando retrotraer las actuaciones procesales al momento de la ordenación del recibimiento del pleito a prueba a fin de que se continúe con su tramitación conforme a Derecho.

**B) Reglamento de Dominio Público Hidráulico: cuestión de legalidad sobre el artículo 332. Criterio reiterado por la Sala**

En la STS de 10 de julio de 2009 (recurso de casación 11/2008), se trata la cuestión de legalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sobre el artículo 332 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, en relación con el trámite de notificación de la propuesta de resolución de expediente sancionador y su posible colisión con el artículo 24.2 de la Constitución Española.

El Auto de fecha 24 de septiembre de 2008, en el que se formula la cuestión de legalidad, señalada que el artículo 322 del RDPH omite el trámite de notificación de la propuesta de resolución al presunto infractor, y no sólo lo omite sino que “lo veda e impide”, vulnerándose las garantías que se deducen del artículo 24.2 de la CE.

Al respecto, el Abogado del Estado manifiesta en su escrito de alegaciones que el artículo 322 del RDPH debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Analizada la cuestión de legalidad ahora planteada, el TS advierte que esta cuestión se planteó ante la Sala en idénticos términos, dando lugar a la Sentencia de 2 de abril de 2009 –ya comentada en la crónica XII del núm. 46 de la Revista *Justicia Administrativa* de enero de 2009– en la que se acordó desestimar dicha cuestión de legalidad.

Las razones que en este sentido reitera el TS en la presente sentencia, en la línea de lo argumentado por la Abogacía del Estado, consisten en remarcar que dicho artículo 332 del RDPH debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y con carácter más general al artículo 327.2 del propio RDPH, el cual establece que “el procedimiento para sancionar las infracciones previstas en el presente Reglamento será el regulado por el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes”.

Concluye el TS, en cita de la Sentencia de 2 de abril de 2009, que “frente a lo que razona la Sala de instancia (...), el artículo 332 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico no excluye la notificación de la propuesta de resolución al interesado. Más bien al contrario, la interpretación concordada de ese precepto con lo establecido en los artículos 18 y 19 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, lleva a concluir que, salvo en el supuesto específico a que se alude en el apartado 2 del citado artículo 19, la regla general es la establecida en el artículo 19.1, que impone como preceptiva la notificación de la propuesta de resolución seguida luego de un plazo para que el interesado pueda formular alegaciones.

Cuestión distinta es que si el pliego de cargos notificado en una fase anterior del procedimiento no contenía determinados datos y especificaciones que sí figuran luego en la propuesta de resolución, puede resultar vulnerado el derecho del expedientado a no sufrir indefensión pues lo que se le confiere tras la notificación de la propuesta es sólo un trámite de alegaciones y no de prueba. Pero éste es, como decimos, un problema distinto –la defectuosa formulación

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

del pliego de cargos– que no guarda relación con las razones aducidas en el auto en el que se cuestiona la legalidad del artículo 332 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. (...)”

Concluye el TS que, por las razones expuestas y en reiteración de la doctrina establecida a este respecto por la Sala, la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso contencioso-administrativo núm. 356/2004, respecto del artículo 322 del RDPH, debe ser desestimada.

Veasé en idéntico sentido la **STS de 17 de julio de 2009** (recurso de casación 14/2008), en la que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha plantea cuestión de legalidad en el recurso contencioso-administrativo 551/2004, respecto del artículo 332 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. En esta sentencia el TS vuelve a desestimar en reiteración de la doctrina anteriormente expuesta dicha cuestión de legalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

### **C) Denegación de atribución a Comunidad de Regantes de aguas excedentarias procedentes del embalse de Yesa (Aragón)**

En la **STS de 19 de octubre de 2009** (recurso de casación 3278/2005), se discute la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 7 de marzo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo (núm. 781/01-B) interpuesto por la Comunidad General de Regantes del Canal de Bardenas, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud presentada el 10 de abril de 2001 ante la Confederación Hidrográfica del Ebro, sobre adopción de medidas necesarias en relación con tres autorizaciones de aprovechamientos hidroeléctricos, dentro del sistema de riegos de Bardenas, en el Canal de la Pardina, término municipal de Sádaba (87-M-112 y 113), Acequia de Cinco Villas, término municipal de Ejea de los Caballeros (87-M-111, 114 y 116) y Acequia de Navarra, término municipal de Carcastillo (87-M-115).

Las pretensiones de la parte recurrente (Comunidad General de Regantes del Canal de Bardenas) consistían en que la Confederación Hidrográfica del Ebro declarase una reserva de los recursos hídricos disponibles del Embalse de Yesa, a favor de la Comunidad General de Regantes, para que éstos no se vertiesen al río Aragón, sino que se derivasen como caudales excedentarios a la referida Comunidad General de Regantes a través del Canal de Bardenas al objeto de proceder a su turbinación por las centrales eléctricas ubicadas en las acequias del Canal de Bardenas. Todo ello en aplicación de la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro de fecha 5 de octubre de 1994 en la que se fijaba el derecho preferente de los regadíos tradicionales de los río Aragón y Ebro sobre las aguas del embalse de Yesa.

Los motivos de casación alegados por la Comunidad General de Regantes se reducen en síntesis en los siguientes:

1º) Infracción por inaplicación del artículo 53.1 de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999 (BOE de 16 de septiembre de 1999), por la que se dispone la publicación del contenido normativo del Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro, aprobado por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, y refrendado por la Ley 1/2001, de 15 de julio, en donde se contempla el listado de inversiones de la Cuenca del Ebro.

2º) Infracción por inaplicación del artículo 38 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Aguas) que establece que: “la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado ecológico del dominio público hidráulico y la satisfacción de las demandas de aguas, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial (...) La planificación se realizará mediante los planes hidrológicos de cuenca (...) Los planes hidrológicos serán públicos y vinculantes...”.

3º) Infracción por inaplicación de los Decretos de 19 de octubre de 1951 y 1 de julio de 1971, con arreglo a la Base Segunda de la Ley de 26 de diciembre de 1939, que declararon de alto interés nacional las zonas denominadas primera y segunda parte del Canal de Bardenas, así como los Decretos de 12 de febrero de 1954 y 10 de mayo de 1973 por los que se aprobaron los planes generales de transformación.

Analizados los argumentos de impugnación de fondo esgrimidos por la Comunidad General de Regantes, el TS concluye que todos y cada uno de ellos se sustentan en una errónea interpretación por la parte recurrente de la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro de fecha 5 de octubre de 1994 en la que se fijaba el derecho preferente de los regadíos tradicionales de los ríos Aragón y Ebro sobre las aguas del embalse de Yesa. Pues, de los párrafos que invoca la recurrente tanto del artículo 53 de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999, como de la resolución de la Presidencia del Organismo de Cuenca de 5 de octubre de 1994, no cabe derivar la conclusión que se pretende. En esas determinaciones que se citan por la recurrente, únicamente se establece una ordenación de prioridades sobre las aguas del Embalse de Yesa y se aprueban unas “curvas de garantía” para el funcionamiento de dicho embalse, sin que pueda entenderse que ese establecimiento de prioridades, tal y como aparece formulado, impida o excluya que el agua del embalse de Yesa vierta al río Aragón, por encima de 8 metros cúbicos por segundo.

Continúa el TS afirmando en su FJ 3º que la parte dispositiva de la mencionada Resolución de 5 de octubre de 1994 no establece pronunciamiento alguno en el sentido que propugna la recurrente; y las frases entrecomilladas en las que la representación de la Comunidad General de Regantes del Canal de Bardenas pretende sustentar su planteamiento son únicamente fragmentos aislados tomados de los diversos informes y escritos de alegaciones a los que se alude en los antecedentes y fundamentos de la propia resolución. Lo efectivamente acordado en la resolución de la Presidencia del Organismo no va más allá del establecimiento de una ordenación de prioridades sobre las aguas del Embalse de Yesa para el funcionamiento del embalse.

Concluye el TS que no puede entonces considerarse concretada y fijada en dicha Resolución la cuantía del vertido de agua del Embalse de Yesa al río Aragón, ni cabe entender que en ella se reconozca un derecho exclusivo y excluyente en favor de la Comunidad General de Regantes del Canal de Bardenas, respecto de las aguas procedentes del Embalse de Yesa. En estricta relación con lo anterior, declara el TS, no pueden ser acogidos todos y cada uno de los motivos de casación alegados por la recurrente, pues éstos tienen como punto de partida una errónea interpretación de la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro de 5 de octubre, dado que ello lleva erróneamente a la recurrente a considerar una inobservancia del acuerdo de la Presidencia del Organismo de Cuenca, siendo la pretendida inobservancia de la referida resolución la que determinaría que los preceptos citados en el recurso de casación relativos a la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999, por la

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

que se dispone la publicación del contenido normativo del Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro, y la Ley de Aguas, que se considerasen infringidos.

Por todo lo anterior el TS declara no ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la Comunidad General de Regantes del Canal de Bardenas, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera de refuerzo, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de marzo de 2005, con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

### 3. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) Disposición Transitoria Primera.1 de la Ley de Costas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución, la Disposición Transitoria Primera.1 de la vigente Ley de Costas establece que los titulares de espacios en el demanio costero que hubiesen sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a su entrada en vigor pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento sobre ellos, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión en el plazo de un año a contar desde la mencionada fecha. En este orden de cosas, la **STS de 10 de diciembre de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 634/2008), recuerda la conocida doctrina de los Tribunales Constitucional y Supremo conforme a la cual la citada “conversión” es compensación proporcional y adecuada para los afectados, sin que exista infracción de los artículos 9.3 y 33.3 de la Constitución. En base a ella, rechaza la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el recurrente.

#### B) Deslinde del dominio público costero

##### a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo

Como es habitual, también en esta oportunidad se reflejan pronunciamientos judiciales que constatan el carácter demanial de los bienes costeros que, por naturaleza, se acomodan a las consecuentes determinaciones normativas al efecto. Y ello con independencia de sus características urbanísticas, que no alteran tal naturaleza (**STS de 13 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso, recurso 5166/2005) ni siquiera cuando la Administración costera hubiese intervenido en el planeamiento urbanístico por la vía del informe previsto en el artículo 117 de la Ley de Costas, ya que ninguna clasificación del suelo puede vincular la actuación estatal en materia de deslinde, por no ser la naturaleza demanial de los terrenos fruto del ejercicio de una potestad discrecional sino resultado irremisible de la concurrencia de determinadas características físicas (**SSTS de 13 y 20 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso, recursos 4776/2005 y 4963/2005).

Así sucede con las dunas (**SAN de 12 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso, recurso 520/2007) y con las playas (**SSAN de 12, 19 y 26 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso, recursos 583/2007, 265/2008 y 216/2008).

**b) Efectos: declara la titularidad dominical de los bienes en favor del Estado**

El artículo 13 de la Ley de Costas establece que el deslinde, una vez aprobado, declara a favor del Estado la posesión y la titularidad dominical de los bienes deslindados, sin que las inscripciones en el Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a esta naturaleza demanial. Significa esto que la calificación de un monte como vecinal en mano común no puede obstaculizar o impedir el ejercicio de la potestad estatal de deslinde. Y sobre todo, quiere decir que tras su aprobación, la delimitación de los bienes debe desplegar todos sus efectos, tanto en lo que se refiere a la citada titularidad demanial (que excluye cualquier otra propiedad sobre ellos) como en lo relativo al régimen específico de utilización del dominio público costero (STS de 30 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 4701/2005).

**c) Procedimiento****a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores**

La potestad de deslinde de costas puede ejercitarse en todo momento, aunque no haya cambiado la morfología de los terrenos. En ningún caso la existencia de deslindes previos imposibilita la realización de otros posteriores, si aquéllos resultan incorrectos, incompletos o inexactos (STS de 27 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 5474/2005). Asimismo, el hecho de que un deslinde no incluya entre los límites del demanio terrenos con características demaniales no justifica su exclusión de otros análogos, puesto que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad (SAN de 26 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 216/2008, FJ 6º).

**b') La falta de citación a los colindantes sólo determina la nulidad del procedimiento de deslinde si genera indefensión**

Entiende la STS de 20 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 5687/2005), que el tenor literal del artículo 12.2 de la Ley de Costas permite afirmar que los propietarios colindantes que deberán ser oídos en el procedimiento de deslinde no son sólo los colindantes con la línea de delimitación provisional del dominio público, sino también aquellos cuyas fincas caen dentro de la zona de delimitación provisional de la servidumbre de protección y limitan con ésta, aunque no lo hagan con aquella primera. También éstos son propietarios directamente afectados por el deslinde. No obstante, no basta esta condición para considerar que la falta de citación al propietario que la detenta es suficiente para generar indefensión y declarar la nulidad procedimental. En el supuesto enjuiciado, el hecho de que tuviera conocimiento del desarrollo del procedimiento de deslinde por ser esposa conviviente de un propietario al que sí se notificó el expediente, llegando incluso a formular alegaciones en él, elimina cualquier tipo de indefensión material (FJ 4º).

**c') La nulidad de un procedimiento de deslinde es título suficiente para el reconocimiento por la jurisdicción civil de la propiedad privada de los inmuebles**

La declaración de nulidad de la Orden por la que se aprueba un deslinde, así como de las resoluciones administrativas por las que se acuerda la cancelación de las inscripciones regis-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

trales de los títulos de propiedad en base a ella son título suficiente para el reconocimiento por la jurisdicción civil de la plena propiedad privada de los inmuebles y de la nulidad de las inscripciones registrales practicadas a favor del Estado. Por eso, la desestimación del recurso civil en este sentido, desatendiendo los previos pronunciamientos anulatorios de la jurisdicción contenciosa, determina el otorgamiento del amparo constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La argumentación del tribunal civil se fundamenta en la validez del deslinde, lo que constituye un razonamiento erróneo que no se corresponde con la realidad. Dicho de otro modo: ha incurrido en un error patente en la determinación y selección del material de hecho y del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo con ello efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (STC 211/2009, de 26 noviembre, BOE núm. 313, de 29 de diciembre).

### **C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas**

Inciendo en una jurisprudencia muy consolidada, las SSTs de 13 y 20 de noviembre de 2009 y 14 de enero de 2010, Sala de lo Contencioso (recursos 4487/2005, 5687/2005 y 5344/2005), recuerdan que la reducción de la servidumbre de protección a 20 metros depende de la clasificación de los terrenos como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas o, en su defecto, de que en la misma fecha se tratase de un área urbana en la que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística y la Administración urbanística les hubiera reconocido expresamente ese carácter, lo que no sucede en los supuestos analizados.

### **D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre**

Las particulares condiciones concurrentes en el supuesto sobre el que se pronuncia la SAN de 12 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 215/2007), obligan a efectuar una lectura articulada de los artículos 74.3 y 78.1.a) de la Ley de Costas. Efectivamente, el primero de ellos se pronuncia sobre los criterios de otorgamiento de las concesiones sobre dominio público marítimo-terrestre (“... se observará el orden de preferencia que se establezca en las normas generales y específicas correspondientes. En su defecto, serán preferidas las de mayor utilidad pública. Sólo en caso de identidad entre varias solicitudes se tendrá en cuenta la prioridad en la presentación”), mientras que el segundo determina que la extinción del derecho a la ocupación del dominio público se extinguirá por vencimiento del plazo de otorgamiento de la concesión, sin que deba computarse el momento de levantamiento del acta de reversión. Ocurre sin embargo que en este caso la concesión extinguida afectaba a bienes de privados, respecto de los que se preveía que quedasen afectados al dominio público al llegar ese momento. La Sala considera que el puro criterio temporal que establece el primero de los preceptos citados –y que fue el tomado en consideración por la Administración a la hora de otorgar la concesión en detrimento de la recurrente– no procede en este supuesto, pues carece de razonabilidad tomar en consideración solicitudes formuladas antes de que los bienes quedasen incorporados al dominio público mediante el acta de reversión. De este modo, deja sin efecto la resolución administrativa recurrida.

**E) Puertos****a) La aprobación de los Planes de Utilización de Espacios Portuarios de puertos autonómicos requieren informe favorable de la Administración del Estado si afectan al demanio costero estatal**

Los artículos 16.2 LPMM y 49.2 de la Ley de Costas exigen informe favorable de la Administración del Estado con carácter previo a la aprobación de los Planes de Utilización de Espacios Portuarios de los puertos autonómicos; informe que vendrá referido a la delimitación del demanio costero susceptible de adscripción, a la posible afección de los usos previstos en esos espacios sobre dicho demanio, y a las medidas necesarias para garantizar su protección. Como recuerda la **STS de 14 de enero de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 6412/2005), dichos Planes son el instrumento de planificación que legitima la implantación efectiva de los usos portuarios, correspondiéndoles así la delimitación de la zona de servicio de los puertos y la ordenación propiamente portuaria (de los espacios de tierra y agua necesarios para el desarrollo de esos usos, así como los de reserva que se precisan). En el supuesto enjuiciado, el Plan de Utilización del Puerto amplía la zona de servicio afectando con ello a terrenos ya deslindados como de dominio público marítimo-terrestre estatal, lo que determina sin duda la aplicación de lo dispuesto en aquellos preceptos. No cabe, como pretendía la Comunidad Autónoma, su sustitución por el informe no vinculante regulado en el artículo 15.2 LPMM (hoy derogado, pero aplicable en el momento de aprobación del Plan), que tenía distinto objeto y finalidad: venía referido a la delimitación de la zona de servicios en puertos de competencia del Estado.

**b) No cabe suspender la ejecución de la Ponencia de Valores Especiales de un puerto sin probar los perjuicios sobre la competencia interportuaria alegados**

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, establece la competencia interportuaria, al afirmar que “la actividad portuaria se desarrollará en un marco de libre y leal competencia entre los puertos de interés general y entre las Autoridades Portuarias que las gestionan, a fin de fomentar el incremento de los tráficos portuarios y la mejora de la competitividad”. A juicio de la Autoridad Portuaria recurrente en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 26 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 323/2008), la ejecución inmediata de la Ponencia de Valores Especiales adoptada por el Consejo Territorial de la Propiedad Inmobiliaria, que suponía a su vez la iniciación del procedimiento de determinación de valor catastral de un puerto comercial, vulneraba esa competencia, al contener discrepancias importantes en los valores del suelo y los valores de repercusión en función de los diferentes usos, lo que afectaría a la oferta de suelo a los concesionarios y a la captación de tráficos portuarios. Por esa razón, solicitó la suspensión de la ejecución de ese acto con dispensa de garantía, lo que fue rechazado por el Tribunal Económico-Administrativo y posteriormente por la Sala, al no presentarse indicios suficientes de los perjuicios alegados.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### c) Usos privativos de espacios portuarios

La competencia para el otorgamiento de concesiones de uso privativo de espacios portuarios corresponderá a la Administración autonómica cuando se trate de puertos deportivos, situados en su ámbito competencial. No así cuando se trate de instalaciones menores (dársenas, embarcaderos, pantanales, varaderos y análogos) que no formen parte de un puerto o estén adscritas a éste, en cuyo caso la competencia, ex artículo 110.b) de la Ley de Costas, corresponde a la Administración del Estado (SAN de 12 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 215/2007, FJ 7°).

### d) Intercambiabilidad en los servicios de transporte marítimo: límites

En la anterior entrega de estas Crónicas de jurisprudencia se dejó constancia de la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2009, que consideraba ajustado a derecho imponer a las compañías prestadoras de servicios de transporte marítimo de viajeros la obligación de intercambiar los billetes de transporte durante un determinado período de tiempo, por causa grave de utilidad pública e interés social, mediando mecanismos de compensación económica, y con el fin de garantizar su prestación en condiciones de continuidad y regularidad (artículo 83.1 LPMM). Sobre la misma cuestión material se pronuncia la STS de 3 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 1820/2007), en concreto sobre la contravención de la prohibición de suscribir acuerdos anticompetitivos establecida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que supone extender dicha intercambiabilidad a lo largo de todo el año. Las navieras recurrentes en casación aducían que esta consideración infractora conculcaría el principio de confianza legítima, ya que habían actuado convencidas de la legalidad de su comportamiento, puesto que los acuerdos de intercambiabilidad constituyen un sistema auspiciado por las autoridades españolas y marroquíes. El Tribunal rechaza este argumento, recordando que los signos de la Administración suficientemente concluyentes que justificarían la invocación de este principio (ya que habrían llevado al actor a confiar en la legalidad de su actuación) se limitan en todo caso a la operación “Paso del Estrecho” que se desarrolla entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de cada año. En este período, ante la elevada demanda de embarque existente y las consecuencias negativas que podría tener la espera prolongada para la salud y el bienestar de las personas, se admite la intercambiabilidad de billetes, lo cual encajaría plenamente en la figura de las obligaciones de servicio público. Pero no existe dato alguno que permita extender estos signos externos al resto del año, cuando no concurren las especiales circunstancias de las fechas estivales (FJ 4°).

### e) Infracción grave: navegación en embarcación especial de alta velocidad sin autorización de la Capitanía Marítima

Constituye una infracción grave cualquier acción u omisión no comprendida en el apartado 2 del artículo 115 LPMM que ponga en peligro la seguridad del buque o de la navegación [letra m)]. Es el caso de la navegación de una embarcación especial de alta velocidad careciendo de la preceptiva y previa autorización de la Capitanía Marítima, constituyendo un peligro para sí y para otros. Frente a la alegación del recurrente sobre la falta de taxatividad de esta cláusula residual –que aplica una técnica de tipificación abierta–, la Sala identifica una descripción del injusto (puesta en peligro de la seguridad o la navegación) que es dable apreciar por los profesionales de la navegación a quienes va dirigida la norma sancionadora, dado que gozan de una importante formación y que conocen perfectamente el medio en el que desarrollan

su actividad y sus riesgos, sabiendo así las conductas que les resultan prohibidas (SAN de 6 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 47/2009). Igualmente rechaza la existencia de una responsabilidad “en escala” en el artículo 18.2.a) LPMM, ya que el precepto establece un esquema de autoría conjunta, propietarios de la embarcación/responsables directos de la infracción, y sólo subsidiaria de los patrones.

#### **F) Pesca marítima: infracciones**

El artículo 96.2.d) de la Ley 3/2001, de Pesca Marítima del Estado, tipifica como infracción grave “la captura y tenencia, antes de su primera venta, de especies no autorizadas o de las que se hubieran agotado los totales admisibles de capturas o cuotas”. Concretando esta prohibición –y cumplimentando a la vez la obligación general de conservar los recursos pesqueros, entre otras maneras mediante la fijación de las condiciones de empleo de los artes de pesca (artículo 10.2 de la misma norma)–, la Orden de 5 de marzo de 2004 prohíbe la captura de determinadas especies con artes de cerco en el Caladero Nacional del Mediterráneo. Ésta es precisamente la conducta imputable al recurrente en apelación que, de tal manera, se encuadra perfectamente en el tipo apreciado, rechazándose la atipicidad de los hechos por él alegada. Tampoco las invocaciones a la falta de culpabilidad son aceptadas por el Tribunal, pues la accidentalidad de las capturas de la especie prohibida queda en entredicho al cuantificarse en el 46’2% del total de las capturas (SAN de 19 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 57/2009).

### **4. MONTES**

**A) La calificación de un monte como vecinal en mano común no tiene el efecto de obstaculizar o impedir el ejercicio de las potestades que la Ley de Costas atribuye a la Administración del Estado en orden a practicar el deslinde de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre. Aprobado el deslinde y siendo firme, tal delimitación debe desplegar todos sus efectos**

En la STS de 30 de noviembre de 2009 (recurso 4701/2005), se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta Rectora de una Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común contra una resolución de la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente que desestimaba el recurso de alzada planteado contra el acto definitivo de un Servicio Provincial de Costas que, a su vez, rechazaba la pretensión de dicha Junta de revocar y anular un Plan de servicios de temporada de uso de playas propuesto por el Ayuntamiento en cuyo término municipal radicaban esos bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre.

La demandante sostenía que parte de la zona que había sido declarada como dominio público marítimo-terrestre, por deslinde aprobado por Orden Ministerial, en realidad era un monte municipal que había sido considerado como Monte vecinal en Mano Común por sentencia del Tribunal Supremo, lo que determinaba la nulidad del deslinde referido y, consiguientemente, de la “Propuesta de Servicios de Temporada” del Ayuntamiento.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos de la recurrente pues considera que la existencia de montes que, de acuerdo con la normativa aplicable, hubiesen sido calificados como vecinales en mano común no impide ni desconoce la facultad de la Administración del Estado para, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8, 10, 12 y 13 de la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988, el inicio del oportuno procedimiento de deslinde, para delimitar la zona que, de acuerdo con dicha Ley, debe integrar el dominio público marítimo-terrestre. Esto es, no puede considerarse que la calificación de un monte como vecinal en mano común suponga algún tipo de obstáculo o impedimento para el ejercicio de las potestades que la Ley de Costas atribuye a la Administración del Estado en orden a deslindar los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre.

En este sentido, son las pautas recogidas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas las que especifican las características físicas que tienen que concurrir para que un bien deba formar parte del dominio público marítimo-terrestre, en suma, las reglas que permiten a la Administración delimitar su alcance mediante el oportuno deslinde. Si concurren esas condiciones, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, se practicarán por la Administración General del Estado los oportunos deslindes.

El Tribunal Supremo explica que el deslinde practicado declara y fija los límites del dominio público marítimo-terrestre y que aunque un Monte en Mano Común sea también un bien de dominio público, su disfrute, en cambio, por cada vecino, constituye un disfrute privado que no debe primar sobre el uso público y general que integra el elemento más característico de aquel dominio.

A mayor abundamiento, considera que tampoco quedó suficientemente justificado en los autos que la utilización de los servicios de temporada aprobados fuese a dificultar o menoscabar el uso del Monte en Mano Común, razón por la cual no se aprecia colisión entre ambos regímenes de disfrute, sin que el hecho de que una sentencia del Tribunal Supremo haya considerado que una zona constituye un Monte en Mano Común sea óbice para la validez del deslinde operado sobre ella.

Cosa diferente, explica el Tribunal, es que se pueda considerar que a la hora de practicar ese deslinde se ha cometido alguna irregularidad por no respetarse las prescripciones al efecto establecidas en la legislación de costas. En tal caso, podría impugnarse el deslinde practicado. Pero si así no se hace, una vez alcanza firmeza la resolución aprobatoria del deslinde, ésta constituye título bastante para justificar la titularidad dominical del Estado en los términos previstos en el artículo 13 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Una vez firme, la resolución de deslinde, en los términos del artículo 13 de la Ley, será título bastante para justificar la titularidad dominical a favor del Estado.

Así las cosas, habiendo sido efectivamente aprobado el deslinde y no habiendo sido impugnado en su día por la Comunidad recurrente, tal delimitación del dominio público debe desplegar todos sus efectos, tanto en lo que se refiere a la titularidad demanial de los terrenos que excluye cualquier otra propiedad sobre ellos (artículo 9.1 de la Ley 22/1988, de Costas), como en lo relativo al régimen legal que les es de aplicación en tanto que bienes demaniales.

En lo que al fondo de la sentencia comentada interesa, lo anterior supone el pleno sometimiento de los bienes deslindados a las normas que regulan la utilización del dominio público marítimo-terrestre (Título III de la Ley de Costas), donde se insertan los preceptos relativos a las autorizaciones en general y, más concretamente, a las autorizaciones de los servicios de

temporada –a los que se refiere el artículo 53 de la misma Ley, por cierto, precepto que ha sido recientemente modificado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, para adaptarlo a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio–). De ahí que se resuelva que no cabía cuestionar las atribuciones de la Administración de Costas para autorizar los servicios de temporada en la playa a propuesta del Ayuntamiento.

## 5. CARRETERAS

### **A) Reconocimiento de responsabilidad patrimonial administrativa por las lesiones sufridas por un motorista al que las biondas de seguridad de una carretera, de naturaleza cortante, segaron una pierna**

La STS de 1 de diciembre de 2009 (recurso 3381/2005), resuelve un interesante y novedoso asunto declarando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por las lesiones sufridas por un motorista al que las biondas de seguridad de una carretera de su titularidad segaron una pierna.

Tan novedoso es el fondo de la sentencia que el mismo Tribunal comienza observando que, en rigor, es la primera vez que esa Sala ha sido llamada a pronunciarse de un asunto de estas características y, en particular, acerca de si procede o no estimar una reclamación por responsabilidad patrimonial atendiendo al carácter cortante de las biondas instaladas en carreteras y autovías por la Administración titular de estos bienes demaniales.

Las circunstancias fácticas del caso fueron claras: circulando a velocidad inadecuada por una autovía en correcto estado y con buena visibilidad, la motocicleta del recurrente patinó en un lugar mojado, lo que provocó su caída y choque contra la valla de la mediana; esta última era una bionda, –así denominada por estar formada por una plancha metálica con forma de doble onda–. El impacto con la bionda, que por su propia conformación puede tener un efecto cortante, segó la pierna izquierda del recurrente.

En la sentencia impugnada, el Tribunal de instancia, acogiendo el argumento del Abogado del Estado, entendió que la lesión no se habría producido si el recurrente hubiera circulado a una velocidad adecuada, por lo que concluyó que no existía nexo causal entre el funcionamiento del servicio público –en este caso, el tipo de valla instalado en la mediana de la autovía– y la lesión padecida por el recurrente.

No obstante, el afectado afirmaba que el concreto y específico resultado lesivo –el corte de la pierna izquierda– no se habría producido si, en lugar de una bionda, la valla de la mediana hubiera sido de otro tipo (redondo, blando, etc.) y no satisfecho con la sentencia dictada decide recurrir en casación.

El Tribunal Supremo teniendo en cuenta todos estos datos, resuelve que procede dar la razón al recurrente, pues si bien la velocidad inadecuada –no las características de la autovía– fue la causa del accidente, ha de reconocerse que la concreta y específica lesión padecida no se habría producido si la valla de la mediana hubiera sido de un tipo distinto. Explica la Sentencia comentada que la caída y el impacto con una valla de otro tipo le habrían podido ocasionar seguramente otras lesiones, tales como traumatismos diversos, o incluso más graves que el

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

corte de la pierna izquierda. Pero es innegable que esto último no habría podido ocurrir con una valla de otro tipo.

El Tribunal tiene presente que de las actuaciones remitidas a esta Sala se desprende que, en el momento del accidente, la Administración había decidido ya la sustitución de las biondas por otro tipo de vallas, precisamente para evitar las consecuencias del carácter cortante de aquéllas; pero el plan de sustitución de biondas preveía la retirada de las existentes en el lugar del accidente para una fecha posterior. Esto significa que la existencia de una bionda en aquel momento y en aquel lugar era ajustada a la normativa técnica vigente. Este último dato requiere preguntarse si el recurrente tenía o no un deber jurídico de soportar el daño. La respuesta a la que llega el Tribunal es negativa. De entrada, como es bien sabido, resulta indiferente que el funcionamiento del servicio público haya sido normal o anormal, pues en ambos supuestos pesa sobre la Administración el deber de indemnizar los daños por ella ocasionados. Así, incluso admitiendo que el escalonamiento en el tiempo de la sustitución de biondas se reputase ajustado a derecho —es decir, correcto funcionamiento del servicio público—, ello no excluiría la responsabilidad patrimonial de la Administración por una lesión ocasionada por la existencia de una bionda. A ello hay que añadir, además, que la decisión misma de proceder a la sustitución progresiva de las biondas por otro tipo de vallas pone de manifiesto que, en el momento del accidente, la Administración era ya consciente de que dichas biondas constituían un elemento de riesgo, especialmente para los motoristas. Dado que este elemento de riesgo provenía de la Administración, a la que compete determinar las características técnicas de las vallas de la autovía, ni siquiera puede afirmarse con rotundidad que el funcionamiento del servicio público fuese enteramente correcto. No existe en el presente caso, en suma, un deber jurídico de soportar el daño que permita excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Así las cosas, el órgano jurisdiccional considera que, aunque la causa del accidente fue la velocidad inadecuada, la causa de la concreta y específica lesión fue la existencia de una bionda. Sobre la base de lo anterior razona que mientras que la velocidad inadecuada es imputable al recurrente, la existencia de la bionda lo es a la Administración. Ello implica la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño, por lo que estima el recurso de casación en lo concerniente a este punto.

Por tanto, declara que hay una concurrencia de culpas del recurrente y la Administración, lo que debe ser tenido en consideración a la hora de fijar la cuantía de la indemnización. El Abogado del Estado dijo en su momento que, de estimarse concurrencia de culpas, la cuantía de la indemnización debería fijarse en el 25% de la valoración íntegra del daño; pero lo cierto es que no hay razones de peso para calificar más negativamente el comportamiento del recurrente —consta que la velocidad era inadecuada, no que fuera temeraria— que el riesgo asumido por la Administración al mantener las biondas. De aquí que la culpa deba repartirse por mitades.

Hay que señalar, en fin, que la obligación de pagar la mencionada indemnización pesa exclusivamente sobre la Administración General del Estado, no sobre la entidad adjudicataria del contrato de mantenimiento de la carretera que se había personado como codemandada. Aunque esta última tenía a su cargo la conservación de la autovía en el lugar donde se produjo el accidente, debía acomodarse a la normativa técnica establecida por la Administración. Ello significa que la presencia o ausencia de las biondas quedaba fuera de su esfera de decisión, de manera que no cabe imputarle responsabilidad alguna por la lesión sufrida por el recurrente.

## 6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

### A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

#### a) Imposición y ordenación

El TSJ de Andalucía (Sevilla) anula, por irretroactividad improcedente del acuerdo de imposición, el canon de regulación de Grazalema de 2002, establecido por la Confederación del Guadalquivir, y que fue aprobado en diciembre del propio año 2002. Es la **STSJ de Andalucía de 13 de febrero de 2009** (NR 280/2006). Este tribunal, partiendo de que los actos de aprobación de los cánones y tarifas son actos administrativos y no disposiciones generales no admite que con ocasión de la impugnación de las liquidaciones se discuta lo ajustado o no a derecho de los actos aprobatorios. Cfr. sentencia del **STSJ de Andalucía, (Sevilla) de 20 de febrero de 2009** (NR 278/2007).

El TSJ de Cataluña mantiene posiciones contrarias. Aunque dice de los actos aprobatorios que son actos de gestión y no normativos, no se trata de meras liquidaciones, sino de actos generales que definen la base del tributo o resoluciones que establecen los criterios con arreglo a los cuales se ha de liquidar, de manera que hasta que no se apruebe definitivamente esa resolución no se encuentra vigente la exacción anual. En suma, si los criterios son posteriores al devengo del tributo se produce una retroactividad no autorizada legalmente que puede ser controlada incluso con ocasión de la impugnación de la liquidación. Es la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2009** (NR 83/2008).

#### b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

El TSJ de Valencia mantiene su doctrina en lo que concierne a la exigibilidad de cánones y tarifas a los obligados al pago del llamado canon de explotación de saltos de pie de presa, negando la vigencia de la exención prevista en el artículo 135 del RDPH. Se trata de las **SSTSJ de Valencia de 25 de febrero de 2009** (NR 2592/2006) y **10 de marzo de 2009** (NR 1164/2006).

#### c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

El TSJ de Madrid vuelve a rechazar que se incluyan dentro de la parte de las inversiones que componen la base imponible los fondos FEDER comunitarios utilizados en la realización de la obra. Dice la Sala que es una ayuda a fondo perdido o no retornable, subordinada a un destino concreto, en este caso las regiones del Objetivo 1 y no el Estado miembro. Es la **STSJ de 8 de mayo de 2009** (NR 1898/2003). Esta sentencia se aparta de la doctrina sentada en otras anteriores en el sentido de que la estimación es sólo parcial, con devolución exclusivamente de la parte proporcional que corresponde a los fondos FEDER. El mismo criterio sigue el TSJ de Valencia. Cfr. **STSJ de Valencia de 10 de febrero de 2009** (NR 1144/2006).

La **STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2009** (NR 1184/2007), siguiendo su propia doctrina, estima el recurso presentado por el sujeto pasivo, por la falta de motivación en cuanto a sus bases de cuantificación (falta de prueba de consumos). Como en otras ocasiones se da

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

la circunstancia de que es la segunda ocasión que un tribunal anula unas liquidaciones practicadas no con base en el concreto consumo realizado, sino sobre la base de una imputación abstracta de consumo.

Mediante la STSJ de Extremadura de 28 de mayo de 2009 (NR 989/2006), se desestima el recurso deducido por el sujeto pasivo, al que se le calculaban las cuotas teniendo en cuenta el volumen de agua consumido. Se daba el caso de que los aparatos de medidas habían sido instalados por la Comunidad Autónoma, aunque era el personal de la Confederación el que realizaba las lecturas y verificaciones, lo que no plantea ningún problema a la Sala.

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de febrero de 2009 (NR 278/2007), previene que no puede reprocharse a los cánones y tarifas infracción del artículo 114.6 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, porque no se considere el factor de corrección previsto en dicho apartado. Y es que el contenido de este precepto queda condicionado a un desarrollo reglamentario que no ha llegado nunca.

### **B) Aguas continentales: otras exacciones por abastecimiento en alta**

Mediante la STS de 8 de mayo de 2009 (NR 6637/2005), el Tribunal Supremo anula la Ordenanza de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol-Axarquía, reguladora de la tasa por prestación del servicio de abastecimiento de agua en alta. La anulación se produjo por causa de defectos en su elaboración, que no son de nuestro interés. Sí en cambio el largo considerando del Tribunal para afirmar que las entidades locales pueden en abstracto establecer tasas por la prestación del servicio de abastecimiento en alta, dado que uno de los argumentos empleados para la casación era que ni se trataba de un servicio público, ni era de competencia local, sino estatal. El Alto Tribunal va rechazando estos argumentos. A mi entender, en algún caso podría haber simplificado su argumentario, pues la potestad de imposición de tasas no sólo se encuentra enlazada con los “servicios públicos”, sino también con cualquier “actividad administrativa”. De esta manera, confirma que una de las fórmulas de sostenimiento de una concesión asociada entre varios ayuntamientos es la de una tasa en la que sean sujetos pasivos los respectivos prestadores del servicio de abastecimiento en baja.

### **C) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja**

La STS de 5 de febrero de 2009 (NR 3454), resuelve un caso muy interesante, lleno de asuntos colaterales. El recurso de casación lo interpuso la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba y se refería a la corrección de las tarifas de agua potable que efectuó la Comunidad Autónoma sobre la propuesta aprobada por el Ayuntamiento. Al entender del Tribunal Supremo, la competencia autonómica sobre el control de precios debe limitarse a un puro control de precios o control inflacionario, pero en ningún caso puede revisar imponiendo un modelo tarifario, como hizo en el caso de autos, a la luz de las modificaciones introducidas. Se invocaba en el caso la defensa de la autonomía local, rechazando ahora la empresa municipal cualquier intervención de la Comunidad Autónoma, en lo que ya no le dio la razón el Alto Tribunal, más teniendo en cuenta que la solicitud de aprobación partió de la propia empresa. En cualquier caso, hay un tema colateral que no se resuelve en la sentencia (¿la verdadera naturaleza de la prestación es tributaria?), que podría motivar cambios en este planteamiento, siguiendo la doctrina de algún TSJ. Hay que tener en cuenta también que por la fecha del conflicto no le es aplicable la Ley General Tributaria de 2003, que sí se pronuncia sobre la naturaleza de la prestación.

Sobre estos problemas discurre la **STSJ de Canarias (Tenerife) de 6 de febrero de 2009** (NR 51/2007). El TSJ anula la tasa por abastecimiento de agua, por haberse prescindido del procedimiento debido. El TSJ viene a decir que, tratándose de una tasa, debe seguirse el procedimiento previsto en la ley de haciendas locales, sin perjuicio de que luego la Comunidad Autónoma pudiera ejercer su control a través de la vía de recurso; pero que tratándose de “tarifas” con la naturaleza de ingresos de Derecho privado, la aprobación por la comisión de precios de la Comunidad Autónoma es un trámite inexcusable. El caso es que la Sala sigue su razonamiento afirmando que como el servicio se presta a través de una concesionaria, según se deduce del expediente, lo que correspondía no era una tasa sino una “tarifa”; de ahí la anulación, dado que no se había obtenido dicha autorización. Tratándose de una Ordenanza del año 2007 el TSJ tenía que conocer el contenido de la Ley General Tributaria de 2003, que marca para todos esos supuestos la naturaleza tributaria y no de Derecho privado, tal y como advierte el grueso de la doctrina del Derecho financiero. No lo hizo y por ello dictó una sentencia manifiestamente errónea.

La **STS de 18 de febrero de 2009** (NR 3982/2005), declara ajustada a derecho la imposición de tasas por aducción y distribución de agua procedente de pozos en cuanto a una urbanización en la que se discute también si la obra había sido recibida o no por el Ayuntamiento. Dice el Alto Tribunal que las aguas e infraestructuras por las que discurren éstas constituyen uno de los servicios urbanísticos indispensables para que en su día se produjera la urbanización y que es irrelevante que las aguas mencionadas hayan devenido en no potables.

El STSJ de Aragón tiene que resolver un nuevo recurso planteado por asociaciones de familias numerosas contra la Ordenanza Fiscal por abastecimiento y saneamiento de agua del Ayuntamiento de Zaragoza. Es la **STSJ de Aragón de 15 de mayo de 2009** (NR 85/2005). Téngase en cuenta que Ordenanzas de años anteriores fueron anuladas a consecuencia de recursos interpuestos por estas asociaciones, que reprochaban su tono discriminatorio. El caso es que la Ordenanza de 2005 supone un cambio de planteamiento, al introducir una tarifa *per capita* a la que pueden acudir los usuarios evitando cualquier efecto desfavorable derivado del elevado número de miembros. El TSJ rechaza ahora la reclamación, declarando la legalidad de la tasa en su actual formato.

## **D) Aguas marítimas**

### **a) Tasas portuarias**

En casi todos los comentarios de jurisprudencia hemos hecho referencia a la problemática de las prestaciones exigidas por las autoridades portuarias, desde el punto de vista del principio de reserva de ley. Lo cierto es que el volumen de sentencias que se dictan es enorme, en particular en jurisdicciones como la del TSJ de Cataluña. La jurisprudencia sigue incidiendo en los mismos problemas relacionados con la reserva de ley que han sido comentados a lo largo de muchos números de esta revista. Dicho esto, creemos que llega el momento de limitarnos a ofrecer sólo alguna noticia de especial relevancia.

Por eso, en este número nos quedamos con una nueva sentencia del Tribunal Constitucional, también en la línea de otras anteriores: es la **STC 161/2009, de 29 de junio**. El Tribunal esti-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

ma la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucional y nulo el apartado segundo de la Disposición Adicional Trigésima Cuarta de la Ley de acompañamiento para el año 2000, en la redacción dada por la de 2001. Ello por la retroactividad auténtica, incompatible con el principio de seguridad jurídica, que incorpora.

### b) Tributos previstos en la Ley de Costas

La STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de junio de 2009 (NR 2075/2003), siguiendo la doctrina sentada por otras anteriores, considera ajustada a derecho la imposición del canon por ocupación del dominio público marítimo-terrestre, rechazando los reproches que pudieran sucederle derivados de los avatares de la regulación de tasas y precios públicos durante los años noventa. Al entender del Tribunal existe cobertura legal suficiente para la exacción, en función del artículo 84 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, siendo la aplicación de la tasa procedente pese a la remisión realizada por el Real Decreto 1471/1989, de 1 diciembre, a la Ley 8/1989, de 13 de abril. En este sentido, estima el recurso interpuesto por el propio Ministerio de Medio Ambiente, después de que al sujeto pasivo (un Ayuntamiento) se le había estimado la reclamación en vía económico-administrativa.

### E) Otro dominio público estatal

#### a) Canon por ocupación o uso especial del dominio público viario estatal

Apúntese finalmente la muy interesante doctrina sentada en varias Sentencias de la Audiencia Nacional (por todas, cfr. SAN de 22 de junio de 2009, NR 196/2007), que desestima un recurso interpuesto por una empresa del sector de la fibra óptica a la que se habían girado liquidaciones por la utilización del sistema viario estatal.

### F) Otro dominio público: dominio público local

#### a) Utilización del dominio público local en general

El TSJ de Castilla-La Mancha confirma la posibilidad de exigir tasas por el aprovechamiento especial del dominio público mediante el transporte de áridos, dado que no se trata de un uso común, sino especial, por el especial desgaste que genera. No acepta, con razón, como argumento la literalidad de la Ley de Haciendas Locales, que habla de la tasa de rodaje para vehículos no sometidos al Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, pues los supuestos enumerados no se conciben de manera exhaustiva. Se trata de la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2009 (NR 729/2005).

El TSJ de Murcia sigue el camino de otros tribunales y manifiesta la capacidad de los Ayuntamientos para someter a las entidades bancarias con una tasa por utilización del dominio público por el aprovechamiento especial de que disfrutaban con los cajeros automáticos en fachadas situados de cara a la vía pública. Es la STSJ de Murcia de 10 de julio de 2009 (NR 198/2005). La clave es la afirmación de que se usa el dominio público y de que el uso no es el común general. En contra, el TSJ de Valencia (cfr. STSJ de Valencia de 8 de abril de 2009, NR 32/2008).

La falta de motivación en el informe económico-financiero condujo a la anulación de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Zaragoza en lo que concierne a las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial de la vía pública con pasos, badenes y reservas de espacios en la calzada con prohibición de estacionamiento a terceros, en el caso de grandes almacenes. Las iniciales sentencias del TSJ de Aragón han sido ratificadas por el Tribunal Supremo (cfr. STS de 9 de julio de 2009, NR 3940/2003).

### **b) Tasa al 1,5% que se exige a las empresas suministradoras de servicios de interés general**

El TRLHL fija como alternativa para la cuantificación de las tasas por utilización de dominio público, que en principio vendría dada por el beneficio reportado al usuario del dominio público, el empleo de un porcentaje de los ingresos territorializados de la empresa. Pero eso sólo es posible cumpliendo los presupuestos legales.

La STS de 7 de mayo de 2009 (NR 6902/2004) considera que el régimen especial puede aplicarse a empresas que tienen como destinatarios de sus servicios a pocos o a un único cliente incluso, pero muy cualificado.

Aunque en el período objeto de análisis hemos hallado varias sentencias más que tratan de esta modalidad, vamos a centrarnos en su relación con los operadores de telefonía móvil, que en este 2009 ha generado cientos de sentencias.

### **c) La cuestión de los operadores de telefonía móvil**

El Tribunal Supremo ha venido a admitir que, en pura teoría los operadores de telefonía móvil podrían quedar sometidos a tasas por utilización del dominio público (por todas, STS de 16 de febrero de 2009, NR 5082/2005), bien es cierto que no les puede ser de aplicación el sistema especial de cuantificación al 1,5% de los ingresos, previsto para otras empresas suministradoras.

Dicho esto, los problemas se trasladan a la legalidad de los modos de cuantificación.

Algunos Tribunales Superiores, como el de Cataluña, fijan una doctrina tendencialmente favorable para los Ayuntamientos. El TSJ de Cataluña desestima los recursos planteados por los operadores contra las Ordenanzas Fiscales. Es el caso de la STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2009 (NR 271/2008) y de otras muchas. La exclusión (del régimen especial) “al menos implícitamente, significa que estarán incluidos en el régimen general de cuantificación de la tasa, el previsto en la letra a) del mismo precepto legal, siempre que tenga lugar la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de aquellos servicios de telefonía móvil”. El TSJ analiza detalladamente todo el complejo probatorio aportado por los interesados, y termina con desestimaciones totales. Téngase en cuenta que la sentencia del Supremo citada *supra* desestima un recurso de casación contra una de estas sentencias de la sala de Barcelona.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

También es desestimatorio el signo de las sentencias dictadas por el TSJ de La Rioja (por todas, **STSJ de La Rioja de 10 de julio de 2009**, NR 173/2008, en relación con la Ordenanza del Ayuntamiento de Logroño) y de Navarra (**STSJ de Navarra de 12 de junio de 2009**, NR 73/2008, en cuanto al de Tudela).

Menos suerte han tenido los Ayuntamientos en otras áreas.

El TSJ de Madrid ha anulado Ordenanzas señalando que utilizaban un sistema objetivo con el que se consigue un resultado similar al que supondría la aplicación del artículo 24.1.c) TRLHL, en lugar de acudir a un sistema con referencia en el valor del mercado del aprovechamiento del dominio público. Cfr., entre otras, la **STSJ de Madrid de 19 de junio de 2009** (NR 993/2007).

Se comentan también un conjunto de sentencias del TSJ de Extremadura que estiman en parte, en todos los casos, los recursos interpuestos por las compañías telefónicas. Son muy numerosas: así, las **SSTSJ de Extremadura de 31 de marzo de 2009** (NR 293 y 443/2008); **15 de abril de 2009** (NR 605/2008); **28 de abril de 2009** (NR 404/2008); **30 de abril de 2009** (NR 359/2008); **26 de mayo de 2009** (NR 907/2008); **28 de mayo de 2009** (NR 403 y 538/2008) o **18 de junio de 2009** (NR 1398/2008). Muchísimas con fecha de 29 de septiembre de 2009.

Es cierto que estos operadores están excluidos del régimen especial de cuantificación previsto para otras empresas suministradoras de servicios de interés general. Pero también, que hay otras fórmulas posibles.

La cuestión es si las Ordenanzas Fiscales de las tasas por utilización del dominio público pueden, primero, someter a tributación a estas compañías en el caso de que presten el servicio mediante la utilización de una red de telefonía fija que discurre en el municipio, de la que no son titulares; y, segundo y subsidiario, calcular los importes de la tasa remedando la regla específica prevista para dichas empresas, esto es, al 1,5% de sus ingresos.

El TSJ, sin dejar de reconocer que la telefonía móvil se presta en su casi totalidad por el dominio radioeléctrico (de titularidad estatal y que no puede servir de soporte a una tasa local), también afirma que no es posible prestar integralmente el servicio sin la utilización del dominio local (se hacen llamadas a teléfonos fijos, se instalan elementos fijos...) En pura teoría, la tasa local sería posible, aunque la cuantía deberá determinarse a la vista de las reglas generales de cálculo de estas tasas (en función del beneficio al usuario). Desde luego, en proporción a la intensidad de uso del dominio local, el importe de la tasa tiene que alejarse mucho de los parámetros del régimen especial para empresas suministradoras de interés general y las ordenanzas discutidas recuerdan demasiado a lo que el legislador quiso excluir. Obsérvese, además, que la posibilidad de que se les grave aunque no sean titulares del aprovechamiento se prevé sólo para el sistema especial de cálculo.

### G) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

#### a) Aeropuertos

La SAN de 13 de mayo de 2009 (NR 461/2007), considera procedente la repercusión del impuesto efectuada por AENA sobre la empresa concesionaria, siendo la concesión sobre un

hangar de un aeropuerto para dedicarlo al albergue y mantenimiento de aeronaves. Al entender de la Sala, AENA tiene la condición de sustituto del contribuyente, que es la empresa, lo que legitima a aquélla para repercutirle la cuota tributaria.

ELOY COLOM PIAZUELO  
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD  
JOSÉ MONTOYA HIDALGO  
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA  
PATRICIA VALCÁRCEL  
ANTONIO EMBID IRUJO

**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:**

**1. Jurisprudencia comunitaria.** A) Evaluación de impacto ambiental de líneas aéreas eléctricas transfronterizas. Necesidad de realizarla si se superan los umbrales del Anexo I de la Directiva 85/337/CEE debiéndose tener en cuenta la longitud total al margen de la que discurra por cada país. Concepto de órgano judicial a efectos de la interposición de la cuestión prejudicial. B) Conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. Decisión del Estado miembro interesado de prestar su conformidad al proyecto de lista de Lugares de Importancia Comunitaria redactado por la Comisión. Autonomía municipal garantizada constitucionalmente y sus potencialidades. Condiciones de la necesidad de realizar evaluación de impacto ambiental para unas obras de dragado autorizadas antes de la plena aplicabilidad de la Directiva 92/43/CEE. **2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** A) Satisfacción equitativa. Efectos derivados de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Protección del medioambiente como ingerencia legítima en el derecho de propiedad. Carácter inaceptable de la ausencia de indemnización razonable en relación con el valor del bien. Inexistencia de la garantía de una reparación íntegra en todos los casos. B) Derecho al respeto de los bienes. El medioambiente como título que legitima la ingerencia pública en el derecho de propiedad. Carácter inaceptable de la ausencia de indemnización en relación con el valor del bien. Inexistencia de la garantía de una reparación íntegra en todos los casos. C) Derecho al respeto de los bienes. Privación parcial de un terreno por calificación de dominio forestal. La protección exclusiva de bienes actuales o valores patrimoniales. El carácter excepcional de la ausencia de indemnización por la privación de propiedad. **3. Aplicación de estiércol, purines y lodos en labores agrícolas.** A) Las competencias municipales se guían por el principio de vinculación negativa a la Ley, debido a lo cual, pueden existir competencias municipales sin que una Ley las habilite expresamente. **4. Planificación urbanística y medioambiente.** A) La insufi-

ciencia hídrica afecta al interés general y puede justificar la adopción de una medida cautelar de suspensión de un Plan Parcial y de un Programa de Actuación Urbanística.

**5. Comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.** A) El período de referencia fijado para la asignación de derechos de emisión a la industria eléctrica vulnera el principio de no discriminación, al no resultar representativo de la actividad real de todas las instalaciones. B) El Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el comercio de derechos de emisión de fases de efecto invernadero no se opone a la Directiva 2003/87 que transpone. No procede cuestión prejudicial sobre la validez de dichas normas al existir ya pronunciamiento del TJCE al respecto indicando que su ámbito de aplicación no vulnera el principio de no discriminación. **6. Plan de**

**Ordenación de Recursos Naturales.** A) Los Planes de Ordenación de Recursos Naturales priman sobre el planeamiento urbanístico y pueden modificar las clasificaciones de éste si existen valores medioambientales dignos de protección. **7. Aguas continentales.** A)

Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos que precisa el desarrollo urbanístico. B) Vertidos contaminantes e indemnización por daños ocasionados al dominio público hidráulico: procedimiento para la toma de muestras previa al inicio de procedimiento sancionador. **8. Aguas marí-**

**timas.** A) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: zona de influencia. B) Puertos. el Plan Especial de un puerto, pese a su extralimitación de contenido, debe someterse a evaluación de impacto ambiental según la normativa vigente en el momento de su aprobación. **9. Fiscalidad ambiental.** A) Tributos estatales en materia de aguas. a) Hecho imponible. b) Cuantificación. c) Aplicación del tributo. B) Tributos autonómicos en

materia de aguas. a) Regulación de los tributos. b) Hecho imponible. c) Comprobación administrativa. C) Tributos locales en materia de aguas. a) Tasa municipal de alcantarillado. D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a)

Utilización de gasóleo bonificado. E) Tributos sobre residuos. a) Tasas municipales por recogida de basuras. F) Otros impuestos autonómicos ambientales. a) Impuesto balear sobre estancias en establecimientos de hostelería.

#### 1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

##### **A) Evaluación de impacto ambiental de líneas aéreas eléctricas transfronterizas. Necesidad de realizarla si se superan los umbrales del Anexo I de la Directiva 85/337/CEE debiéndose tener en cuenta la longitud total al margen de la que discorra por cada país. Concepto de órgano judicial a efectos de la interposición de la cuestión prejudicial**

La STJCE (Sala Segunda) de 10 de diciembre de 2009, recaída en el Asunto C-205/08, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por un tribunal austríaco (*Umweltsenat*) en un procedimiento judicial en el que disputan el Gobierno del Land *Kärntner* y el *Umweltanwalt von Kärnten*.

El asunto que se va a dilucidar consiste en la pretensión de una sociedad italiana que desea construir una línea de energía eléctrica de 220 Kv y de una potencia nominal de 300 MVA para conectar la red de la empresa italiana *Rete Elettrica Nazionale SpA* a la de la empresa austríaca *VERBUND-Austrian Power Gris AG*. El proyecto consta de un trayecto en territorio austríaco de aproximadamente 7,4 Km siendo el tramo italiano de 41 Km. La legislación austríaca de Evaluación de Impacto Ambiental, reproduciendo los umbrales a los que apela la Directiva 85/337/CEE en su anexo I punto 20, somete a Evaluación de Impacto Ambiental, igual que la normativa comunitaria, la “construcción de líneas aéreas de energía eléctrica con un voltaje igual o superior a 220 Kv y una longitud superior a 15 km”.

El Gobierno del Land resolvió que no era necesario realizar una Evaluación de Impacto Ambiental porque el tramo en territorio austríaco no llegaba a los 15 km y como no hay en la Directiva nada relativo a proyectos transfronterizos, era cada Estado quien con arreglo a sus propias normas debía decidir. Contra esa decisión se interpuso un recurso por una autoridad (*Umweltanwalt*) ante el *Umweltsenat* que es un órgano del Ministerio Federal de Agricultura, Recursos Forestales, Medio Ambiente y Recursos Hídricos, compuesto por 10 jueces y otros 21 miembros juristas. La legislación propia de este órgano dice que los miembros del *Umweltsenat* “ejercerán sus funciones con independencia y no estarán vinculados por instrucción alguna”.

En esas condiciones el *Umweltsenat* interpuso ante el Tribunal comunitario una cuestión prejudicial en la que sustancialmente se preguntaba si se debía realizar una EIA en un país teniendo en cuenta la longitud total de una línea eléctrica aun cuando el tramo en ese país no alcanzara el umbral previsto por la directiva comunitaria.

Lo primero que el Tribunal comunitario debe resolver es si el *Umweltsenat* goza de la consideración de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE y, por tanto, si la cuestión prejudicial es admisible. El Tribunal recuerda su propia jurisprudencia según la cual se debe tener 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” (punto 35 de la Sentencia). Tras el correspondiente análisis, se decide que el *Umweltsenat* cumple esas características por lo que se declara admisible la cuestión prejudicial.

Y en relación al fondo del asunto se indica que los proyectos contenidos en el Anexo I de la Directiva 85/337/CEE que se extiendan sobre el territorio de varios Estados miembro no pueden sustraerse a la aplicación de esa Directiva “por el único motivo de que ésta no contenga una disposición expresa relativa a tales proyectos” (punto 54). Consiguientemente, el

Estado miembro interesado “deberá proceder a una evaluación del impacto ambiental de tal proyecto en su propio territorio, tomando en consideración los efectos concretos de dicho proyecto” (punto 57 de la Sentencia).

**B) Conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. Decisión del Estado miembro interesado de prestar su conformidad al proyecto de lista de Lugares de Importancia Comunitaria redactado por la Comisión. Autonomía municipal garantizada constitucionalmente y sus potencialidades. Condiciones de la necesidad de realizar evaluación de impacto ambiental para unas obras de dragado autorizadas antes de la plena aplicabilidad de la Directiva 92/43/CEE**

La STJCE (Sala Segunda) de 14 de enero de 2010, recaída en el Asunto C-226/08, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por un tribunal alemán (el *Verwaltungsgericht Oldenburg*) en un pleito que se desarrolla entre el Municipio de Papenburg y la República Federal Alemana. La cuestión que se tiene que dilucidar es la capacidad del Ayuntamiento de oponerse a una propuesta de LICs y las consideraciones que pueden tenerse en cuenta por los Estados para rechazar o aceptar la lista. En ese marco es muy interesante que se apele a la existencia del artículo 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) para fundamentar los poderes de reacción del Municipio. Tal precepto indica, según la traducción que se contiene en la Sentencia que se comenta, que: “Deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica”.

Pues bien, en el proceso judicial se ventilaban las razones del Municipio para oponerse a que una parte de su territorio fuera incluido en un LIC. La razón de ser consistía en que el Municipio es una ciudad portuaria, situada en las orillas del río Ems y en el que existe un astillero. Para permitir que los buques de 7.30 m de calado naveguen entre el astillero y el mar deben realizarse dragados en el río. En 1994 una resolución de una autoridad alemana (Dirección de las aguas y de la navegación del Noroeste), el Municipio, el Kreis y la Oficina de las aguas y de la navegación de Emden fueron autorizados a realizar dragados; la resolución implicaba que quedaban autorizados todos los futuros dragados necesarios.

Conforme a la Directiva 92/43/CEE, el Gobierno alemán indicó a la Comisión Europea que varios tramos del río Ems situados fuera de los límites de la demarcación del Municipio podían considerarse LIC. La Comisión los incluyó en su proyecto de LIC y solicitó a la República Federal Alemana que diera su conformidad. Es entonces cuando la ciudad alegó que dar la conformidad significaría vulnerar la autonomía administrativa que le confiere el Derecho constitucional alemán. Ello porque los planes y desarrollo económico de Papenburg dependerían de la posibilidad de que los grandes buques pudieran seguir navegando por el río Ems y la ciudad temía que si se aprobaba la lista de LICs tal y como estaba, ello obligaría a realizar la evaluación mencionada en el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/CEE. El Gobierno de la RFA se opuso a las alegaciones de Papenburg por considerarlas contrarias al derecho comunitario y por Resolución de 31 de marzo de 2008, el *Verwaltungsgericht Oldenburg* estimó

### XIII. Medio Ambiente

las medidas provisionales instadas por este Municipio y prohibió al Gobierno de la RFA que se pronunciara sobre los LICs, antes de que él hubiera resuelto. Es en esas circunstancias en las que el Tribunal administrativo citado planteó algunas preguntas al Tribunal comunitario, sobre las cuales se van a dar unas respuestas que resumo esquemáticamente.

La gran cuestión es si la conformidad de un Estado miembro a la lista de LICs puede tener en cuenta criterios distintos que los propiamente ecológicos. El Tribunal responde de forma taxativa en sentido negativo, indicando que sólo pueden tenerse en cuenta por los Estados miembro cuestiones de protección del medio ambiente (punto 33 de la Sentencia).

La otra gran cuestión era si podía entenderse que la autorización de dragado, emitida antes de haber expirado el plazo para la adaptación al derecho interno de la Directiva 92/43/CEE, podía considerarse hecha permanentemente y sin necesidad de realizar ningún tipo de evaluación de impacto ambiental. La respuesta también es taxativa: una actividad como la de dragado puede considerarse un “proyecto” en el sentido del artículo 6.3 de la Directiva y necesitar evaluación de impacto ambiental si ello va a ser una intervención que afecte al lugar de una forma “significativa” y con independencia de que la resolución autorizatoria se adoptara antes del plazo indicado siempre y cuando las obras pervivan después de la inclusión del lugar en la lista de LIC. Hacer una interpretación contraria, dice el Tribunal, podría hacer peligrar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 92/43/CEE (punto 50).

En todo caso existe una importante matización: “si, habida cuenta en particular de la persistencia, de la índole o de las condiciones de realización de tales obras, cabe pensar que éstas constituyen una operación única, en particular cuando tengan como finalidad mantener en condiciones una determinada profundidad del canal navegable mediante dragados periódicos y necesarios para ello, dichas obras de mantenimiento pueden considerarse un mismo y único proyecto a efectos del artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre hábitats” (punto 51 de la Sentencia); entiendo que ello significaría la necesidad de hacer una única evaluación de impacto ambiental y no una relativa a cada dragado a realizar.

Llamamos la atención que aun cuando el municipio de Oldenburg puso un gran énfasis en la protección constitucional de su autonomía por el artículo 28 Grundgesetz y que ello también fundó, inicialmente, su receptividad por el Tribunal administrativo de Oldenburg, ello no ha merecido ninguna línea en la sentencia del Tribunal de Justicia que ha atendido única y exclusivamente en su sentencia al contenido del derecho comunitario.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

**A) Satisfacción equitativa. Efectos derivados de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Protección del medioambiente como ingerencia legítima en el derecho de propiedad. Carácter inaceptable de la ausencia de indemnización razonable en relación con el valor del bien. Inexistencia de la garantía de una reparación íntegra en todos los casos**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su STEDH de 13 de octubre de 2009, en el Asunto Turgut y otros contra Turquía, se pronuncia sobre la satisfacción equitativa (artículo 41 del Convenio) que corresponde a los demandantes de una sentencia anterior. En dicha sentencia el Tribunal concluyó que la privación por decisión judicial de la propiedad sobre unos terrenos sin el pago de una indemnización razonable en relación con el valor del bien,

constituye una violación del derecho al respeto de los bienes, consagrado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio.

El Tribunal recuerda las obligaciones que resultan de sus sentencias para los Estados Parte del Convenio, en concreto la libertad de elección de medios con los que adecuarse a la sentencia y la alternativa que se presenta en el sentido de que la violación en cuestión permita la *restitutio in integrum* o, como en este caso, no sea así. A eso añade que, de cara a la determinación de la reparación, debe tenerse en cuenta como criterio a emplear el carácter lícito de la privación de propiedad, que en este caso era la protección de la naturaleza y de los bosques, y con carácter general del medio ambiente, frente al cual no pueden prevalecer ni imperativos económicos ni incluso ciertos derechos fundamentales como el derecho de propiedad.

Por último el Tribunal señala que del citado artículo 1 del Protocolo núm. 1 no resulta la garantía del derecho a una reparación íntegra en todos los casos. A ese respecto se afirma la posibilidad de que objetivos legítimos de utilidad pública conduzcan a un reembolso inferior al valor total de los bienes expropiados.

**B) Derecho al respeto de los bienes. El medioambiente como título que legitima la ingerencia pública en el derecho de propiedad. Carácter inaceptable de la ausencia de indemnización en relación con el valor del bien. Inexistencia de la garantía de una reparación íntegra en todos los casos**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en sus SSTEDH de 10 de noviembre de 2009, en el Asunto *Cin y otros contra Turquía*, y de 24 de noviembre de 2009, en el Asunto *Kök y otros contra Turquía*, en relación con las demandas planteadas por ciudadanos de ese Estado que se ven privados de la propiedad de unos terrenos, que son inscritos como de dominio forestal por la comisión catastral. Los demandantes alegan que esa privación de su título de propiedad sin el pago de una indemnización constituye una violación de su derecho al respeto de sus bienes, en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio.

En relación con el fondo del asunto el Tribunal Europeo constata que el objetivo de la privación de su propiedad impuesta a los demandantes, que no es sino la protección de la naturaleza y de los bosques, entra en el marco del interés general en el sentido de la segunda frase del citado artículo 1 del Protocolo núm. 1. A continuación recuerda su propia jurisprudencia en el sentido de considerar que sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente un daño excesivo, y que la falta total de indemnización no podría justificarse en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 más que en circunstancias excepcionales. A todo ello se añade que en este caso los demandantes no han recibido ninguna indemnización por el traspaso de la propiedad de sus bienes a la Dirección General de bosques y que el Gobierno no ha dado ningún hecho o argumento que pudiera llevar a una conclusión diferente, por lo que constata la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Por lo que respecta a la reparación del daño material causado a los demandantes, el Tribunal, tras recordar las obligaciones que derivan de sus sentencias para los Estados Parte del Convenio, especialmente en lo que respecta a la libertad de elección de medios con los que conformarse a ellas, afirma que en este caso la naturaleza de la violación, consistente exclusivamente en la falta de indemnización a los demandantes, no permite la *restitutio in integrum*. De ello re-

### XIII. Medio Ambiente

sulta que dicha indemnización es la única forma que puede revestir la reparación. En cuanto a los criterios que deben seguirse para la determinación de dicha indemnización señala la necesidad de reflejar en esa operación el carácter lícito de la privación de propiedad, que no puede tener las mismas consecuencias en cuanto a la determinación de la citada cuantía que la privación ilícita. A continuación acude de nuevo a su jurisprudencia para recordar que, como ya ha dicho en repetidas ocasiones, los imperativos económicos, incluidos ciertos derechos fundamentales como el derecho de propiedad, no pueden primar sobre consideraciones relativas a la protección del medioambiente, especialmente cuando existe legislación nacional en esa materia. Y a todo ello añade que el artículo 1 del Protocolo núm. 1 no garantiza el derecho a una reparación íntegra en todos los casos sino que objetivos legítimos de utilidad pública pueden conducir a un reembolso inferior al valor total de los bienes expropiados.

#### **C) Derecho al respeto de los bienes. Privación parcial de un terreno por calificación de dominio forestal. La protección exclusiva de bienes actuales o valores patrimoniales El carácter excepcional de la ausencia de indemnización por la privación de propiedad**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su **STEDH de 24 de noviembre de 2009, en el Asunto Nane y otros contra Turquía**, en relación con una demanda planteada por trece ciudadanos turcos privados de la propiedad de unos terrenos que son calificados parcialmente por los tribunales de ese Estado como de dominio forestal. Los demandantes consideran que ese hecho constituye una violación de su derecho al respeto de sus bienes, consagrado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio.

A este respecto el Tribunal de Estrasburgo comienza por constatar que las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales invalidan parcialmente la decisión de la comisión catastral de registrar un terreno a nombre de los demandantes. Para esa decisión el juez nacional se apoya en que los datos que constan en el registro original sobre el que basó su decisión dicha comisión no se corresponden con la superficie de dicho terreno y que una parte de éste pasó a integrarse más tarde en el dominio forestal. A continuación el Tribunal recuerda que el artículo 1 del Protocolo núm. 1 no garantiza el derecho a adquirir bienes. Es decir, que no cabe alegar una violación de dicho artículo más que en caso de que la medida respecto de la que se plantea la demanda haga referencia a bienes en el sentido de dicha disposición. A este respecto se señala que esa noción puede incluir tanto bienes actuales como valores patrimoniales, incluidos los créditos, en virtud de los que el demandante puede pretender tener al menos una esperanza legítima de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad.

Por otra parte el Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia conforme a la cual la protección de la naturaleza y de los bosques, y de manera más general del medioambiente, constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en los poderes públicos, un interés constante. Pero añade que los imperativos económicos, incluidos ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, no pueden recibir un trato prioritario frente a consideraciones relativas a la protección del medioambiente, en particular cuando existe legislación estatal en la materia.

Volviendo a la cuestión de la existencia de un bien actual sobre el que los demandantes tuviesen un derecho de propiedad, el Tribunal recuerda que la comisión catastral, al inscribir el terreno a nombre de los ascendientes de los demandantes, había señalado en sus conclusiones la existencia de un litigio al respecto. A eso se añade que ninguna jurisdicción nacional ha

reconocido a los demandantes el derecho de propiedad sobre la parte del terreno en controversia. Por todo ello resulta que los demandantes no tienen un bien actual en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal.

La sentencia de Estrasburgo entra después en el análisis de si los demandantes tenían al menos una esperanza legítima de ver concretarse un crédito actual y exigible. En este sentido se constata que, según los tribunales nacionales, los títulos de propiedad de los demandantes no incluían toda la superficie registrada a su nombre por la comisión catastral. Así el Tribunal recuerda que un crédito no puede ser considerado como un valor patrimonial más que cuando tiene una base suficiente en Derecho interno. Y añade que esta circunstancia no concurre en el caso puesto que, tal como señalan los órganos jurisdiccionales nacionales, el Derecho aplicable en la materia dispone expresamente que los terrenos que forman parte del dominio forestal no pueden ser objeto de ninguna prescripción adquisitiva.

A eso añade el Juez de Estrasburgo que no puede conocer de los supuestos errores de hecho o de Derecho de las jurisdicciones internas más que de forma limitada y que no percibe ninguna apariencia de arbitrariedad en la manera en que los tribunales turcos han decidido la cuestión de la superficie de terreno sobre la que los demandantes poseen un título de propiedad. Por todo ello estima que los demandantes no tenían un bien en el sentido de la primera frase del artículo 1 del Protocolo núm. 1, por lo que las garantías de este artículo no son aplicables al caso. A eso añade que la demanda es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio en el sentido de su artículo 35.3 y debe ser rechazada de acuerdo con el artículo 35.4.

### 3. APLICACIÓN DE ESTIÉRCOL, PURINES Y LODOS EN LABORES AGRÍCOLAS

#### **A) Las competencias municipales se guían por el principio de vinculación negativa a la Ley, debido a lo cual, pueden existir competencias municipales sin que una Ley las habilite expresamente**

Diversas Sentencias del Tribunal Supremo tratan de recursos de una organización sindical contra Ordenanzas municipales que establecen determinadas prescripciones en lo relativo a la forma de aplicación de estiércol, purines y lodos en labores agrícolas. En todas ellas se establece la misma doctrina relativa a la concepción de que las competencias municipales (en este caso, sobre medioambiente) pueden desarrollarse aunque no cuenten con una habilitación expresa en una Ley siempre y cuando no contradigan la legislación sectorial existente. Así, en la **STS de 7 de octubre de 2009**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta (recurso 204/2008), se resuelve un recurso de casación interpuesto por la UNIÓN DE PAGESOS DE CATALUNYA contra la Sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) que declaraba la nulidad de parte de la Ordenanza Municipal reguladora de la aplicación de estiércol, purines y lodos de depuradora, aprobada mediante Acuerdo de 7 de octubre de 2004 del Pleno del Ayuntamiento de Bordils.

El recurso de casación solicitaba la nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 4 de la citada Ordenanza, por considerar que habían sido dictados sin competencia municipal al respecto, infringiéndose por tanto el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Dichos apartados prohibían la aplicación de estiércol, purines y lodos

### XIII. Medio Ambiente

en sábados, domingos y festivos durante el mes de agosto excepto en casos de emergencia y previa autorización municipal, y ordenaban su enterramiento en el plazo máximo de 24 horas desde su aplicación, excepto de junio a septiembre, meses en los que habían de enterrarse inmediatamente. La UNIÓN DE PAGESOS DE CATALUNYA argumentó que ya existía normativa estatal y autonómica sobre dichos aspectos, y que ésta no delegaba competencia alguna en los Ayuntamientos. Se trata del Real Decreto 261/1996, de 16 de febrero, sobre medidas para la protección contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias, del Decreto catalán 205/2000, que desarrolla las previsiones de la citada normativa básica y concreta las épocas en las que no pueden aplicarse fertilizantes procedentes de fuentes agrarias y de la Orden del Consejero de Agricultura, Ganadería y Pesca de 22 de octubre de 1998, que hace referencia a los procedimientos para la aplicación de los fertilizantes (FJ 2°).

El TS comienza por señalar que la concepción actual sobre el modo de determinación de las competencias municipales no es la vinculación positiva a la ley, que llevaría a que la Corporación Local sólo pudiera actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Al contrario, y desde la cláusula de subsidiariedad prevista en el artículo 4.2 de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 y conforme a una asentada jurisprudencia, rige la idea de la vinculación negativa, según la cual se permite al Ayuntamiento actuar dictando ordenanzas “en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir”. Cita al respecto las SSTs de 21 de mayo de 1997 (recurso 5996/1992) y de 30 de enero de 2008 (recurso 1346/2004) (FJ 3°).

Por esta razón, el TS desestima el motivo de casación, entendiendo que el Ayuntamiento no se ha excedido en sus competencias al establecer las normas recogidas en el citado artículo 4.3 y 2 de la Ordenanza cuestionada (FJ 4°), e impone costas procesales a la parte recurrente conforme al artículo 139.2 de la LJCA, en cuantía limitada a los honorarios de Abogado (3.000 euros) (FJ5°).

Cosa semejante se dice en la **STS de 14 de octubre de 2009**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta (recurso 5229/2007), mediante la que se resuelve un recurso de casación interpuesto por los mismos recurrentes citados en la Sentencia anteriormente comentada: la UNIÓN DE PAGESOS DE CATALUNYA, y contra otra Ordenanza reguladora de aplicación de estiércol, purines y fangos de depuradora, esta vez del municipio de Vilabella, aprobada por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento a 17 de mayo de 2005. El recurso aduce el mismo motivo de casación que en el anterior caso: la falta de competencia del Ayuntamiento para regular esta materia.

El TS remite a los argumentos jurídicos anteriormente citados, es decir, a la vinculación negativa de la competencia municipal respecto de las leyes estatales y autonómicas (FJ 4°). Posteriormente, examina la cuestión en relación con los artículos impugnados para determinar que en ningún caso se está vulnerando la competencia de ninguna Administración (FFJJ 5° y 6°), y desestima el motivo de casación imponiendo las mismas costas que en el anterior caso: 3.000 euros conforme al artículo 139 LJCA.

Y en el mismo sentido se puede concluir citando a las **SSTs de 5 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, y a las tres de **17 de noviembre de 2009**, relativas a tres distintos recursos y prácticamente idénticas en contenido a las anteriores. En todas ellas, el TS afirma un cambio de orientación de la jurisprudencia hacia un criterio de vinculación negativa al principio de legalidad para determinar las competencias municipales.

#### 4. PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA Y MEDIOAMBIENTE

##### **A) La insuficiencia hídrica afecta al interés general y puede justificar la adopción de una medida cautelar de suspensión de un Plan Parcial y de un Programa de Actuación Urbanística**

En la STS de 21 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso 5206/2008), se resuelve un recurso de casación interpuesto por una persona contra el Auto del TSJ de Murcia de 26 de diciembre de 2007, por el que se desestimaba el recurso de súplica contra el Auto de 9 de octubre de 2007 de la misma sala sobre suspensión de ejecución de disposiciones administrativas impugnadas.

Dichas disposiciones administrativas impugnadas eran la aprobación definitiva del Plan Parcial Santa Ana del Monte Jumilla-Golf, por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Jumilla el 5 de diciembre de 2006, el Programa de Actuación Urbanística de la Unidad de Ejecución Única de dicho Plan Parcial, aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local el 13 de diciembre siguiente, y el Proyecto de Estatutos y Bases de la Junta de Compensación de la mencionada Unidad de Ejecución Única.

El TSJ de Murcia desestimó la suspensión de la ejecución de dichos actos considerando que el recurrente no había acreditado los posibles perjuicios derivados de no adoptar dicha medida cautelar, y que el cese de su actividad de pastoreo podía ser indemnizada, mientras que adoptar la medida cautelar supondría afectar al interés general, al paralizarse el desarrollo urbanístico en el sector mientras durara el proceso (FJ 2º).

Se interpone recurso de casación ante el TS alegando falta de motivación e incongruencia interna de la resolución de instancia, así como una incorrecta ponderación de los intereses en conflicto.

Respecto a la falta de motivación e incongruencia interna, el TS rechaza dicho motivo señalando que la Sala de instancia da cumplida y motivada respuesta a la concreta pretensión del recurrente, con independencia de su acierto (FJ 4º).

Sí entra, en cambio, a analizar el motivo relativo a la incorrecta ponderación de los intereses en conflicto. El recurrente alegaba dentro de este motivo que la medida cautelar de suspensión debía ser otorgada porque no se había procedido por ésta a una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto y además había de entrar en juego el criterio legal del *periculum in mora* del artículo 130 de la Ley 30/1992, en la medida en que la no suspensión cautelar de la ejecución del proyecto conllevaría daños irreparables.

El TS procede entonces a analizar los requisitos del procedimiento de adopción de medidas cautelares para concluir tras un extenso análisis (FJ 5º) que el Tribunal de Instancia debió haber otorgado la medida cautelar. Indica que la Sala llevó a cabo una valoración provisional y limitada de los fundamentos de la pretensión: consideró que debía prevalecer el desarrollo urbanístico sin tomar en consideración la alegación por el recurrente de un interés privado consistente en conservar el tradicional destino pastoril de sus terrenos ni tampoco su alegación de la ausencia de un abastecimiento de agua suficiente y proporcional con el desarrollo urbanístico proyectado. El TS señala que el interés general requiere la acreditación de la suficiencia de los recursos hídricos necesarios para el desarrollo urbanístico en proyecto, puesto que la materialización del desarrollo urbanístico ha de producirse dentro del marco –y con el

### XIII. Medio Ambiente

absoluto respeto— a la normativa sectorial de aplicación al caso, que, en el supuesto de autos, no es otra que la de aguas.

De modo que el TS insiste en que debió procederse al otorgamiento de la medida cautelar solicitada, tanto desde la perspectiva del *periculum in mora* del recurso, como desde la doctrina del *fumus boni iuri*, como desde la confrontación de los intereses en conflicto, de la que resulta la evidente afectación del interés general ya señalada (FJ 6º).

Por ello, estima el recurso de casación y procede a la suspensión, como medida cautelar, del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Jumilla por el que se aprobaba el Plan Parcial “Santa Ana del Monte Jumilla Golf”, así como el Programa de Actuación Urbanística de la Unidad de Ejecución Única del Plan Parcial, y el Proyecto de Estatutos y Bases de la Junta de Compensación de la mencionada Unidad de Ejecución Única. El TS decide no hacer expresa condena respecto de las costas causadas en la instancia y en el recurso de casación.

#### 5. COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO

##### **A) El período de referencia fijado para la asignación de derechos de emisión a la industria eléctrica vulnera el principio de no discriminación, al no resultar representativo de la actividad real de todas las instalaciones**

En la STS de 15 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso 119/2004), se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por E.On Distribución SL y E.On Generación SL contra el apartado 4.A).a) del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión, aprobado por Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre.

La entidad demandante cuestiona la legalidad del citado apartado, que establece la metodología para la asignación de derechos de emisión a las instalaciones del sector eléctrico. Se fundamenta en que dicho apartado, a diferencia del referente a instalaciones del sector industrial [4. A.)b], no contiene una cláusula de salvaguardia respecto de aquellas instalaciones en las que el período de referencia 2000-2002 no fuese representativo, lo cual propicia la discriminación entre empresas del propio sector eléctrico, vulnerándose el artículo 17.2 del Real Decreto-Ley 5/2004, que requiere que la metodología para la asignación individual de derechos en el Plan no genere diferencias injustificadas entre instalaciones (FJ 1º).

El TS considera que el motivo debe prosperar porque en el Plan Nacional de Asignación de Derechos de emisión no se explica por qué el período 2000-2002, utilizado para asignar derechos para el sector eléctrico, es representativo de la productividad y de las consiguientes emisiones. Así, dicha regla representa una discriminación entre instalaciones o centrales eléctricas, al no ser representativo para algunas de ellas. Por ejemplo, la demandante indica que su entrada como operadora en el sector eléctrico se produce en una coyuntura determinada, al adquirir las centrales de las que otra gran operadora, ya establecida, se desprendió. Durante el período 2000-2002, ésta mantuvo las centrales que deseaba transmitir con una productividad reducida o escasa para potenciar aquellas con las que se iba a quedar tras la transacción, de manera que el esfuerzo inversor de la adquirente no tendrá reflejo en la asignación de derechos de emisión, que habrán ido a parar a las empresas competidoras (FJ 2º). El TS concluye que dicho período 2000-2002 no puede ser representativo para la empresa demandante (FJ 3º).

Por tanto, el TS considera el apartado 4.A).a) del Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2005-2007 contrario a derecho. Conforme a lo establecido por el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y los artículos 68.1.b), 70.2, 71.1ª y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), declara nulo de pleno derecho dicho apartado, dando noticia en el Boletín Oficial del Estado (FJ 4º).

El TS no hace condena en costas a ninguna de las partes, al no apreciar en su conducta mala fe ni temeridad, conforme ordenan los artículos 68.2 y 139.1 LJCA (FJ 5º).

**B) El Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el comercio de derechos de emisión de fases de efecto invernadero no se opone a la Directiva 2003/87 que transpone. No procede cuestión prejudicial sobre la validez de dichas normas al existir ya pronunciamiento del TJCE al respecto indicando que su ámbito de aplicación no vulnera el principio de no discriminación**

En la STS de 17 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso 103/2005), se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por Arcelor España, SA contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005, por el que se aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

La recurrente solicita la anulación del citado Acuerdo fundamentándose a su vez en la ilegalidad de la Directiva 2003/87 sobre comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. El motivo alegado es que la inclusión del sector siderúrgico dentro del ámbito de aplicación de la Directiva es contrario a derecho por vulnerarse el principio de igualdad, al carecer dicha inclusión de una justificación objetiva y de la necesaria proporcionalidad, al estar el sector químico y el de metales no férreos excluidos de dicho ámbito de aplicación. Asimismo, al hilo de dicha circunstancia, se aduce la infracción de la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la seguridad jurídica.

Respecto a las anteriores pretensiones, la recurrente solicita la suspensión del recurso hasta que se suscite una cuestión prejudicial sobre la validez de la Directiva 203/87 ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

También se cuestiona la validez de la Ley española de transposición de la citada Directiva en la medida en que prescribe la pérdida de los derechos de emisión que han sido asignados para una instalación si antes de su entrega se ha producido el cierre de la citada instalación. Al respecto, se insta también en este punto a la presentación de una cuestión prejudicial ante el TJCE.

Respecto a la primera alegación, el TJCE resolvió en su Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (comentada en esta revista, *Justicia Administrativa*, en el núm. 43) una anterior cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés sobre la validez de la Directiva 2003/87, no apreciando en ella la vulneración del principio de igualdad, al hallarse justificada la diferencia de trato entre el sector siderúrgico y el químico y el de metales no férreos en la amplia diferencia entre sus niveles de emisión.

### XIII. Medio Ambiente

Con fundamento en esta Sentencia, el TS considera improcedente el planteamiento de una segunda cuestión prejudicial sobre el mismo asunto (FJ 4º). Y respecto a la alegada vulneración por la citada Directiva del derecho de propiedad, la libertad de empresa y la seguridad jurídica, el TS considera que son cuestiones vinculadas directamente a la ya resuelta sobre el principio de igualdad (FFJJ 5º y 6º).

Respecto a la segunda alegación de Arcelor, la solicitud del planteamiento de una segunda cuestión prejudicial sobre la pérdida de derechos de emisión por cierre de la instalación antes de su entrega, el TS concluye asimismo la improcedencia de tal planteamiento, al no apreciar que la regulación en el Real Decreto-Ley 5/2004 se oponga en ningún punto a la Directiva que transpone. Por la misma razón, deniega la conservación de la asignación de derechos que la recurrente solicitaba subsidiariamente (FJ 8º).

De forma que el TS desestima el recurso, declarando el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005 conforme a derecho y no haciendo imposición de costas conforme al artículo 139.1 LJCA.

#### 6. PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS NATURALES

##### **A) Los Planes de Ordenación de Recursos Naturales priman sobre el planeamiento urbanístico y pueden modificar las clasificaciones de éste si existen valores medioambientales dignos de protección**

En la STS de 13 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso 3511/2005), se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 21 de febrero de 2005, por la que se resolvía un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil “Urbatorre SA” contra el Decreto 26/1999, de 11 de febrero, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la Comunidad de Madrid, por la que se aprobaba el Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) para el Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno.

El motivo del recurso ante el TSJ era que el PORN incluía en su ámbito de aplicación la finca “El Enebrillo Alto”, lo que la empresa recurrente entendía improcedente, al entrar en colisión con su clasificación urbanística establecida definitivamente como suelo urbanizable mediante la Sentencia del TS de 14 de octubre de 1998.

El TSJ de Madrid entendió que la contradicción que debía examinar era la existente entre el PORN y las Normas Subsidiarias (NNSS) del Ayuntamiento de Torrelodones aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 27 de febrero de 1986, que establecían la naturaleza urbanizable de la controvertida finca.

El TSJ citó el artículo 5.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (vigente en el momento al que se refieren los hechos), que regula los efectos de los PORN y su relación con las normas de planeamiento urbanístico indicando que los PORN serán obligatorios y ejecutivos, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, diciendo expresamente que “los instrumentos de ordenación territorial o física existentes que resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos. Entretanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los

PORN se aplicarán en todo caso, prevaleciendo sobre instrumentos de ordenación territorial o física existentes”.

Pero el TSJ señala que el citado PORN, en su Memoria justificativa, indica que “Las determinaciones del PORN se centran en Suelo no urbanizable, dejando al planeamiento las decisiones que afecten al suelo urbanizable o apto para urbanizar”. El TSJ consideró que el PORN está excepcionando su propia prevalencia sobre otros instrumentos de ordenación mediante esta declaración, e indicó que el Ayuntamiento de Torreldones podía hacer uso de la potestad del *ius variandi* si estimaba concurrentes en la citada parcela especiales valores merecedores de especial protección. De manera que la Sentencia de instancia confirmó el carácter urbanizable del suelo de la finca “El Enebrillo Alto” (FJ 2º).

La Comunidad de Madrid, en su recurso contra esta Sentencia, alega tres motivos de casación: en primer lugar, falta de motivación por no haberse hecho referencia a la creación del Parque Regional del Curso Medio del río Guadarrama mediante la Ley 20/1999, de 3 de mayo. En segundo lugar, infracción del artículo 5.2 de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales en la medida en que dicho artículo reconoce la superioridad jerárquica de los PORN sobre el planeamiento urbanístico y no puede considerarse que el citado PORN esté excepcionando esta previsión en su Memoria justificativa, al formar ésta parte de una Ley. Además, la recurrente no hubiera tenido necesidad de impugnar el PORN si éste hubiera excepcionado su finca. Y en tercer lugar, la Comunidad de Madrid alega una infracción de la jurisprudencia aplicable (STS de 27 de noviembre de 2003), que reconoce la prevalencia de la planificación ambiental sobre la urbanística (FJ 3º).

El TS estima el primer motivo de casación, pues la Sentencia de instancia no se pronuncia sobre la incidencia en el litigio de la creación del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama, alegada en el litigio, infringiendo así el artículo 120.3 CE, que impone a las sentencias un deber de motivación (FJ 4º).

Respecto al segundo motivo, el TS reconoce que el hecho de que los terrenos litigiosos hubieran adquirido con anterioridad la clasificación urbanística de suelo urbanizable incluso mediante sentencia firme no era un obstáculo a la hora de incluir estos terrenos en el ámbito del PORN, puesto que dicha clasificación sólo podía surtir efectos en el ámbito en el que la controversia se produjo, el urbanístico, y respecto de la actuación urbanística entonces recurrida: la aprobación de las Normas Subsidiarias de Torreldones, pero dejaba indemne el posterior ejercicio de las potestades-deberes otorgadas por Ley a la Administración Medioambiental: la aprobación del PORN y el superior rango jerárquico de éste respecto de la planificación urbanística.

Añade el TS que la inclusión de la finca “El Enebrillo Alto” no fue casual, sino querida por la Administración, ya que la recurrente se dirigió a ella en el trámite de información pública solicitando la exclusión y la Administración contestó expresamente su inclusión dentro de la Zona de Máxima Protección del PORN, ya que en esos terrenos, se decía, “se sitúan los espacios de mayor valor ambiental, que constituyen los ecosistemas mejor conservados dentro del ámbito de la ordenación propuesta”. Dice el TS que es a dicho problema sustantivo, el valor ambiental de la finca, al que hay que atender para resolver el litigio, relativizando la importancia de las consideraciones sobre lo que la memoria justificativa dice o deja de decir. Así, la hipótesis mantenida en la Sentencia de instancia, de que el PORN excluía la finca por medio

### XIII. Medio Ambiente

de su Memoria justificativa, decae por completo al examinar los datos sustantivos: que existían valores de especial protección en los terrenos y que además la Administración los incluyó en el ámbito del PORN de forma plenamente consciente (FJ 6º).

Por tanto, el TS estima el recurso de casación y no impone condena en costas al no apreciarse razones para ello conforme al artículo 139 LJCA (FJ 7º).

#### 7. AGUAS CONTINENTALES

##### **A) Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos que precisa el desarrollo urbanístico**

Se discute en la STS de 6 de julio de 2009 (recurso 658/2008), el Auto de fecha 27 de noviembre de 2009 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (confirmatorio en súplica del Auto de 15 de enero de 2008) por el que suspendió cautelarmante el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, de 28 de febrero de 2007, de aprobación del Plan Parcial Modificativo del Sector Industrial I-12, del municipio de Loriguilla (Valencia), por carecer el Plan Parcial del preceptivo informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley del Plan Hidrológico Nacional, que así lo contempla al indicar que las Conferencias Hidrográficas emitirán informe previo sobre los actos y planes que las CCAA hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno.

En este sentido la Administración General del Estado interpuso, a través de la Abogacía del Estado, recurso contencioso-administrativo contra el referido acuerdo de aprobación del Plan Parcial Modificativo del Sector Industrial I-12 del municipio de la Loriguilla, por carecer dicho planeamiento del informe favorable de la Confederación Hidrográfica del Júcar, en el que se constataba un déficit importante de recursos hídricos para satisfacer las nuevas demandas de agua vinculadas a las actuaciones urbanísticas previstas. En dicho recurso se consideraba por el Abogado del Estado la necesidad de la adopción por el Tribunal de la suspensión cautelar del acto impugnado, dado que en caso contrario se generaría un grave e irreversible perjuicio al interés público al realizarse importantes obras de urbanización y edificación que luego carecerían del suministro de agua necesario para su uso, perjudicándose también por ello a los futuros terceros adquirentes de buena fe. La medida cautelar así solicitada fue efectivamente acordada por el Tribunal a través de Auto de 27 de noviembre de 2007.

Contra dicho auto se interpone recurso de casación por la representación procesal del Ayuntamiento de Loriguilla y por la Generalidad Valenciana, argumentándose distintos motivos de casación por el cauce de los artículos 87.1.b) y 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, y por infracción de los artículos 129 y siguientes de la misma Ley, así como de la jurisprudencia que los interpreta, en relación con los artículos 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 19.2 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalidad Valenciana, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje. Adicionalmente, se argumenta también que el informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar carece de carácter vinculante.

Analizados los motivos de casación, el Tribunal determina que este caso, que nos ocupa ahora, es sustancialmente igual al ya resuelto por la Sala de lo Contencioso del Supremo, en la reciente Sentencia de 30 de marzo de 2009 (recurso de casación 790/2008), ya comentada en la crónica XIII del núm. 45 de la Revista *Justicia Administrativa* de octubre de 2009, sobre la suspensión cautelar de un Plan Parcial también aprobado en la Comunidad Valenciana. Al igual que entonces, el Tribunal desestima el recurso ahora tratado sobre la base del importante elemento de incertidumbre e indefinición que puede ocasionar la aprobación inicial de un desarrollo urbanístico que, según las determinaciones del Organismo de cuenca correspondiente, no tiene acreditado la suficiencia de los recursos hídricos que precisa la nueva urbanización. Considera el Tribunal que tan preeminente es el interés público que pueda derivar de la aprobación del planeamiento urbanístico en cuestión, como el interés público referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos.

Por todo lo anterior, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Loriguilla y por la Generalidad Valenciana, contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de noviembre de 2007.

Véase en el mismo sentido la **STS de 6 de noviembre de 2009**, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo (recurso 22771/2008), interpuesto por la Generalitat Valenciana, contra el Auto de fecha 12 de marzo de 2008, confirmatorio en súplica por el de 16 de mayo de 2008, por el cual la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia (recurso 627/2007), resolvió suspender el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de fecha 20 de abril de 2007, por el que se aprobó definitivamente el Plan de Reforma interior de la Unidad de Ejecución núm. 14 Tapairet Industrial, del Municipio de Benaguasil, al carecer éste del informe previo de la Confederación Hidrográfica del Júcar que contempla el artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto-Ley 1/2001, de 20 de julio, así como porque el municipio carece de agua.

Asimismo, véase la **STS de 21 de octubre de 2009**, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo (recurso 5206/2008), promovido contra el Auto dictado el 26 de diciembre de 2007 por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Primera) en el recurso 95/2007, siendo parte demandada el Ayuntamiento de Jumilla y la Junta de Compensación de la UE única: “Santa Ana del Monte Jumilla Golf, sobre la aprobación definitiva del Plan Parcial Santa Ana del Monte Jumilla-Golf. En dicha sentencia el TS acuerda la suspensión cautelar del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Jumilla, adoptado en su sesión de 5 de diciembre de 2006, por el que fue definitivamente aprobado el Plan Parcial de “Santa Ana del Monte Jumilla Golf”, al no estar acreditada la suficiencia del abastecimiento de agua del futuro desarrollo urbanístico.

### **B) Vertidos contaminantes e indemnización por daños ocasionados al dominio público hidráulico: procedimiento para la toma de muestras previa al inicio de procedimiento sancionador**

En la **STS de 17 de julio de 2009**, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso 140/2007), se discute el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Arahal, contra la Sentencia de 16 de noviembre de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo

### XIII. Medio Ambiente

165/2004. El acto administrativo que se impugna en casación es la Resolución dictada por la Sra. Ministra de Medio Ambiente, por la que se acuerda imponer al Ayuntamiento recurrente una multa por importe 30.050,62 euros, más una indemnización de 18.484,29 por los daños causados al dominio público hidráulico, por vertidos de aguas residuales que superaban los parámetros establecidos procedentes del colector municipal, así como de aguas residuales procedentes de la arqueta municipal sin autorización de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

Se alega por parte del Ayuntamiento recurrente el incumplimiento por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir del procedimiento para la toma de muestras regulado en las Órdenes del Ministerio de Obras Públicas de 23 de marzo de 1960 y de 9 de octubre de 1962, en las cuales se determina que las tomas de muestras de vertidos de aguas residuales se efectúen en tres puntos: lugar del vertido, cauce receptor aguas arriba y el cauce receptor aguas abajo. La parte recurrente sostiene que el procedimiento de toma de muestras regulado en las Órdenes mencionadas no ha sido observado por la Administración sancionadora, y afirma por ello el Ayuntamiento recurrente que la resolución sancionadora debió haber sido anulada.

Enfatiza a este respecto el Ayuntamiento de Arahal que aunque las Órdenes ministeriales citadas aparecen incluidas entre las disposiciones derogadas en el Anexo del Real Decreto 24/73/1985, de 27 de diciembre, a que se refiere el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, dichas Órdenes han quedado derogadas en sus aspectos sustantivos, pero no en cuanto establecen un método o procedimiento singular para la toma de muestras a efectos de comprobar la calidad de las aguas. Sin embargo, el TS apoyándose en el criterio ya sentado por la Sala en su Sentencia de fecha 16 de enero de 1996 (recurso 530/1993, FJ 2º) determina que dicho procedimiento de toma de muestras, contemplado en las Órdenes ministeriales de 1960 y 1962, no tiene carácter imperativo y que lo relevante es que conste demostrada la toma de muestras y su correspondiente análisis, según también quedó apuntado en la Sentencia de 22 de diciembre de 2003 (recurso 2527/2000, FJ 6º) al declarar que lo decisivo es que haya quedado plenamente acreditada la realidad y existencia del daño al dominio público hidráulico por haberse comprobado los vertidos contaminantes.

Analizados los demás motivos de casación expuestos, el TS señala que el recurso de casación para unificación de doctrina tiene unos supuestos procesales muy concretos de aplicabilidad, que estima la Sala no concurren en el presente recurso de casación para unificación de doctrina planteado.

Por todo lo anterior, el TS declara no haber lugar al recurso de casación para unificación de doctrina 140/2007, interpuesto por el Ayuntamiento de Arahal, y declara conforme a Derecho el procedimiento sancionador llevado a cabo por la Administración.

Véase en idéntico sentido la **STS de 21 de octubre de 2009** (recurso de casación 109/2008), interpuesto por el Ayuntamiento de Carrión de los Céspedes (Sevilla) contra la Sentencia de 19 de julio de 2007, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que se impugna la Resolución dictada por el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en la que se acuerda imponer al Ayuntamiento recurrente la sanción de multa por importe de 23.600,74 euros, más una indemnización de 3.298,26 euros por daños causados a dominio público hidráulico.

## 8. AGUAS MARÍTIMAS

### A) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: zona de influencia

La vigente Ley de Costas mantiene una tradición normativa muy asentada: someter a los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre a restricciones más o menos intensas según su cercanía con la ribera del mar. En el caso de la zona de influencia –con una extensión mínima de 500 metros desde dicha ribera– no está prohibida la edificación, pero sí debe evitarse la formación de pantallas arquitectónicas o la acumulación de volúmenes, sin que la densidad de edificación pueda ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo [artículo 30.1.b)]. La razón de esta limitación radica en la preservación de los valores y elementos naturales concernidos, entre los que el paisaje cobra especial relevancia. La construcción de quinientas viviendas plurifamiliares, unidas a las unifamiliares ya existentes, incide sin duda sobre dichos elementos y valores, encontrándose en el ámbito material del precepto aludido. Por ese motivo, la **STS de 27 de noviembre de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 7100/2005), confirma en casación la anulación del acuerdo municipal por el que se aprobó el Plan parcial para ese sector.

### B) Puertos: el Plan Especial de un puerto, pese a su extralimitación de contenido, debe someterse a evaluación de impacto ambiental según la normativa vigente en el momento de su aprobación

La **STS de 30 de octubre de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 3371/2005), se pronuncia sobre la obligatoriedad de someter a evaluación de impacto ambiental el Plan Especial de un puerto, al proyectarse en él su ampliación mediante el relleno de una ría y otras infraestructuras que afectan de manera significativa el medioambiente. Si bien hoy los planes urbanísticos tienen su propio instrumento de control ambiental en la evaluación estratégica de planes y programas que regula la Ley 9/2006, cuando acontecieron los hechos litigiosos aún no se había transpuesto a derecho español la Directiva de origen. Por eso, se trataba de comprobar si la evaluación de impacto ambiental de proyectos regulada en el entonces vigente Real Decreto Legislativo 1302/1986 resultaba de aplicación a los planes urbanísticos. Según jurisprudencia muy consolidada del Alto Tribunal así era, quedando equiparados los planes urbanísticos a los proyectos de obras o actividades cuando en la ordenación detallada contenida en ellos se previesen y legitimasen dichas obras y actividades. No obstante, por determinación normativa, el Plan Especial del puerto debe limitarse a regular usos urbanísticos y no a legitimar las infraestructuras propiamente portuarias (artículo 18 de la Ley de Puertos del Estado), correspondiendo este papel al Plan de Utilización de los espacios portuarios, que justifica la implantación efectiva de los usos estrictamente portuarios en los puertos de interés general, delimitando la zona de servicio y la ordenación propiamente portuaria (espacios de tierra y agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios y los de reserva para el desarrollo de dicha actividad, artículo 18 de la misma Ley). La evidente extralimitación en que incurre el Plan Especial recurrido (que planifica y pretende legitimar una ampliación significativa del puerto mediante terrenos ganados al mar), unido a la necesidad de que, pese a ello, hubiese sido sometido a evaluación de impacto ambiental por equivaler a un proyecto, lleva necesariamente a declarar la nulidad de la resolución de la Administración autonómica por la que se aprobó.

#### 9. FISCALIDAD AMBIENTAL

##### A) Tributos estatales en materia de aguas

###### a) Hecho imponible

En el caso resuelto por la STSJ de Valencia de 19 de mayo de 2009 (NR 233/2007), la demandante, dedicada a la actividad de extracción de piedra en cantera, solicitaba no tributar por ser su vertido inocuo, dado que el agua se vertía a balsas impermeables y el agua recuperada se utilizaba de nuevo. Desestima su pretensión el TSJ a la vista del informe de la Administración hídrica, que describe las características del vertido, señalando la elevada cantidad de materia en suspensión.

Será estimatoria la STSJ de Valencia de 8 de julio de 2009 (NR 2266/2007), cuyo sujeto pasivo era la titular de un conjunto de viviendas, por no haberse realizado el hecho imponible. Consigue demostrar que las aguas residuales ya habían sido conectadas al alcantarillado y aunque en los sótanos o garajes existen dos sondeos directamente al subsuelo para la evacuación de agua en caso de inundación, pero que no son pues para verter aguas residuales. Por razones parecidas se estima el recurso deducido por un Ayuntamiento, cuyas residuales se conducen a una EDAR con vertido del effluente a través de emisario submarino al mar. Es la STSJ de Valencia de 1 de septiembre de 2009 (NR 1833/2007).

###### b) Cuantificación

Para adentrarnos en las cuestiones propias de la cuantificación de este tributo conviene explicar que su importe se calcula multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico, y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos podrán revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El coeficiente de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el Anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial), del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5) y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

La STSJ de Valencia de 16 de julio de 2009 (NR 1888/2007), estima el recurso planteado por un Ayuntamiento, que logra demostrar que el volumen de vertido es inferior al que se toma para la liquidación.

La STSJ de Extremadura de 13 de marzo de 2009 (NR 1056/2007), no acepta el reproche que efectúa el Ayuntamiento sujeto pasivo del tributo, aduciendo que no existe prueba sobre

los presupuestos de cálculo de la tasa (caudal, características del vertido, grado de contaminación,...) Dice la Sala que dichos parámetros ya aparecen en la resolución, que no cabe objetar falta de prueba, porque el sujeto pasivo mostró su conformidad al respecto y, de otra parte, porque la autorización estaba referida a un vertido de estas características. Si lo que se pretende –dice el tribunal– es que esas condiciones se han alterado, lo procedente hubiera sido solicitar la revisión de la autorización y exigir que esas modificaciones se reflejen en la exacción de la tasa. En el mismo sentido, otra **STSJ de Extremadura de 29 de septiembre de 2009** (NR 692/2007). El TSJ de Murcia parece más exigente en cuanto a la motivación, anulando la liquidación en la que sólo consta el volumen de vertido, la naturaleza y el coeficiente (**STSJ de Murcia de 30 de marzo de 2009**, NR 8/2005). Desarrolla con más amplitud estas tesis en un conjunto de sentencias estimatorias correspondientes con recursos interpuestos por el Ayuntamiento de Moratalla contra diversas liquidaciones por este concepto giradas por la Confederación del Segura. Dice el TSJ que “Otra cosa es que la liquidación impugnada esté suficientemente motivada cuando toma en consideración un volumen de vertido de 4.572 m<sup>3</sup> partiendo del volumen anual de 10.629 m<sup>3</sup>, sin hacer mención al factor K aplicado (en función del índice de contaminación en zona urbana sin industria). Efectivamente, en el expediente administrativo no constan las tomas de aguas realizadas en el período del año 2003 indicado para calcular dicho volumen de vertido, ni tampoco los análisis realizados sobre las mismas con la finalidad de calcular su grado contaminante. No existe, por tanto, forma de comprobar que la liquidación impugnada ha tomado en consideración los datos correctos al no aparecer justificados en el expediente de gestión (en el que solamente consta la liquidación impugnada y su notificación)”. Añadiendo luego que “en el presente caso es evidente que la Confederación no ha motivado suficientemente la liquidación, al no señalar el mecanismo que ha seguido para determinar su cuantía. (...) toda liquidación tributaria debe estar motivada y que tal motivación no consiste solamente en citar unas cifras, sino también las fórmulas o mecanismos utilizados para su obtención, y ello aunque los mismos puedan figurar en el expediente administrativo (motivación *in allunde*). En conclusión, cabe señalar que no consta en el expediente administrativo que se hayan tomado muestras de aguas residuales en el período referido (no consta la fecha de la toma), ni cuántas se han hecho, ni los lugares donde se realizaron para determinar el grado de contaminación del vertido. Tampoco consta, en el hipotético caso de que se hayan tomado muestras, que se hayan hecho análisis sobre las mismas, ni el laboratorio que los ha realizado, procedimiento utilizado, titulación del analista que firma, etc., para determinar el grado de contaminación de los vertidos”. Se trata de Sentencias como las de 16 de julio de 2009 (NR 305/2005), dos de 23 de julio de 2009 (NR 303 y 306/2005) y de 30 de octubre de 2009 (NR 308/2005). En el mismo sentido, la Sentencia de 28 de octubre de 2009 (NR 312/2005).

La **STSJ de Valencia de 19 de mayo de 2009** (NR 1484/2007), es parcialmente estimatoria del recurso deducido por un Ayuntamiento. El canon se giraba sobre el vertido procedente de una EDAR en la que participaban tres municipios; el caso es que se imputó al demandante un porcentaje muy superior al que correspondía según la documentación obrante. En cambio, no se acepta la impugnación del coeficiente 4 que se le aplica, por considerar la Confederación que no tenía autorización para el vertido efectuado: en realidad tenía autorización provisional, pero consta en el expediente una prohibición expresa de efectuar vertidos, sin haber obtenido la autorización definitiva.

### XIII. Medio Ambiente

En el caso resuelto por la SAN de 11 de junio de 2009 (NR 38/2008), la clave se hallaba en la correcta determinación del grado de contaminación del vertido, dado que la Confederación Hidrográfica lo había elevado del 0,5 al 2,5 en la fase obrante de la propuesta a la resolución. Según la Administración hídrica correspondía el 2,5 por ser un vertido urbano sin tratamiento adecuado, pues la EDAR del municipio todavía no estaba construida. La Audiencia estima el recurso, dado que la desviación sobre la propuesta de resolución da por sentada la mayor carga contaminante del vertido sin práctica de medio probatorio alguno.

La STSJ de Aragón de 2 de marzo de 2009 (NR 62/2008), se interesa en la interpretación del apartado 8 del artículo 113 de la Ley de Aguas, según el cual “Cuando un sujeto pasivo del canon de control de vertidos esté obligado a satisfacer algún otro tributo vinculado a la protección, mejora y control del medio receptor establecido por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, el importe correspondiente a este tributo se podrá deducir o reducir del importe a satisfacer en concepto de canon de control de vertidos”. La Sala de Zaragoza rechaza que el sujeto pasivo pueda deducir sin más el canon de saneamiento aragonés, señalando que “en primer lugar, se establece como posibilidad y no con carácter imperativo, y en segundo lugar, en el párrafo segundo del propio apartado viene a exigirse, implícitamente, que exista una correlación entre los servicios recibidos y los importes a abonar por los sujetos pasivos de los tributos en cuestión para poder llevar a cabo esa deducción o reducción, de forma que ésta sólo será posible en la medida en que haya coincidencia en el destino de lo recaudado por uno y otro, estableciéndose a tal efecto, es decir, para conseguir una efectiva correspondencia entre servicios recibidos y los importes a abonar por el sujeto pasivo de dichos tributos, evitando así duplicidades, que el Estado (Ministerio de Medio Ambiente) y Comunidades Autónomas suscriban los oportunos convenios de colaboración, convenio que en este caso la Administración reconoce ser inexistente”.

#### c) Aplicación del tributo

La SAN de 6 de julio de 2009 (NR 674/2007), reconoce que el Estado puede compensar las deudas de un Ayuntamiento por el concepto de canon de vertidos con la participación de aquél en los tributos del Estado.

#### B) Tributos autonómicos en materia de aguas

##### a) Regulación de los tributos

El TSJ de Murcia anuló el Reglamento del canon de saneamiento de la Región de Murcia, por diversas cuestiones. Los recursos que formuló la Comunidad Autónoma están siendo desestimados por el Tribunal Supremo [cfr. dos SSTSJ de Murcia de 20 de mayo de 2009 (NR 7177/2005 y 2815/2006) y otras dos de 21 de mayo de 2005 (NR 5566/2006 y 5537/2006)].

##### b) Hecho imponible

El contribuyente pretende la no sujeción al canon de saneamiento de Cantabria, alegando que se trata de una vivienda unifamiliar aislada que dispone de fosa séptica para la evacuación de las aguas residuales, alegando carecer de red de alcantarillado. El TSJ de Cantabria, mediante STSJ de Cantabria de 29 de junio de 2009 (NR 251/2008), rechaza esa pretensión, advir-

tiendo que las claves según la normativa autonómica son la inclusión en una Aglomeración urbana (que lo está) y que exista alcantarillado al menos en alguna parte del núcleo (que existe).

En el caso resuelto por el TSJ de Cataluña, mediante **STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2009** (NR 220/2008), se desestima el recurso planteado por la titular de un conocido parque temático que insistía en que el riego de parques y jardines se englobaba en la categoría de uso agrícola y, por lo tanto, no debía tributar efectivamente por el canon catalán del agua. Era obvio que no se trataba de una actividad productiva, sino económica.

La **STSJ de Galicia de 28 de enero de 2009** (NR 15133/2009), estima el recurso planteado por el interesado correspondiente con una aglomeración urbana de la que se demuestra que su población es inferior a la prevista por la normativa para excluir la tributación en el canon de saneamiento gallego.

La **STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2009** (NR 15232/2009), rechaza la pretensión de no tributar en el canon de saneamiento de Galicia por parte de un contribuyente industrial que alega ausencia material de vertido, dado el proceso seguido. Aparte de que el impuesto en general se referencie al consumo, las inspecciones realizadas detectaron la presencia de vertidos procedentes del proceso industrial.

### c) Comprobación administrativa

El TSJ de Cataluña rechaza que los resultados de una inspección (mediciones) en relación con el canon del agua llevada a cabo en una determinada fecha pudieran incorporarse a la declaración que tenía que reflejar los datos del año anterior. Es la **STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2009** (NR 137/2008). En el caso resuelto por el mismo tribunal, mediante sentencia reseñada *supra* de **16 de julio de 2009** (NR 220/2008), el TSJ admite el procedimiento de estimación indirecta utilizado por la Administración, dado el incumplimiento de la recurrente de las obligaciones de instalar un sistema de medidas.

El TSJ de Galicia, por **STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2009** (NR 16588/2009), rechaza el recurso interpuesto por una piscifactoría, confirmando la aptitud de los análisis y mediciones empleados en la comprobación.

## C) Tributos locales en materia de aguas

### a) Tasa municipal de alcantarillado

La **STS de 8 de mayo de 2009** (NR 1031/2003), declara no haber lugar al recurso de casación, que trataba de la aprobación de una tasa municipal de alcantarillado. Se discuten cuestiones generales de la participación en la elaboración de la Ordenanza, que no nos interesan ahora; y también la corrección de la memoria económico-financiera, que se considera insuficiente por la demandante. El Alto Tribunal describe los costes que figuran en el estudio, de los que dice tienen el suficiente detalle y los criterios para su recuperación que se han seguido. El Supremo advierte que no es su misión elaborar un determinado modelo de dicha Memoria y que en ciertos aspectos es obligado admitir ciertas aproximaciones, aun sin base estadística suficiente.

#### D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

##### a) Utilización de gasóleo bonificado

La Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto contra una disposición general emanada del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se regula la devolución parcial del Impuesto por consumo de gasóleo profesional. Se alegaba la vulneración del principio de igualdad, en tanto, afectando a los titulares de instalaciones de consumo propio, no era aplicable a las cooperativas de transporte, dada la regulación y características de éstas. La Sala explica la proporcionalidad y razonabilidad de la medida y explicita las opciones que tienen los sujetos para beneficiarse finalmente del procedimiento. Es la **SAN de 30 de marzo de 2009** (NR 103/2007).

#### E) Tributos sobre residuos

##### a) Tasas municipales por recogida de basuras

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de junio de 2009** (NR 1409/2007), desestima el recurso interpuesto por una empresa dedicada a la recogida, transporte de tierras, escombros y otros residuos resultantes de obras de excavación y residuos inertes, y su posterior depósito en el lugar habilitado para ello, contra liquidaciones por el concepto de tasas por utilización del vertedero municipal. El nudo se hallaba en el tipo de residuos depositados, al entender de la recurrente distintos de los contemplados por la Ordenanza Fiscal (basuras): consideraba que el depósito obedecía a una autorización específica del Ayuntamiento, por no existir otro lugar, y que debía ser gratuito. No está de acuerdo con ello la Sala, que considera subsumible la actividad en el ámbito de la Ordenanza y de ninguna manera aceptaría una exención que, por otra parte, no aparece en el texto de la Ordenanza.

Dice la **STSJ de Galicia de 30 de abril de 2009** (NR 4398/2007), que el hecho imponible de las tasas por recogida de basuras “surge independientemente de que el sujeto pasivo (usuario) participe poco, mucho o nada en la producción de los residuos, ya que se exige cuando se preste el servicio exigible, y ello ha tenido lugar, con independencia de que las viviendas a que se destina el servicio se ocupen o no por su propietaria o que aquél se use con mayor o menor intensidad; finalmente, se ha indicado que la recogida de residuos se presta en régimen de derecho público, y ello es así porque ese servicio es público, con independencia de que se preste efectivamente de forma directa con los propios medios del ente local, o indirecta mediante contrato administrativo suscrito con una empresa, de manera que el importe que ingresa el usuario de ese servicio tiene la naturaleza jurídica de tasa y no de precio público, y así lo ha dispuesto con claridad el segundo inciso del artículo 2.2.a) de la LGT”.

Finalmente, el **TJ de Murcia** anula parcialmente la Ordenanza de la tasa por recogida de basuras de Mazarrón. La demanda había sido interpuesta por una empresa dedicada a la actividad de camping, que se oponía a una subida lineal en su contribución de casi el doble. Al entender de la Sala, aunque el informe económico-financiero justificaría los incrementos en términos globales, adolece de falta de motivación en lo que se refiere a la pormenorización de los incrementos del importe de la tasa en función de las diferentes actividades. Y es que lo que no contiene es una justificación de por qué se aplican esos porcentajes a las diferentes actividades. Es la **STSJ de Murcia de 26 de enero de 2009** (NR 432/2007).

**F) Otros impuestos autonómicos ambientales****a) Impuesto balear sobre estancias en establecimientos de hostelería**

Aunque el impuesto fue suprimido y el recurso de inconstitucionalidad se retiró, se mantuvieron vivas muchas reclamaciones contra los reglamentos de desarrollo y contra los actos administrativos de aplicación que, entre otras cuestiones, se aferraban a la original inconstitucionalidad del impuesto. El TSJ de Baleares ha dictado numerosas sentencias en las que se pone de manifiesto que al entender de este tribunal ni se violaba el artículo 6.2 de la LOFCA (por presunta incompatibilidad con el IVA) ni tampoco el 6.3 (por presunta incompatibilidad con el Impuesto sobre Actividades Económicas). Niega, asimismo, que esta figura fuera contraria al derecho a la libertad de empresa y que invadiese las competencias estatales en materia económica. Por todo ello, y al igual que en sentencias anteriores, se rechaza la presentación de cuestiones de inconstitucionalidad. Se trata de tres SSTSJ de Baleares de 29 de enero de 2009 (NR 649/2004 y 33 y 36/2007); dos de 25 de febrero de 2009 (NR 589/2004 y 968/2005) y otra de 25 de abril de 2009 (NR 966/2005).

La STSJ de Baleares de 19 de enero de 2009 (NR 705/2004), rechaza además las extralimitaciones reglamentarias imputadas por los demandantes.

JAVIER DOMPER FERRANDO

ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Nota preliminar.** **2. Agricultura.** A) Procedimiento de concentración parcelaria. Necesidad del régimen de notificaciones. **3. Ayudas públicas.** A) Concepto de ayudas de Estado y obligación de financiar obras cinematográficas. **4. Contratación pública.** A) Concepto de concesión de servicios y delimitación con los contratos públicos de servicios. B) Adjudicación de concesiones a sociedades mixtas; especificaciones de la colaboración institucionalizada y selección del socio privado mediante un procedimiento competitivo. C) Cooperación interadministrativa y prestación de servicios públicos obligatorios. D) Concepto de contrato público de obras: relevancia del objetivo principal consistente en la edificación de pabellones, frente al arrendamiento posterior de lo construido. E) Concepto de operador económico y consorcios integrados por Universidades y Administraciones públicas. F) Legitimidad de las causas de exclusión que tienen como finalidad garantizar el respeto a los principios de igualdad de trato y transparencia; carácter desproporcionado de la prohibición absoluta de participar en la licitación a las sociedades controladas por otras participantes. G) La garantía de un recurso efectivo contra la adjudicación requiere un plazo útil antes de la celebración del contrato para que los interesados puedan efectivamente solicitar medidas provisionales; la información suministrada debe ser completa y las explicaciones precisas. H) Garantía de una competencia real en los procedimientos negociados. **5. Energía eléctrica.** A) Distribución de costes de instalación de línea eléctrica. B) Aplicación de un régimen tarifario específico. **6. Telecomunicaciones.** A) Servicio de atención de llamadas de emergencia “112”. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y derechos económicos de los operadores de red. B) Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones y acuerdos de interconexión. C) Televisión privadas. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para requerir información sobre la evolución del mercado del sector audiovisual. D) Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre.

## 1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recoge el examen de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en materia de ayudas públicas y contratos durante el año 2009, así como las sentencias del Tribunal Supremo publicadas en los Cuadernos Aranzadi 16 a 21 de 2009.

## 2. AGRICULTURA

### A) Procedimiento de concentración parcelaria. Necesidad del régimen de notificaciones

En la STS de 3 de junio de 2009, se resuelve el recurso de casación 5551/2007 (RJ 2009/4523), relativo a un Acuerdo de Concentración Parcelaria de la zona de Agüero-Orejón-Setién.

Contra el citado Acuerdo se había interpuesto por A. recurso de alzada, que fue desestimado por parte del Consejero de Ganadería, Agricultura y Pesca del Gobierno de Cantabria, mediante la Resolución de 30 de noviembre de 2005. Impugnada ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, el recurso fue desestimado por Sentencia de 20 de julio de 2007. Es contra dicha resolución judicial que el señor A. presenta este recurso de casación, que será estimado por el Tribunal Supremo.

La parte recurrente alega seis motivos de casación, de los cuales la Sentencia empieza por examinar el segundo, que gira sobre la exigencia del sistema de notificaciones con carácter general previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y jurisprudencia que la desarrolla, frente al régimen de notificaciones contenido en los artículos 210 y 211 del Texto refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobado mediante Decreto 118/1973, de 12 de enero (LRDA).

El Tribunal Supremo inicia su razonamiento presentando la diversa jurisprudencia que se ha manifestado sobre la cuestión litigiosa y, en concreto, constata que la LRDA no impone la notificación personal, ya que existe, como peculiaridad del procedimiento especial de concentración parcelaria, un sistema de comunicación, para las resoluciones como la aprobación de las bases definitivas, que erige en principal y suficiente la publicación por medio de edictos, o inserción en los tabloneros de anuncio del ayuntamiento y entidad local correspondiente y en el Boletín Oficial de la Provincia.

Por el contrario, el Tribunal Supremo destaca su reciente Sentencia de 26 de mayo de 2009 (recurso de casación 3935/2007), que ha reclamado como necesaria la notificación a los interesados. Tal resolución judicial concluyó que “es claro, que en el caso de autos al no haber existido la notificación oportuna y exigida en el trámite de elaboración de las bases provisionales es obligado reponer las actuaciones a tal trámite a fin de que los hoy recurrentes puedan solicitar en tiempo y forma su petición de exclusión de la citada concentración, y que la Administración se pronuncie sobre tal petición, y las demás que en su caso puedan interesar”.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En este repaso jurisprudencial, y prosiguiendo en particular con el examen de su citada Sentencia de 26 de mayo de 2009, el Tribunal Supremo añade que “con esa falta de notificación exigida se le ha ocasionado indefensión a los recurrentes, ya que cuando tuvieron conocimiento de la concentración, se habían aprobado las bases definitivas y por esa razón de estar aprobadas las bases definitivas, la Administración estimó que no se podía entrar en el análisis de la petición relativa a la exclusión de la finca de la Concentración”.

El Tribunal Supremo recuerda otras sentencias suyas según las cuales los artículos 24.1 y 105.c) de la Constitución imponen que, ante la duda, cuando se trate de decisiones administrativas con finalidad concreta, que afecten directa y específicamente a interesados cuya individualización y domicilio constan en el expediente, hay que citarlos personalmente y notificarles del mismo modo.

Por todo ello, el Tribunal Supremo resuelve que, pese a la existencia de un procedimiento especial en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que sólo contempla la publicación de las bases de concentración y no su notificación individual, debe atenderse a las exigencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, máxime si se tiene en cuenta el carácter preconstitucional de la Ley de 1973, lo que requiere una exégesis conforme al artículo 24 CE.

El Tribunal Supremo concluye que no hace falta examinar el resto de motivos planteados por la parte recurrente, anula el Acuerdo de Concentración Parcelaria de la zona de Agüero-Orejón-Setién y repone las actuaciones a fin de que la administración notifique al recurrente el acuerdo de aprobación de las bases provisionales de dicha concentración parcelaria, para que pueda formular las peticiones que estime pertinentes.

En conclusión, la presente Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2009 (recurso de casación 5551/2007), confirma el cambio de criterio iniciado por su anterior Sentencia de 26 de mayo de 2009 (recurso de casación 3935/2007), e impone la notificación personal a las personas interesadas que consten individualizadas en el expediente, y éste trate sobre cuestiones concretas, como una concentración parcelaria.

### 3. AYUDAS PÚBLICAS

#### A) Concepto de ayudas de Estado y obligación de financiar obras cinematográficas

En esta materia es relevante la STJUE de 5 de marzo de 2009, As. C-222/07, UTECA, que resuelve una cuestión prejudicial promovida por el Tribunal Supremo acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del artículo 5.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, en su versión dada por la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual.

En primer lugar, el Tribunal Supremo pregunta si se opone a los artículos 12 TCE y 3 de la Directiva 89/552 una medida como el artículo 5.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y para televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales de España. La Sentencia parte de que la Directiva, al no establecer una armonización completa

sino de mínimos, no precluye la posibilidad de que los Estados miembro adopten medidas como la controvertida, siempre y cuando respeten las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Pues bien, según el Tribunal, la información que se le ha proporcionado no permite concluir que la obligación impuesta a los operadores de televisión de destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y para televisión europeas constituya, en la práctica, una restricción a alguna de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

Por el contrario, la obligación de destinar a obras cuya lengua original sea una de las lenguas oficiales de España el 60% del 5% de los ingresos de explotación destinados a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas sí constituye una restricción a varias libertades fundamentales, concretamente a la libre prestación de servicios, a la libertad de establecimiento, a la libre circulación de capitales y a la libre circulación de trabajadores. Sin embargo, tal restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado está justificada por razones imperiosas de interés general. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha reconocido que constituye una razón imperiosa de interés general el objetivo perseguido por un Estado miembro de defender y promover una o varias de sus lenguas oficiales. En segundo término, la imposición de la obligación controvertida resulta adecuada para garantizar la consecución de tal objetivo. Y, en tercer lugar, la medida no va más allá de lo necesario para alcanzarlo, puesto que la información proporcionada al Tribunal de Justicia no contiene ningún elemento que permita afirmar que la obligación de destinar a tal efecto el 3% de los ingresos de explotación sea desproporcionada en relación con el objetivo que se persigue. Esta conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que los beneficiarios de esa financiación sean predominantemente empresas productoras de cine establecidas en ese Estado miembro, que es algo que resulta inherente al objetivo perseguido y que no puede constituir por sí solo una prueba del carácter desproporcionado de la medida controvertida en el procedimiento principal, so pena de vaciar de sentido el reconocimiento como razón imperiosa de interés general del objetivo relativo a la defensa y promoción de las lenguas oficiales.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo pregunta si una medida como el artículo 5.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, constituye o no una ayuda del Estado en beneficio de la industria cinematográfica española en el sentido del artículo 87.1 TCE. La Sentencia recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo se consideran ayudas las ventajas concedidas directa o indirectamente mediante fondos estatales. En efecto, la distinción que establece esta norma entre las “ayudas otorgadas por los Estados” y las ayudas otorgadas “mediante fondos estatales” no significa que todas las ventajas otorgadas por un Estado constituyan ayudas, tanto si se financian con fondos estatales como si no, sino más bien que su finalidad es incluir en dicho concepto las ventajas concedidas directamente por el Estado, así como las otorgadas por medio de un organismo público o privado designado o instituido por el Estado. Pues bien, la ventaja que proporciona la medida controvertida a la industria cinematográfica de ese Estado miembro no ha sido otorgada directamente por el Estado o por medio de un organismo público o privado designado por aquél, sino que resulta de una normativa general que impone a los operadores de televisión, independientemente de que sean públicos o privados, la obligación de destinar una parte de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión. Además, en la medida en que esa disposición se aplica a operadores de televisión públicos, la ventaja conferida no

depende del control ejercido por los poderes públicos sobre tales operadores o de directrices impartidas por estos mismos poderes a tales operadores. En virtud de estos argumentos, la Sentencia concluye negando que una medida como la contenida en el artículo 5.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, constituya una ayuda de Estado en beneficio de la industria cinematográfica de ese Estado miembro.

### 4. CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### A) Concepto de concesión de servicios y delimitación con los contratos públicos de servicios

La STJCE de 10 de septiembre de 2009, As. C-206/08, *Eurawasser*, se pronuncia sobre el problema de la delimitación entre los contratos de servicios [artículo 1.2.a) y d) de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales] y las concesiones [artículo 3.1.b) de la Directiva 2004/17/CE], a propósito del supuesto en el que la operación había sido considerada por la autoridad nacional como una concesión, de manera que se había adjudicado respetando los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, pero no con arreglo a los procedimientos previstos en dicha Directiva para la adjudicación de contratos de servicios. El órgano judicial pregunta al Tribunal de Justicia, en primer lugar, si la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino el derecho a recaudar una remuneración de Derecho privado de terceros, basta, por sí misma, para calificar el contrato como concesión de servicios, en el sentido del artículo 1.3.b) de la Directiva 2004/17. En caso de respuesta negativa a esta cuestión, el órgano jurisdiccional pregunta, en segundo lugar, si tal contrato debe calificarse como concesión de servicios cuando la otra parte contratante asume total, o al menos en su mayor parte, el riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es muy limitado desde un principio debido a la configuración jurídico-pública del servicio.

Acerca de la primera cuestión, el Tribunal de Justicia parte de que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión reside en la remuneración de la prestación de servicios. El primero requiere una remuneración pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que en el caso de una concesión de servicios la contrapartida de la prestación consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente o bien acompañado de un pago. El hecho de que el prestador de servicios sea remunerado por pagos provenientes de terceros (en el caso de autos, los usuarios del servicio en cuestión) es una de las formas que puede adoptar el ejercicio del derecho a explotar el servicio reconocido al prestador. Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios. Por lo tanto, para poder apreciar que nos encontramos ante una concesión es preciso comprobar que el prestador del servicio haya asumido efectivamente el riesgo inherente a la explotación económica del servicio, mientras que si es la entidad adjudicadora la que sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, el contrato mediante el cual se proceda a la atribución de la explotación del servicio requerirá

la aplicación de las formalidades y procedimientos previstos por la Directiva 2004/14 para los contratos de servicios.

En relación con la segunda cuestión, el órgano judicial nacional había partido de la premisa de que la prestación de servicios controvertida implicaba riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que fuera la entidad adjudicadora quien prestara dicho servicio, debido a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata. Por su parte, la Comisión había aducido en sus alegaciones que debe existir un riesgo de explotación importante, de modo que un contrato de servicios cuyo riesgo económico esté reducido al mínimo por los poderes públicos no se puede calificar de concesión de servicios. Frente a ello, el Tribunal declara que para que exista una concesión de servicios lo relevante es que se transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que se deriva de la prestación, y ello incluso si ese riesgo es muy limitado, tal y como ocurre con frecuencia en algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, que son objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar esos riesgos económicos. En definitiva, lo determinante no es tanto la entidad del riesgo inherente a la prestación del servicio, sino que, sea cual sea su entidad, la consecuencia de la operación sea la transferencia de la totalidad o de una parte significativa del riesgo a la prestadora del servicio.

### **B) Adjudicación de concesiones a sociedades mixtas; especificaciones de la colaboración institucionalizada y selección del socio privado mediante un procedimiento competitivo**

La STJUE de 15 de octubre de 2009, As. C-196/08, *Acoset*, resuelve una cuestión prejudicial en la que se preguntaba si es o no compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 TCE, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente operativos y de gestión relativos al servicio que debe prestarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse. De lo que se trata, en definitiva, es de dilucidar si, una vez seleccionado el socio privado de acuerdo con las exigencias que el Derecho comunitario impone a la adjudicación de concesiones, la concesión en cuanto tal puede ser adjudicada directamente a esa sociedad mixta o si es preciso tramitar una segunda licitación.

El Tribunal de Justicia recuerda que, en principio, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al Derecho comunitario, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores. No obstante, continúa la Sentencia, tener que recurrir a una doble licitación no se compadece con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se discute en el litigio principal–, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse

## XIV. Derecho Administrativo Económico

únicamente a estos efectos. Por este motivo, aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, la conclusión es otra si se selecciona al socio privado respetando las exigencias que el Tratado impone respecto de la adjudicación de concesiones, de tal modo que se exija a los candidatos que no sólo demuestren su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

En la medida en que, como ocurría en el caso controvertido, los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, su gestión, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario. En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado. El Tribunal precisa, finalmente, que una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla en el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación.

### C) Cooperación interadministrativa y prestación de servicios públicos obligatorios

La STJUE de 9 de junio de 2009, As. C-480/06, *Comisión/Alemania*, resuelve un recurso por incumplimiento en relación con un contrato celebrado entre cuatro *Landkreise* alemanes y los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo, relativo a la eliminación de sus residuos en una nueva instalación de valorización térmica destinada a producir a la vez electricidad y calor y que habría de construirse al efecto. Mediante dicho contrato, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo reservaban una determinada capacidad para los cuatro *Landkreise* en cuestión, a cambio de un precio que se abonaba a un tercero, titular de la instalación de valorización y contraparte de los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo. La Comisión consideraba que Alemania había incumplido las Directivas de contratación porque el contrato había sido celebrado directamente y sin tramitar el procedimiento de licitación previsto en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

El Tribunal acepta que en el caso de autos no se cumplen los requisitos establecidos en su jurisprudencia sobre medios propios, puesto que los cuatro *Landkreise* de que se trata no ejercen un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, ni sobre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, ni sobre el titular de la instalación térmica, una sociedad cuyo capital está constituido parcialmente por fondos pri-

vados. No obstante, la Sentencia considera relevante que el contrato controvertido establece una cooperación entre diversas entidades locales, como son los *Landkreise* y la ciudad de Hamburgo, cuya finalidad es garantizar la realización de una misión de servicio público común consistente en la eliminación de residuos; un servicio este que en Alemania es de prestación obligatoria para los entes locales, y al que, además, se refiere la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio, relativa a los residuos, que fomenta la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible. El Tribunal afirma que el contrato debe considerarse como la culminación de una acción de cooperación intermunicipal entre sus partes para garantizar la misión de eliminación de residuos, puesto que su finalidad es posibilitar a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de los residuos de los *Landkreise* vecinos, lo que permite alcanzar la capacidad necesaria a tal efecto. Por este motivo, la construcción de dicha instalación sólo se decidió y ejecutó una vez que los cuatro *Landkreise* de que se trata acordaron utilizar la central y se comprometieron en tal sentido. Además, el contrato controvertido también establece compromisos de las entidades locales relacionados directamente con el objetivo de servicio público, así como con la prestación de asistencia mutua en el marco de la ejecución de su obligación legal de eliminación de residuos.

De todo ello se infiere, a juicio del Tribunal, que el contrato controvertido constituye tanto el fundamento como el marco jurídico de la construcción y explotación futuras de una instalación destinada a la realización de un servicio público, a saber, la valorización térmica de residuos; que dicho contrato se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y que no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos. La propia Comisión reconoció en sus alegaciones que si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión, habría admitido que la utilización de la central por los *Landkreise* no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública, pero, a falta de tal organismo de cooperación intermunicipal, adujo que el contrato de servicios celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los *Landkreise* debería haber sido objeto de una licitación. Sin embargo, frente a esta alegación la Sentencia concluye, por un lado, que el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente, y, por otro lado, que tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembro, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores.

La STJUE de 10 de septiembre de 2009, As. C-573/07, *Sea*, resuelve una cuestión prejudicial promovida por un tribunal italiano en la que se le pregunta si es compatible con el Derecho comunitario la adjudicación directa de un servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados, a una sociedad por acciones con capital enteramente

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

público y cuyos estatutos están configurados de tal manera que no impiden en el futuro la participación de socios privados en dicho capital social. La Sentencia recuerda que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. El Tribunal establece que, en principio, la existencia efectiva de una participación privada en el capital de la sociedad adjudicataria debe comprobarse en el momento de la adjudicación del contrato público de que se trate. Excepcionalmente, circunstancias particulares pueden requerir que se tomen en consideración acontecimientos ocurridos con posterioridad a la fecha de la adjudicación del contrato de que se trate. Así ocurre, en particular, cuando unas participaciones de la sociedad adjudicataria, que pertenecían anteriormente en su totalidad a la entidad adjudicadora, se ceden a una empresa privada poco después de que el contrato de que se trata se haya adjudicado a dicha sociedad en el marco de una construcción artificial destinada a eludir las normas comunitarias en la materia. No obstante, aunque no cabe excluir que en cualquier momento se vendan a terceros participaciones de una sociedad, admitir que esta mera posibilidad pueda tener en suspenso indefinidamente la apreciación del carácter público o no del capital de una sociedad adjudicataria de un contrato público no sería conforme con el principio de seguridad jurídica. Por este motivo, si el capital de una sociedad es propiedad en su totalidad de la entidad adjudicadora, sola o con otras autoridades públicas, en el momento en que se adjudica a dicha sociedad el contrato de que se trate, la apertura del capital de ésta a inversores privados sólo puede tomarse en consideración si existe, en ese momento, una perspectiva concreta y a corto plazo de tal apertura. De lo anterior se desprende que, en una situación como la del litigio principal, en la que el capital de la sociedad adjudicataria es totalmente público y no hay ningún indicio concreto de una próxima apertura del capital de dicha sociedad a accionistas privados, la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública. Sin embargo, el tribunal precisa que, en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público, el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.

Por otro lado, en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad, para ser considerado análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido bien individualmente por cada una de dichas autoridades o bien conjuntamente por todas ellas. La Sentencia precisa que en estos casos para considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, es preciso, de un lado, que la actividad de dicha sociedad se limite al territorio de las mencionadas entidades y se realice esencialmente en beneficio de éstas, y, de otro lado, que a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejerzan una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

**D) Concepto de contrato público de obras: relevancia del objetivo principal consistente en la edificación de pabellones, frente al arrendamiento posterior de lo construido**

La STJUE de 29 de octubre de 2009, As. C-536/07, *Comisión/Alemania*, estima un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Alemania, como consecuencia de la celebración entre la ciudad de Colonia y una sociedad privada de inversiones llamada GKM, sin licitación previa, de un contrato según el cual esta última se comprometía a ceder a la primera el uso de una finca con cuatro pabellones feriales, que debían construirse en ese terreno, a cambio del pago de una renta mensual. Con arreglo a lo dispuesto en el contrato, GKM debía realizar como mínimo obras de calidad media y entregarlas a la ciudad de Colonia conforme a las instrucciones especificadas en el contrato, relativas a las dimensiones de los edificios, su naturaleza y equipamiento, que, a su vez, se definía en la licencia de obra otorgada por la ciudad de Colonia. Dejando a un lado otras cuestiones que en ella se plantean, la Sentencia se pronuncia, en particular, acerca de la calificación jurídica de este contrato, concluyendo que debía haberse licitado de conformidad con lo previsto para los contratos de obras en los artículos 7 y 11 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

El Tribunal recuerda a este respecto, por un lado, que la calificación jurídica del contrato compete al Derecho comunitario, sin que resulten determinantes la calificación que reciba en el Derecho nacional ni la que le hayan podido dar las partes del contrato y, por otro, que el concepto de “contrato público de obras”, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 93/37, abarca todos los contratos onerosos, independientemente de su calificación, celebrados entre un poder adjudicador y un contratista, que tengan por objeto la ejecución por éste de una obra definida en el artículo 1.c) de la Directiva. El criterio esencial en este sentido es que la obra responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, al margen de los medios empleados para su realización. Además, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de otro tipo de contrato público, el objeto principal del contrato determinará cuál es la normativa comunitaria que debe aplicarse.

Respecto al objeto de la operación controvertida, la Sentencia constata que el contrato celebrado entre la ciudad de Colonia y GKM se denomina “contrato de arrendamiento” y contiene elementos propios de un contrato de arrendamiento. No obstante, también precisa que en dicha fecha la construcción de los edificios ni siquiera había comenzado, de modo que dicho contrato no podía tener como objetivo inmediato el arrendamiento de unos inmuebles aún inexistentes, sino que el objetivo principal de dicho contrato no podía ser lógicamente otro que la construcción de los citados edificios, entregados posteriormente a la ciudad de Colonia sobre la base de una relación contractual a la que se denominó “contrato de arrendamiento”. Además, las obras de que se trata fueron realizadas conforme a las instrucciones especificadas con todo detalle por la ciudad de Colonia en el contrato principal. De dicho contrato y de sus anexos se desprende que esas instrucciones, que se remiten a un documento con la relación precisa de los edificios que debían construirse, su naturaleza y equipamiento, van más allá de las exigencias ordinarias del arrendatario de un inmueble nuevo de unas ciertas dimensiones.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En definitiva, el objetivo fundamental del contrato era la edificación de los pabellones de que se trata conforme a las necesidades especificadas por la ciudad de Colonia, que constituyen una “obra” en el sentido del artículo 1.c) de la Directiva 93/37, por cuanto están destinadas a cumplir por sí mismas una función económica y su valor supera ampliamente el umbral previsto por el artículo 6 de dicha Directiva. Además, el contrato se celebró con carácter oneroso entre GKM, en condición de contratista, con independencia de que ésta decidiera realizar la obra por subcontratación, y la ciudad de Colonia, como poder adjudicador, de modo que dicho contrato ha de calificarse como contrato público de obras en el sentido del artículo 1.a) de la Directiva 93/37.

Esta calificación no se vería desvirtuada, en primer lugar, por el hecho de que el contrato principal no contenga una opción u obligación de recompra de los edificios por la ciudad de Colonia, ni tampoco, en segundo lugar, porque el importe total de la renta que debía abonarse a GKM en concepto de alquiler hubiera de alcanzar finalmente unos 600 millones de euros, mientras el coste de la construcción de las obras estaría en unos 235 millones de euros, lo cual demostraría, según el Estado miembro, que el elemento “prestación de servicios” prevalece en la operación de que se trata frente al relativo a la obra pública. El Tribunal sostiene que el elemento determinante para la calificación de un contrato como el controvertido es su objeto principal y no el importe de la retribución del contratista o las modalidades que la regulen. Además, no es posible establecer una comparación directa entre las dos cifras antes mencionadas, consideradas en términos absolutos, dado que la cantidad de 600 millones de euros ha de satisfacerse mediante el pago a plazos de una renta durante cerca de treinta años, mientras que el importe de 235 millones de euros corresponde al valor de las obras en el momento de su finalización a finales del año 2005. En realidad, si se considera la citada cantidad de 600 millones de euros conforme a su valor actualizado en el momento de finalización de las obras, se aproxima considerablemente a la cifra de 235 millones de euros. En todo caso, aunque un porcentaje de los 600 millones de euros representara la partida de gastos relativa al arrendamiento, carecería de la entidad suficiente y no afectaría a la calificación del contrato controvertido.

### **E) Concepto de operador económico y consorcios integrados por Universidades y Administraciones públicas**

La STJUE de 23 de diciembre de 2009, As. C-305/08, CoNISMa, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano acerca de la interpretación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En primer lugar, se pregunta al Tribunal de Justicia si esta Directiva, al referirse al concepto de operador económico, se opone a la participación en un contrato público de servicios de un consorcio constituido exclusivamente por Universidades y Administraciones públicas, que no tiene por finalidad prioritaria la obtención de lucro, que no dispone de una estructura organizativa empresarial y que no garantiza una presencia regular en el mercado. El Tribunal de Justicia responde negativamente a esta pregunta a partir, tanto de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, como de su propia doctrina, de la cual se deriva: que uno de los objetivos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la

apertura a la competencia más amplia posible; que las normas sobre contratación también se aplican cuando una entidad adjudicadora pretende celebrar un contrato con otra entidad adjudicadora, esto es, con una entidad que cumple una función de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, de tal modo que tal organismo no ejercerá, con carácter principal, una actividad lucrativa en el mercado; que esas mismas normas se oponen a aquellas disposiciones nacionales que excluyen de la posibilidad de resultar adjudicatarios a aquellos candidatos o licitadores que no tengan la forma jurídica correspondiente a una categoría determinada de personas jurídicas; que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, así como de si está o no subvencionada con fondos públicos. Además, concluye el Tribunal, una respuesta afirmativa resultaría perjudicial para la colaboración entre entidades públicas y privadas, así como entre investigadores y empresarios, y constituiría una restricción de la competencia.

Mediante su segunda cuestión, el Consejo de Estado pregunta si la Directiva 2004/18/CE se opone a una normativa nacional por la que se adapta el Derecho interno a dicha Directiva, si esta normativa se interpreta en el sentido de que reserva la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los prestadores que ofrecen servicios en el mercado sistemáticamente y con carácter profesional, con exclusión de entidades, como las universidades y los institutos de investigación, cuya finalidad prioritaria no es la obtención de lucro. La Sentencia sostiene que conforme a la Directiva los Estados miembro tienen la facultad de habilitar o no a determinadas categorías de operadores económicos para realizar determinadas prestaciones, de manera que pueden regular las actividades de aquellas entidades que, como las universidades y los institutos de investigación, no tienen ánimo de lucro y cuyo objeto se orienta principalmente a la docencia y la investigación. En particular, pueden autorizar o no que tales entidades operen en el mercado en función de si la actividad de que se trate es compatible o no con sus objetivos institucionales y estatutarios. Sin embargo, en la medida en que tales entidades están habilitadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, la normativa nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 2004/18/CE no puede prohibirles participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios, puesto que tal prohibición resultaría incompatible con las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, tal y como se han interpretado en el marco del examen de la primera cuestión prejudicial.

**F) Legitimidad de las causas de exclusión que tienen como finalidad garantizar el respeto a los principios de igualdad de trato y transparencia; carácter desproporcionado de la prohibición absoluta de participar en la licitación a las sociedades controladas por otras participantes**

La STJUE de 19 de mayo de 2009, As. C-538/07, Assitur, se pronuncia sobre la interpretación del artículo 29 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en relación con una norma italiana que dispone que los "licitadores entre los que exista una de las situaciones de control previstas en el artículo 2359 del Código Civil no podrán tomar parte en el mismo

## XIV. Derecho Administrativo Económico

procedimiento de licitación”. El Tribunal de Justicia declara, por un lado, que las causas de exclusión de la participación de un empresario en un contrato público establecidas en el artículo 29 de la Directiva 92/50 se refieren a la honestidad profesional, a la solvencia o a la fiabilidad del interesado, es decir, a sus cualidades profesionales, así como que, por lo que respecta a estas últimas, dicha enumeración es exhaustiva. Sin embargo, ello no excluye la facultad de los Estados miembro de mantener o de establecer, además de dichas causas de exclusión, normas materiales para garantizar, en particular, que en el sector de los contratos públicos se respeten los principios de transparencia y de igualdad de trato de todos los licitadores, que constituyen la base de las Directivas comunitarias referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que, no obstante, se observe el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, la Sentencia admite que una medida legislativa nacional como la controvertida en el litigio principal tiene como objetivo evitar toda colusión potencial entre los participantes en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos y garantizar la igualdad de trato de los candidatos y la transparencia del procedimiento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que una normativa como la señalada no satisface las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad, en la medida en que extiende la prohibición de participación en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a aquellas situaciones en las que la relación de control entre las empresas en cuestión no tiene incidencia alguna sobre su comportamiento en el marco de dicho procedimiento, de manera que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Una normativa tal, basada en una presunción *iuris et de iure* según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores. El Tribunal señala, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas, así como que las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo, de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación.

### **G) La garantía de un recurso efectivo contra la adjudicación requiere un plazo útil antes de la celebración del contrato para que los interesados puedan efectivamente solicitar medidas provisionales; la información suministrada debe ser completa y las explicaciones precisas**

La STJUE de 23 de diciembre de 2009, As. C-455/08, *Comisión/Irlanda*, recuerda la doctrina conforme a la cual la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, sobre recursos, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembro están obligados a establecer, en todos los casos, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación, anterior a la celebración de contrato, mediante la cual el contrato se adjudica a un licitador, y ello con independencia de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y per-

juicios. La obligación de garantizar que las decisiones de adjudicación puedan ser recurridas de manera eficaz comprende, en particular, la información a los licitadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir, así como la existencia de un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y el momento en que se celebra el contrato, para que éstos puedan, en particular, interponer una demanda de medidas provisionales antes de que se produzca esto último.

La Sentencia declara que el Derecho irlandés no satisface estas exigencias por dos motivos. En primer lugar, contempla un plazo mínimo para celebrar el contrato de catorce días desde la notificación de la decisión de adjudicación. Sin embargo, también dispone que la autoridad sólo habrá de comunicar las razones de la desestimación si el interesado lo solicita expresamente, en cuyo caso deberá responder en no más de quince días a contar desde la solicitud, de tal manera que el régimen permite la posibilidad de que, cuando el participante haya sido informado efectivamente de las razones que motivaron la desestimación de su oferta, el plazo de catorce días haya transcurrido y el contrato haya sido ya celebrado. En segundo lugar, la regulación irlandesa establece que la autoridad habrá de comunicar al interesado la razón o razones principales por las que su oferta no ha resultado seleccionada, lo cual podría conducir a que los licitadores obtengan una información incompleta y unas explicaciones genéricas acerca de la desestimación de sus ofertas, de tal manera que se les impida examinar la validez de la decisión de adjudicación durante un plazo razonable.

#### **H) Garantía de una competencia real en los procedimientos negociados**

La STJUE de 15 de octubre de 2009, As. C-138/08, *Hochtief*, resuelve una cuestión prejudicial promovida por un tribunal húngaro en la que se preguntaba, por un lado, si el artículo 22.3 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debe interpretarse en el sentido de que no puede continuarse la tramitación de un procedimiento negociado si no concurre el número suficiente de candidatos para que se alcance el límite mínimo de tres candidatos establecido en dicha disposición; y, por otro lado, si el artículo 22.2 de esa misma Directiva, que establece que en los procedimientos restringidos el número de candidatos admitidos a licitar deberá ser suficiente para garantizar una competencia real, resulta o no aplicable a los procedimientos negociados.

En relación con la primera cuestión, el Tribunal considera que el artículo 22.3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado, el número de candidatos admitido a negociar no puede ser inferior a tres, siempre que haya un número suficiente de contratistas que hayan solicitado una invitación a participar en el procedimiento y que, de entre los que reúnan las cualificaciones requeridas por los artículos 24 a 29 de dicha Directiva, cumplan los requisitos de carácter económico y técnico fijados para tal procedimiento. Sin embargo, cuando el número de candidatos adecuados no alcance el límite mínimo fijado para ese procedimiento, que es de tres participantes, la entidad adjudicadora puede continuar con la tramitación del procedimiento invitando al candidato o candidatos seleccionados a negociar las condiciones del contrato. En caso contrario, aduce el Tribunal de Justicia, la necesidad social constatada y definida por la entidad

## XIV. Derecho Administrativo Económico

adjudicadora, que ésta esperaba cubrir mediante la adjudicación del contrato en cuestión, no podría verse satisfecha no por falta de candidatos adecuados, sino por ser su número inferior al límite mínimo.

En cuanto a la segunda cuestión, la Sentencia declara que, a pesar de que el artículo 22.2 de la Directiva se refiere de modo específico a los procedimientos restringidos, la exigencia relativa a que el número de candidatos admitidos a licitar sea suficiente para garantizar una competencia real es también aplicable a los procedimientos negociados, puesto que aquella disposición no hace sino mencionar expresamente uno de los objetivos generales de dicha Directiva. Así mismo, el Tribunal concluye afirmando que si en el procedimiento negociado el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado para el procedimiento en cuestión, que con arreglo a la Directiva 93/37 no puede ser inferior a tres, habrá de reconocerse que, siempre que se hayan establecido y aplicado correctamente los requisitos económicos y técnicos apropiados para dicho procedimiento en los términos señalados a propósito de la primera cuestión, la entidad adjudicadora ha garantizado una competencia real.

### 5. ENERGÍA ELÉCTRICA

#### A) Distribución de costes de instalación de línea eléctrica

La STS de 10 de junio de 2009, resuelve el recurso de casación 1578/2008 (RJ 2009/4631), interpuesto por el Gobierno de Canarias, a partir de los siguientes hechos.

La Dirección General de Industria y Energía del Gobierno de Canarias, de 22 de julio de 2004, dictó resolución por la que se autorizaba, con la aprobación del proyecto de ejecución correspondiente, la instalación de una línea eléctrica para alumbrado exterior y túneles de la autovía de circunvalación a Las Palmas de Gran Canaria, fase II, promovida por una UTE. El objeto del litigio consistió en la discrepancia entre el promotor de la nueva instalación eléctrica, por un lado, y la empresa distribuidora obligada al suministro, por otro, sobre quién había de asumir los costes de dicha instalación.

En la prescripción décima de la citada resolución, la Administración canaria imputó a la entidad promotora el porcentaje estrictamente necesario para dar servicio a la nueva edificación, y cargó a la distribuidora eléctrica lo que consideró un sobrecoste derivado de dar a la red una dimensión superior a la necesitada por el solicitante. El porcentaje imputado a la distribuidora (88,45%) era notoriamente superior al imputado al promotor. La Administración autonómica se fundamentó en el artículo 45.4 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

Impugnada dicha prescripción por la empresa eléctrica, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, mediante la Sentencia de 20 de diciembre de 2007, estimó el recurso y anuló el contenido de la prescripción. Fue contra esta sentencia que el Gobierno de Canarias interpuso el presente recurso de casación, que será desestimado por el Tribunal Supremo.

En efecto, la Sentencia transcribe ante todo los fundamentos jurídicos cuarto a sexto de la sentencia de instancia, que toma como base de su decisión judicial, pero que también le permite

rechazar el primer motivo de casación alegado por el Gobierno autonómico, y que consistía en una supuesta falta de motivación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Para el Tribunal Supremo, “la Sala de instancia explica con todo detalle –y con una exhaustividad elogiabile–, cuál ha sido el proceso del razonamiento que conduce al fallo”. En este motivo de casación, la parte recurrente criticaba asimismo el informe pericial emitido en los autos y el informe de la Comisión Nacional de Energía (de 11 de mayo de 2006): según el Tribunal Supremo, tales críticas están desenfocadas, puesto que el informe pericial tiene valor como análisis técnico de cuándo se produce ‘sobredimensionamiento’, y tanto dicha pericial como el informe de la Comisión Nacional de Energía contienen datos y criterios pertinentes para la solución del litigio, avalados, en el caso de la Comisión Nacional de Energía, por su función de organismo regulador independiente.

El segundo motivo de casación planteado por el Gobierno autonómico denuncia numerosos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, que habrían sido infringidos por la sentencia de instancia. De todos ellos, el Tribunal Supremo concluye que únicamente el artículo 45.4 del Real Decreto 1955/2000 tiene relación directa e inmediata con la cuestión objeto del litigio. Pues bien, la Sentencia del Alto Tribunal constata que la Sala de instancia “ciertamente admite que la instalación objeto de litigio requiere, para ser conectada a la red de distribución, unas características del cable conductor superiores a las que derivarían de la mera potencia demandada por el promotor. Pero considera (...) que ello no implica sino el cumplimiento de unas exigencias reglamentarias (...) que en todo caso deben respetarse, derivadas del hecho de que se trata de una red mallada única y no de meras instalaciones aisladas. De ello deduce que no se trata de una red ‘sobredimensionada’ por mera imposición interesada de la distribuidora, en su propio beneficio, sino de una instalación necesaria para atender al suministro en condiciones de calidad y seguridad, hipótesis para la cual el artículo 45.4 del Real Decreto prevé que los costes derivados de la extensión deben correr a cargo del promotor”.

Tras esta constatación, el Tribunal Supremo añade que el segundo motivo de casación presentado por el Gobierno canario no contiene una crítica adecuada de tales razonamientos y rechaza la jurisprudencia citada en el recurso de casación, puesto que se refiere a una normativa anterior y distinta al Real Decreto 1955/2000.

La doctrina jurisprudencial expuesta en esta Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2009, por la que se resuelve el recurso de casación 1578/2008, es reiterada en las SSTs de 10 de junio de 2009 (recurso de casación 1767/2008, RJ 2009/4540), y de 17 de junio de 2009 (recurso de casación 1601/2008, RJ 2009/4650).

## **B) Aplicación de un régimen tarifario específico**

La STS de 10 de junio de 2009 desestima el recurso de casación 6428/2006 (RJ 2009/4539), interpuesto por la entidad mercantil “EM, SA”. Los antecedentes de hecho que originaron la presente sentencia del Alto Tribunal se remontan a cuando la administración rechazó la aplicación a la actora de la tarifa eléctrica con interrumpibilidad por resolución del Subdirector General de Energía Eléctrica, de 27 de julio de 2001. Posteriormente, inadmitió el recurso de alzada por entender que se pretendía dirigir contra un acto de trámite. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimó la cues-

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

ción de fondo, en esta ocasión mediante la Sentencia de 22 de junio de 2006. Es contra dicha sentencia que la actora interpone el presente recurso de casación.

En cuanto a la normativa aplicable, cabe partir del apartado tercero de la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre, que establecía legalmente que el complemento por interrumpibilidad correspondiente a tarifas generales de alta tensión sólo sería aplicable a los consumidores que estuvieran acogidos a dicho complemento el 31 de diciembre de 1999 hasta el 1 de enero de 2007.

La parte actora presentó una primera petición para acogerse a ese complemento en enero de 1999. La administración, comunicó en febrero del mismo año las exigencias contenidas en la normativa de aplicación sobre documentación requerida y plazos que condicionaban la admisión de la petición. La demandante no formuló solicitud alguna con anterioridad al 31 de diciembre de 1999, y se limitó a solicitar, en septiembre del año 2000, la aplicación del complemento.

Sin embargo, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, el acogimiento por un abonado al “sistema de interrumpibilidad” no surge de la simple solicitud formulada en tal sentido por el interesado, sino que está supeditada a la decisión que sobre dicha petición adopte el órgano competente de la Administración, pues el Ministerio competente en materia de energía puede negar la aplicación de este sistema si no se acredita la concurrencia de los requisitos exigidos por la normativa.

Así pues, la parte recurrente, antes del 31 de diciembre de 1999, sólo había presentado una solicitud, respecto a la cual la administración informó sobre los requisitos que tenía que cumplir, pero no estimó tal solicitud. Por ello, no concurre en la parte actora lo previsto en la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre, antes reseñada.

En todo caso, la parte actora presenta cinco motivos de casación respecto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En el primero, alega que se habrían producido diversas infracciones del procedimiento administrativo, ya que la solicitud del régimen tarifario de interrumpibilidad se había iniciado en enero de 1999, y posteriormente aportó la documentación necesaria. Al no reconocer su derecho a él, entiende la parte actora que se habrían vulnerado los artículos 3.1, párrafo segundo; 35.e) y g), y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Para el Tribunal Supremo, el motivo no puede prosperar, puesto que la documentación obrante en el expediente acredita que no hay continuidad entre la solicitud de enero de 1999 y la posterior de septiembre de 2000.

En los motivos de casación segundo y tercero, la parte recurrente aduce que el mantenimiento del desarrollo reglamentario anterior a la Ley del Sector Eléctrico, por parte de su Disposición Transitoria Primera, junto con la exigencia de un régimen específico para los territorios insulares (artículo 12.1 del mismo texto legal), supondría el mantenimiento del régimen tarifario de interrumpibilidad para Canarias, y no podría limitarse dicho régimen sólo a los que estuvieran acogidos al mismo antes del 31 de diciembre de 1999. Concluiría la parte recurrente que habría la infracción del principio de jerarquía normativa establecido por el artículo 9.3 de la Constitución, y por el artículo 23 de la Ley del Gobierno, así como diversos preceptos de la Ley del Sector Eléctrico.

El Tribunal Supremo también rechaza ambos motivos casacionales, puesto que, tal como argumentó la Sala de instancia, los preceptos citados de la Ley del Sector Eléctrico no implican la subsistencia indiscriminada ni de toda reglamentación anterior en general, ni de toda la que afectase a los territorios insulares o a Canarias en particular, sino tan sólo la de aquellas disposiciones que, no siendo contrarias a la Ley, y afectasen o no a Canarias, resultarían necesarias para la aplicación de la Ley, y en tanto no fueran sustituidas por otras posteriores. En este sentido, la Sala del Tribunal Supremo no aprecia contradicción entre los preceptos reglamentarios alegados por la actora y las disposiciones legales.

Por otra parte, prosigue el Tribunal Supremo, no tiene incidencia en este asunto la jurisprudencia del propio Tribunal sobre la naturaleza jurídica de los Reales Decretos sobre tarifas, ya que resulta indiferente que éstos innoven o no el ordenamiento jurídico. El Tribunal Supremo admite que es posible que en estos Reales Decretos haya aspectos innovadores al margen de su contenido propio de mera actualización de tarifas, pero en cualquier caso aplican la Ley del Sector Eléctrico y no son contrarios a ella.

Como cuarto motivo de casación, la entidad recurrente sostiene que del expediente administrativo y documentos adjuntados con la demanda se deriva de manera vinculante que la administración no cuestionó su cumplimiento de los requisitos para acogerse al complemento tarifario y que, de hecho, acreditarían que estaba acogida a dicho complemento a 31 de diciembre de 1999. La Sentencia del Tribunal Supremo desestima tal motivo, de plano, según indica, porque insiste que la solicitud inicial de enero de 1999 no implicaba en ningún caso que la actora estuviese acogida al régimen tarifario de interrumpibilidad. Es indiferente que la parte recurrente cumpliera o no con los requisitos reglamentarios y legales, puesto que nunca se le concedió el régimen solicitado. A estos efectos, la Sala del Tribunal Supremo recuerda que la administración tenía capacidad para denegar la concesión si concluía que no era conveniente para el sistema eléctrico o pudiera afectar a terceros.

Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza el quinto motivo de casación, por el que la entidad mercantil solicitaba una indemnización económica.

## 6. TELECOMUNICACIONES

### **A) Servicio de atención de llamadas de emergencia “112”. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y derechos económicos de los operadores de red**

A través de su Acuerdo de 18 de septiembre de 2003, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió el conflicto entre las entidades prestatarias del servicio de atención de llamadas de emergencia “112” y la operadora de red del servicio (“Telefónica Móviles, SA”), determinando el coste estricto que dicha operadora podía cobrar en su conjunto a dichas entidades. Esta resolución ha dado lugar a diferentes procesos judiciales, que han concluido hasta el momento en tres sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas desestimatorias de los respectivos recursos de casación planteados en su momento. Además de la Sentencia de 18 de noviembre de 2008, se trata, por un lado, de la **STS de 20 mayo de 2009** (recurso 5177/2006), que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Entidad Pública “112 Asturias” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 2006, y, por otro, de la **STS de 25 de mayo de 2009** (recurso 5580/2006), en la que el recurso es interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja contra la Sentencia de la Audiencia

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Nacional de 4 de julio de 2007. A continuación, comentamos de manera conjunta ambas sentencias, puesto que ambos recursos se fundamentan esencialmente en los mismos motivos y se tratan las mismas cuestiones jurídicas.

La primera de las cuestiones tiene que ver con la habilitación competencial de la CMT para dictar dicha resolución. Contrariamente a lo pretendido por las recurrentes, la Sala confirma la competencia de la CMT en la medida en que había quedado acreditado el supuesto habilitante previsto en la Orden del Ministerio de Fomento de 14 de octubre de 1999 sobre condiciones de suministro de información relevante para la prestación del servicio de llamadas de urgencia a través del número 112: la existencia de un conflicto entre la entidad prestadora del servicio de emergencias y la operadora de red. Para la Sala, está perfectamente probado que, tras varios meses de negociaciones, se daba tal conflicto entre las partes, en concreto, en cuanto al importe a satisfacer, sin que, como alegan las recurrentes, sea necesario que exista acuerdo entre ambas partes para acudir al arbitraje de la CMT.

El tema de fondo tiene que ver, pues, con el alcance del llamado “coste estricto” a pagar en relación con el servicio de atención de llamadas de emergencia. Las recurrentes entienden que las entidades prestatarias del servicio de atención de llamadas sólo están obligadas a abonar una contraprestación económica que cubra el coste del suministro de la base de datos, del medio en que se suministre y de los programas para su manejo, pero no del coste de localización de la llamada, que debería ser satisfecho por los propios operadores. El TS niega dicha conclusión, basándose en las previsiones del Real Decreto 903/1997, de 16 de junio, que regula el acceso mediante redes de telecomunicaciones al servicio de atención de llamadas de urgencia a través del número telefónico 112 y que únicamente restringe la obligación de abono de los operadores al “coste del tráfico”, es decir, al “coste de encaminamiento de la llamada, sin hacer referencia a que tengan que asumir el coste derivado de la localización geográfica de las mismas”.

### **B) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y acuerdos de interconexión**

Mediante Resolución de 14 de febrero de 2002, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impuso a “Lince Telecomunicaciones, SA” y “Airtel Móvil, SA”, como signatarias de un acuerdo de interconexión, el deber de suprimir o modificar determinadas cláusulas de dicho acuerdo, por tener efectos anticompetitivos. “Airtel Móviles, SA” interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, quien mediante Sentencia de 27 de octubre de 2006, desestimó el recurso. Contra dicha sentencia interpuso la misma sociedad recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que, mediante la **STS de 24 de junio de 2009** (recurso 380/2007), declara no haber lugar a dicho recurso.

El TS rechaza que, como pretende la recurrente, la mera intervención de la CMT en este asunto suponga una vulneración del principio de autonomía de la voluntad, de la libertad de empresa o del derecho a la propiedad privada de las partes del acuerdo. Al respecto, la Sala recuerda que, si bien el ordenamiento jurídico reconoce la libertad contractual, dicho reconocimiento se somete a límites y, entre ellos, se encuentra expresamente la posibilidad de que la CMT actúe sobre los términos de dicha relación contractual, ya sea por la vía de la resolución de conflictos o por la más excepcional de “dictar instrucciones a las partes que han aprobado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando el acuerdo pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de

los servicios” (artículo 22.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente en el momento de la fecha del acuerdo).

Más allá de esta cuestión, el principal motivo de fondo a tener en cuenta es la existencia de un trato discriminatorio por la Administración respecto al dispensado a otra operadora (en este caso, “Telefónica Móviles, SA”). Según la recurrente, tal discriminación se producía en la medida en que la supresión de una de las cláusulas del acuerdo de interconexión suponía admitir la presencia de medios de transmisión ajenos en sus centrales de conmutación, lo que no ocurriría en el caso de la operadora rival citada. Dicha cláusula condicionaba el alquiler a terceras empresas de los circuitos de interconexión a que éstas tuvieran firmado un acuerdo general previo con “Airtel Móvil SA”. El Tribunal niega que pueda hablarse de tal trato discriminatorio, puesto que el término de la comparación alegado por la empresa no es el adecuado, al no identificarse situaciones similares a las analizadas en este caso por la CMT y sobre las que se haya realizado una valoración distinta respecto de su rival. Para la Sala, lo relevante en la valoración de la validez de tal cláusula no era la existencia de precedentes, sino si realmente ésta tenía o no carácter anticompetitivo y discriminatorio para la otra parte del acuerdo (“Lince Telecomunicaciones, SA”).

### **C) Televisiones privadas. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para requerir información sobre la evolución del mercado del sector audiovisual**

La STS de 26 de mayo de 2009 (recurso 5583/2006), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “Sogecable, SA” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2006. Dicha sentencia había desestimado a su vez el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de mayo de 2005, denegatoria del recurso de reposición formulado contra el requerimiento de información para la elaboración de un informe sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales.

Tras rechazar, con base en el principio *pro actione*, la inadmisibilidad del recurso de casación y reiterar su jurisprudencia sobre el carácter extraordinario de dicho recurso, el TS analiza y desestima cada uno de los dos motivos que fundamentan la pretendida casación. En primer lugar, se confirma la argumentación de la Sala de instancia en cuanto a la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para conocer del supuesto en cuestión. El TS entiende que la CMT no se ha extralimitado en sus funciones al requerir a la entidad mercantil información que le permita conocer la evolución y desarrollo del mercado audiovisual y el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, para poder efectuar el análisis sobre las medidas a adoptar en la mejora y desarrollo competitivo de dicho mercado. Contrariamente a lo alegado por la recurrente, no es óbice a la competencia de la CMT el que la entidad requerida opere en el ámbito de lo audiovisual y no de las telecomunicaciones. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala (STS de 13 de febrero de 2008) cabe hacer una interpretación extensiva de las funciones de la CMT, especialmente cuando se trata de labores de vigilancia, inspección y control (no de sanción), aunque ello implique tangencialmente entrar en otras áreas distintas de las telecomunicaciones, siendo además dichas funciones compatibles con las previstas por la Ley de Defensa de la Competencia. Asimismo, se niega que la invocación de la

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, sirva para excluir la competencia de la CMT, puesto que, de acuerdo con la propia jurisprudencia comunitaria, tal exclusión se limitaría a la regulación de los “contenidos difundidos a través de medios audiovisuales” y no al control de la competencia en estos mercados.

Finalmente, la Sala niega que la sentencia impugnada estuviera falta de motivación, tal y como alegaba la recurrente, y, trayendo a colación su Sentencia de 9 de marzo de 2006, recuerda la flexibilización a la que se somete el requisito de la motivación cuando estamos ante un requerimiento de información, que no es un acto de terminación del procedimiento sino un acto de trámite, por lo que se exige únicamente una “sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho”.

### D) Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre

La STS de 2 de junio de 2009 (recurso 96/2005), resuelve el recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre.

Entre los diferentes motivos de fondo alegados por la recurrente destaca la impugnación de la Disposición Transitoria Cuarta de dicha norma reglamentaria, que permitía ampliar a las sociedades concesionarias del servicio público de televisión el contenido de la concesión, permitiéndoles explotar, hasta que se produjera el cese de las emisiones de televisión terrestre en tecnología analógica, canales digitales adicionales a los ya atribuidos directamente por el Real Decreto. La Sala entiende que dicha Disposición no resulta contraria al ordenamiento jurídico por cuanto obedece a razones imperiosas de interés público, pues dicha previsión constituye un instrumento esencial para garantizar que el proceso de transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre (en adelante, TDT) se produzca de forma adecuada y satisfactoria.

Por lo tanto, se considera que la modificación de los contratos concesionales que autoriza el Real Decreto impugnado es debida a la aparición de nuevas necesidades y desafíos tecnológicos, derivados de la implementación de la TDT. A la vez que se revela coherente con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al examinar el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal, reconoció que es titular de la potestad del Gobierno para adoptar los instrumentos jurídicos apropiados para favorecer las migraciones tecnológicas, lo que justificaba la modificación del contenido de las concesiones derivada de la imposición de la tecnología digital (STS de 30 de abril de 2001).

En este sentido, no puede estimarse tampoco la vulneración de la legislación sobre contratación administrativa, pues el objeto de dicha Disposición no es el otorgamiento encubierto de nuevas concesiones administrativas de canales digitales, sino la de facultar a las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal la ampliación del contenido de dicha concesión, permitiéndoles explotar, hasta el momento en que se produzca el cese de la televisión terrestre en tecnología analógica, canales digitales adicionales, con la finalidad de anticipar el escenario audiovisual resultante tras la superación de la fase de transición de la televisión analógica a la TDT.

La Sala desestima también la posible vulneración de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas. En este caso, se entiende que la citada Directiva no es aplicable al ámbito de la regulación de la televisión privada, en cuanto que la limitación subjetiva prevista en la asignación reglamentaria de los canales digitales adicionales no puede considerarse una gestión del dominio público radioeléctrico que contradiga los principios previstos en la Directiva o que carezca de una justificación razonada. Al vincularse dicha asignación a la modificación del contenido de los contratos concesionales, no se desconocen los principios de objetividad, transparencia, no discriminación o proporcionalidad, pues se afirma que, en ningún caso, se produce una apropiación ilegítima por lo actuales concesionarios de la prestación del servicio público de televisión de un espacio radioeléctrico que no les correspondía, sino la sustitución, por razones técnicas, del canal analógico por el múltiple digital.

La Sentencia cuenta con un interesante Voto particular formulado por el Magistrado Manuel Campos Sánchez-Bordona que discrepa del parecer mayoritario y considera que debería haberse estimado parcialmente el recurso presentado, declarando la nulidad de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto impugnado. En su opinión, y basándose en la jurisprudencia comunitaria, no se ha demostrado la existencia de razones o motivos de interés general que justifiquen la atribución sin concurso a los concesionarios de televisión de los canales digitales adicionales (además de los ya asignados directamente por el Real Decreto). Así, si lo que pretendía la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto era propiciar una programación suficientemente atractiva, que fomentase el cambio tecnológico, tal medida podía haberse alcanzado igualmente mediante la convocatoria de un concurso público. A la vez que entiende que la modificación de los contratos concesionales que había sido amparada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo era la de atribución directa a los diferentes operadores de un canal digital dentro del Plan Nacional de Televisión, pero no la de otros canales adicionales.

Sin movernos del ámbito de la TDT, debemos mencionar también la **STS de 2 de junio de 2009** (recurso 38/2006), en la que se enjuicia el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005, por el que se amplía con canales digitales adicionales el contenido de las concesiones de las sociedades que gestionan el servicio público de televisión terrestre de ámbito estatal y por el que se asignan los canales que forman parte de los múltiples digitales en redes de frecuencia única.

En este caso, la Sala se reafirma nuevamente en los argumentos expresados en la Sentencia que analizábamos anteriormente y desestima el recurso planteado por Infraestructuras y Gestión 2002, SL. Así, se entiende que el Acuerdo ministerial impugnado debe considerarse conforme a Derecho, pues se limita a ejecutar el contenido regulador de la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, antes mencionada.

**LUIS ARROYO**

**RICARD GRACIA RETORTILLO**

**ELISENDA MALARET**

**JOSEP MOLLEVI I BORTOLO**

**JOAQUÍN TORNOS MAS**

**MARC VILALTA REIXACH**

**XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Aditivos alimentarios autorizados en los productos alimenticios destinados al consumo humano. **2. Deporte.** A) Clases de aeróbic reguladas en la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por la prestación de servicios y utilización de instalaciones deportivas municipales. B) Medida cautelar que suspende la ejecución de una sanción que priva al actor de la licencia federativa por un período de dos años confirmada por el Tribunal Supremo. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Nulidad de Decreto autonómico basado en Ley autonómica “desplazada” por Ley estatal básica. B) Universitaria. a) Nulidad de Protocolo universitario de atención a internos penitenciarios. **4. Extranjeros.** A) Denegación de entrada y expulsión. B) Asilo y condición de refugiado. C) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Federación andaluza de minusválidos asociados (“FAMA”). **6. Policía.** A) Reglamento de provisión de puestos de trabajo del Cuerpo de Mossos d’Esquadra. **7. Sanidad.** A) Funcionamiento del Consejo Interterritorial del Servicio Nacional de Salud. B) Requisitos para que la dispensación de un medicamento pueda someterse a visado previo.

**1. CONSUMO****A) Aditivos alimentarios autorizados en los productos alimenticios destinados al consumo humano**

La STJCE de 28 de enero de 2010, As. C-333/08, tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, con arreglo al artículo 226 CE, y en el que se solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 CE al haber establecido, para los auxiliares tecnológicos (en lo sucesivo, “AT”) y los productos alimenticios en cuya elaboración se hayan utilizado AT procedentes de otros Estados miembro donde éstos se fabrican y/o comercializan legalmente, un procedimiento de autorización previa que no respeta el principio de proporcionalidad.

El artículo 1, apartado 3, letra a), de la Directiva 89/107/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembro sobre los aditivos alimentarios autorizados en los productos alimenticios destinados al consumo humano (DO 1989, L 40, p. 27), define los AT, en una nota a pie de página, como “cualquier sustancia que no se consuma como ingrediente alimenticio o en sí, que se utilice intencionadamente en la transformación de materias primas, de productos alimenticios o de sus ingredientes, para cumplir un objetivo tecnológico determinado durante el tratamiento o la transformación, y que pueda tener como resultado la presencia no intencionada, pero técnicamente inevitable, de residuos de dicha sustancia o de sus derivados en el producto acabado siempre que dichos residuos no presenten riesgo sanitario y no tengan efectos tecnológicos sobre el producto acabado”.

La Comisión considera que la normativa francesa –los Decretos de 1912 y de 2001– es contraria al artículo 28 CE, en la medida en que introduce un procedimiento de autorización previa en relación con los AT y los productos alimenticios, cuando en su proceso de elaboración se empleen AT procedentes de otros Estados miembro en los que se fabrican y/o comercializan legalmente y, con carácter subsidiario, en la medida en que no se establece un procedimiento para la obtención de la autorización de la utilización de AT suficientemente claro, fácilmente accesible, transparente y que responda a las exigencias de seguridad jurídica.

En su demanda, la Comisión alega, esencialmente, tres motivos: en primer lugar, la inexistencia de una justificación basada en el objetivo de protección de la salud pública para los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados de los procedimientos de autorización previa; en segundo lugar, con carácter subsidiario, en relación con el Decreto de 2001, la existencia de un obstáculo al artículo 28 CE derivado de la inseguridad jurídica creada por dicho Decreto, y, en tercer lugar, la inexistencia de procedimientos simplificados de inclusión de los AT en la lista nacional de los AT autorizados.

La Comisión sostiene que corresponde a la República Francesa justificar la existencia de un procedimiento de autorización previa para las diferentes categorías de AT. Alega que el recurso a un procedimiento de autorización previa, que no está excluido, en principio, debería estar orientado y justificado con arreglo a una base científica. Aduce que el régimen francés de autorización previa se basa en una presunción generalizada del riesgo, cuyo principio no es compatible con el artículo 28 CE.

La República Francesa reconoce que, a primera vista, los AT pueden presentar menos riesgos sanitarios que algunas sustancias nutritivas como las vitaminas y los aditivos alimentarios que se añaden a un producto alimenticio en el que permanecen hasta que el consumidor ingiere dicho producto. No obstante, los AT pueden presentar riesgos para la salud pública. Expone que estos riesgos proceden de la presencia de residuos de los propios AT y/o de la presencia de productos denominados “de formación reciente”. A este último respecto, la República Francesa explica que, por efecto de determinados procedimientos de transformación, los AT pueden ocasionar modificaciones en la estructura de las moléculas constitutivas del alimento y que esas nuevas moléculas pueden presentar efectos tóxicos para la salud del consumidor.

Para el Tribunal de Justicia una normativa nacional que supedita a autorización previa el empleo de una sustancia nutritiva en un producto alimenticio fabricado y/o comercializado legalmente en otros Estados miembro no es contraria, en principio, al Derecho comunitario

si dicha normativa prevé un procedimiento que permita a los operadores económicos obtener la inclusión de la referida sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas. Dicho procedimiento debe ser fácilmente accesible y debe poderse concluir dentro de un plazo razonable y, si desemboca en una decisión denegatoria, ésta debe ser recurrible judicialmente. De forma complementaria, las autoridades nacionales únicamente pueden denegar una solicitud de inclusión de una sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas si dicha sustancia constituye un verdadero riesgo para la salud pública.

En lo que respecta al objetivo de protección de la salud, a falta de armonización y en la medida en que subsistan dudas en el estado actual de la investigación científica, corresponde a los Estados miembro decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar y exigir o no una autorización previa a la comercialización de los AT y de los productos alimenticios en cuya preparación se hayan empleado AT, aunque teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad. Cuando resulta imposible determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados y, sin embargo, persiste la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública en el supuesto en que ocurra el riesgo, el principio de cautela justifica la adopción de medidas restrictivas, siempre y cuando sean objetivas y no discriminatorias.

Pero en el presente caso el Tribunal de Justicia declara –desde tales considerandos formales– que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 CE, al haber establecido, para los AT –y los productos alimenticios en cuya elaboración se hayan utilizado AT procedentes de otros Estados miembro donde éstos se fabrican y/o comercializan legalmente– un procedimiento de autorización previa que no respeta el principio de proporcionalidad.

### 2. DEPORTE

#### **A) Clases de aeróbic reguladas en la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por la prestación de servicios y utilización de instalaciones deportivas municipales**

La STS de 29 de junio de 2009, Ar. 4424, razona sobre la constitucionalidad de la Ley valenciana sobre el Deporte 4/1993 y considera que el mandato que contiene, y al que se atuvo la Corporación demandada, se acomoda a la voluntad del constituyente expresada en los artículos 43.3, 38 y 128.2 de la Constitución, para concluir que los poderes públicos pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado, en competencia con las empresas privadas, aun cuando la oferta privada sea suficiente o adecuada, al menos desde la perspectiva de los principios de la Constitución económica. Esa conclusión se alcanza concibiendo ese modelo constitucional económico como expresa la Sentencia recurrida como un marco de convivencia con distintas alternativas, y, de igual manera, la Sentencia concilia la Ley valenciana con los artículos 25.2 y 26 de la LBRL, y con el mandato que esa norma impone al ayuntamiento demandado conocido el número de habitantes, superior a veinte mil, que conviven en su término de poner a disposición de los vecinos instalaciones deportivas en las que se practique el deporte y se ocupe el tiempo libre, mandato que no sólo se limita a la puesta a disposición de las instalaciones sino a su gestión y a la oferta de los servicios que lo faciliten.

**B) Medida cautelar que suspende la ejecución de una sanción que priva al actor de la licencia federativa por un período de dos años confirmada por el Tribunal Supremo**

La STS de 6 de mayo de 2009, Ar. 5609, confirma la suspensión cautelar de una sanción que priva al actor de la licencia federativa por un período de dos años. El Tribunal Supremo argumenta que su ejecución daría lugar a una situación irreversible, sólo reparable, si la sentencia futura fuera estimatoria, mediante la correspondiente indemnización económica. Pero la obtención de ésta no es lo que persigue prioritariamente el recurso interpuesto, pues su finalidad legítima es no soportar o sufrir de modo irreversible una sanción que la parte reputa injusta. Por tanto, no se sostiene el argumento del primer motivo de casación de que el requisito expresado a través del concepto “pérdida de la finalidad legítima del recurso” sea de difícil apreciación “si cabe la reparación económica que sustituya al bien lesionado y su pérdida”.

A su vez, siendo cierto que el interés público exige que la sanción sea ejecutada, lo es también que en el concreto caso de autos no llega a percibirse que tal interés exija que lo sea ya, urgentemente, sin esperar el tiempo preciso para que el órgano judicial pueda pronunciarse sobre la acomodación a Derecho de la sanción impuesta. De ahí que la valoración o ponderación de los intereses en conflicto que trasluce la decisión de la Sala de instancia no pueda reputarse infundada o irrazonable. En este orden de ideas, acierta dicha Sala al transcribir como de aplicación al caso el razonamiento que expresó este Tribunal Supremo cuando dijo en su Sentencia de 28 de junio de 2000 (Ar. 5219), dictada en el recurso de casación 9843/1998, que “(...) para impedir la suspensión no basta alegar la trascendencia social que tiene la potestad sancionadora en materia de dopaje en el deporte. Si esto fuera suficiente, quebraría en este ámbito el derecho a la tutela cautelar, que es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Como se señala con acierto en el auto recurrido, es precisa una lesión más específica al interés general, que derive de la aplicación de la sanción en este caso concreto (...)”.

**3. EDUCACIÓN****A) No universitaria****a) Nulidad de Decreto autonómico basado en Ley autonómica “desplazada” por Ley estatal básica**

La STS de 7 de abril 2009, Ar. 4501, declara la nulidad de un Decreto del Gobierno Vasco (relativo al procedimiento de elección de los órganos unipersonales de gobierno de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco), porque se dicta de acuerdo con la Ley autonómica, pero en contradicción con una posterior Ley estatal de carácter básico. Puede tener interés recoger aquí la “doctrina general” que sienta el Tribunal Supremo para estos concretos supuestos de conflicto normativo:

“En nuestra Sentencia de 13 de octubre de 2003, dictada en el recurso de casación número 2602/2000, sintetizamos el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, señalando en lo que ahora importa lo siguiente: Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articu-

lación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico, se produce sin perjuicio de la articulación de éste y del estatal en el ‘supraordenamiento’ constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma *normarum*. Y que cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que ésta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica.

(...).

En tal supuesto (Sentencia de 20 de febrero de 2007, dictada en el recurso de casación número 4381/2003), y ante motivos de casación que también denunciaban, en esencia, la infracción consistente en inaplicar una ley autonómica sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, respondió este Tribunal negando que tales motivos pudieran ser acogidos: lisa y llanamente —decíamos— porque la Sala de instancia no declara inconstitucional ni nula ninguna norma con rango de Ley, sino que se limita, como le compete, a seleccionar la norma aplicable; labor en la que le es perfectamente lícito ‘desplazar’ una Ley autonómica cuando otra posterior, estatal, ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación a la que no se ajusta la establecida en aquélla.”

### B) Universitaria

#### a) Nulidad de Protocolo universitario de atención a internos penitenciarios

La STS de 25 de marzo de 2009, Ar. 4251, anula el Protocolo aprobado por la Universidad del País Vasco para la atención de personas internas en centros penitenciarios, por considerar que contradicen lo previsto en la Ley General Penitenciaria (según la modificación introducida en 2003), cuyo artículo 56 —a partir de la mencionada reforma— dispone que para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración Penitenciaria suscriba, previos los informes de ámbito educativo que estime pertinentes, los oportunos convenios con universidades públicas. Al no existir este Convenio, el Tribunal Supremo considerará que las previsiones del Protocolo universitario son nulas de pleno derecho.

## 4. EXTRANJEROS

### A) Denegación de entrada y expulsión

En su STC 212/2009, de 26 de noviembre, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina constitucional relativa a que “la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración”. Aplicándola al caso, considerará que no se ha

producido violación del artículo 24.1 CE en la persona del solicitante de amparo porque la (implícita) remisión al expediente resultaba suficiente motivación o justificación de la medida de expulsión (en vez de la multa).

Por su parte, en la **STJCE de 30 de noviembre de 2009, As. Kadzoev, C-357/09 PPU**, dictada en una cuestión prejudicial tramitada por el procedimiento de urgencia, el Tribunal de Luxemburgo interpreta el artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. No procede aquí dar cuenta de todos los matices que se recogen en este pronunciamiento interpretativo, pero sí llamar la atención sobre su importancia en lo que respecta a cómo debe computarse el tiempo máximo de internamiento previsto en esta (polémica) “Directiva de Retorno”.

### **B) Asilo y condición de refugiado**

La **STS de 11 de mayo de 2009, Ar. 4272**, tiene interés por referirse a supuestos específicos de mujeres solicitantes de asilo originarias de determinados países. Así, en primer lugar, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo al respecto:

“Esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005 –RC 2107/2002–, y 8 de julio de 2008 –RC 2316/2005–); que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 –RC 1836/2002–, 9 de septiembre de 2005 –RC 3428/2002– y 10 de noviembre de 2005 –RC 3930/2002–), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero de 2006 –RC 735/2003–, 15 de febrero de 2007 –RC 9300/2003– y 31 de enero de 2008 –RC 4773/2004–, referidas, por cierto, a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria).”

Y, a continuación, refiriéndose ya al caso concreto de la solicitante de asilo, dirá:

“Ahora, dando un paso más, hemos de valorar, a tenor de las consideraciones *supra* expuestas, si ese relato que inicialmente hemos calificado de verosímil puede entenderse, además, acreditado (al nivel indiciario requerido en esta materia) por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones. Pues bien, si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzosos, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil, y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino

concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los ‘indicios suficientes’, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquélla cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.”

### C) Nacionalidad

Interesa la STS de 18 de mayo de 2009, Ar. 4183, porque, como en su propio texto se reconoce, es la primera en interpretar y aplicar el artículo 26, apartado 1, letra a), del Código Civil –en su redacción de 2002–, que permite la recuperación de la nacionalidad española por parte de quien la hubiera perdido previamente, siempre que cumpla con los tres requisitos ahí previstos. Corrigiendo la Sentencia recurrida en casación, el Tribunal Supremo dejará contundentemente claro que la facultad ahí otorgada a la Administración para la dispensa del requisito de la residencia legal en España, no es de las del tipo discrecional, sino que, atribuida a través de un concepto jurídico indeterminado (las “circunstancias excepcionales”, que permiten la mencionada dispensa de la exigencia de la residencia legal en España), si la excepcionalidad queda acreditada, la Administración tiene que otorgar la nacionalidad para que el solicitante la recupere.

## 5. JUEGO

### A) Federación andaluza de minusválidos asociados (“FAMA”)

La STS de 6 de julio de 2009, Ar. 5904, analiza si la falta de autorización administrativa para la venta de cupones puede o no determinar la baja de la inscripción de la entidad de la Seguridad Social, a pesar de que exista declarada judicialmente una relación jurídica laboral con los trabajadores. En concreto, la empresa FAMA inició su actividad como empresa el 1 de diciembre de 1988 declarando como objeto social el cultivo de plantas, si bien el 5 de julio de 2001 sustituyó aquella actividad por la “venta de cupones”. Obviamente el cultivo de plantas no constituye una actividad mercantil intervenida administrativamente, mientras que sí lo es la llamada “venta de cupones”, es decir, la comercialización de loterías o apuestas.

Al efecto, las SSTs de 30 de noviembre de 1996 (recurso de casación 1072/1993) y 7 de febrero de 1996 (recurso de apelación 7926/1992) consideraron ilegal la “venta de cupones” sin la oportuna autorización administrativa. Supuestos desarrollados ambos en la Comunidad Autónoma de Andalucía refiriéndose la primera también al “cupón del minusválido” de “FAMA”. En el presente caso la Administración sostiene que la venta ilegal del cupón por la entidad FAMA sin la correspondiente autorización administrativa, permite a la Tesorería General de la Seguridad Social actuar de oficio revocando su inscripción, porque la empresa FAMA deja de tener un objeto lícito, y ello aun cuando los contratos suscritos por ella con los trabajadores sean válidos conforme a la normativa laboral. Defiende que al no poder actuar en el mercado la empresa queda sin actividad ni objeto y su inscripción en la Seguridad Social deviene indebida. Aduce que la resolución judicial recurrida yerra al hacer eje de su *ratio decidendi* la existencia de un pronunciamiento de la jurisdicción laboral sobre la relación

laboral entre los trabajadores y FAMA como algo insoslayable para dar de baja a la empresa en la Seguridad Social. En tal sentido, en casación el Tribunal Supremo concluye inequívocamente que la Tesorería General de la Seguridad Social puede revisar de oficio sus propios actos de inscripción que no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios.

Por lo tanto, cabe concluir que la Tesorería General de la Seguridad Social, ante una actividad ilícita desarrollada por una empresa inscrita en la Seguridad Social, ha de deslindar dos efectos sustancialmente distintos: la existencia de un pronunciamiento de la jurisdicción social declarando, en el estricto marco de un proceso por despido, la existencia de una relación laboral. Pero ello no puede impedir que, tras el correspondiente procedimiento de revisión de oficio de los actos de inscripción, proceda a dar de baja a una empresa inscrita cuya actividad sea ilícita.

En resumen, todo ello comporta que FAMA sí está obligada a satisfacer las cuotas a la Seguridad Social correspondientes a los períodos de concertación laboral reconocidos en virtud de sentencias del orden social. Sin embargo, puede la Tesorería dar de baja la inscripción de oficio de la empresa carente de autorización administrativa para la venta de loterías y juegos de azar tras el correspondiente procedimiento de revisión de oficio de la inscripción de la empresa en el que evidentemente se le debe dar trámite de audiencia.

## 6. POLICIA

### A) Reglamento de provisión de puestos de trabajo del Cuerpo de Mossos d' Esquadra

La STS de 18 de mayo de 2009, Ar. 5453, casa la dictada en primera instancia, que había anulado el artículo 20.2 del Reglamento de provisión al determinar que “Asimismo, el titular del centro directivo o, si procede, del órgano del que dependa el puesto convocado puede proponer que se declare desierta la provisión del puesto, a pesar de la existencia de candidatos que reúnan los requisitos mínimos exigidos en la convocatoria si ninguno de los candidatos es considerado idóneo para el puesto”. El razonamiento en primera instancia se fundamenta en que “si un candidato reúne los requisitos exigidos en la convocatoria, aun cuando sea en un mínimo de ellos, no puede declararse la plaza desierta. Si el órgano convocante valora los méritos y se reúnen los requisitos exigidos, no tiene sentido que el candidato se vea luego sorprendido por una declaración de esta naturaleza, pues ello vulnera claramente los principios de mérito y capacidad. No se trata del ejercicio de una potestad discrecional. La discrecionalidad se ha ejercitado con anterioridad a la valoración de los méritos aportados por los interesados. Una vez cumplidos los requisitos exigidos, no es admisible que se declare la plaza desierta con vulneración de los derechos subjetivos del interesado, que ha demostrado previamente su capacitación para desempeñar la función correspondiente”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo con fundamento en el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, en la redacción vigente al dictarse el Decreto, contemplaba, entre los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, el de libre designación para aquellos en que así lo previeran las relaciones de puestos de trabajo en atención a la naturaleza de sus funciones. Ese mismo precepto, en su párrafo segundo, precisaba que, en el ámbito de la Administración del Estado, de sus organismos autónomos y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad

Social, sólo podrán proveerse de este modo los puestos de subdirector general, delegados y directores regionales o provinciales, secretarías de altos cargos, así como los de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así lo determinen las relaciones de puestos de trabajo. La jurisprudencia, por otro lado, ha sido constante en el esfuerzo por circunscribir la utilización de este procedimiento a sus estrictos límites exigiendo a las Administraciones Públicas que motiven la procedencia, conforme a estas previsiones de la Ley 30/1984, de acudir a él en lugar de al concurso que es el sistema normal de provisión de los puestos de trabajo. La orientación jurisprudencial es restrictiva precisamente porque cuando se acude a la libre designación entran en juego elementos discrecionales en la decisión administrativa y, por tanto, abren un escenario cualitativamente distinto al ordinario de los concursos.

Y es que, en contra de lo que se desprende de la sentencia en que se apoya la de instancia, en la libre designación juega la decisión discrecional de la Administración. Así lo reconoce la misma Ley cuando en el artículo 20.1.e) autoriza la remoción con carácter discrecional de los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por este procedimiento. Por otra parte, es la misma Ley 30/1984 la que contempla el informe del titular del centro al que pertenece el puesto de trabajo a proveer por este sistema. Es verdad que su artículo 20.1.c), cuando dispone ese trámite ni atribuye carácter vinculante a ese informe ni dice que pueda proponer que se deje desierto el puesto pese a que haya aspirantes a él que reúnan las condiciones indispensables exigidas en la convocatoria, pero también lo es que nada impide que así se pronuncie el encargado de emitirlo porque lo que se está valorando, obviamente entre los solicitantes que poseen tales requisitos, es su idoneidad para asumir la especial responsabilidad propia de los puestos que se cubren de esta manera. Juicio discrecional que no se reduce a contrastar los méritos en cuestión sino que implica un paso más que los trasciende, de manera que es perfectamente posible que, pese a haber varios aspirantes que cumplen las exigencias señaladas, no encuentre idóneo a ninguno.

Desde luego, la decisión que se adopte finalmente, tanto si sigue el criterio expresado en el informe que nos ocupa, como si se aparta de él, podrá ser combatida jurisdiccionalmente como todos los actos que incorporan elementos discrecionales, en este caso atendiendo especialmente a las características del puesto y a las de quienes lo piden. Pero no puede reducirse la libre designación admitida por la Ley a la elección forzosa de uno de los aspirantes. Esto, ni siquiera se da necesariamente en los concursos pues si la Administración fija una puntuación mínima para adjudicar las vacantes el puesto deberá declararse desierto en el caso de que nadie la alcance. Y mucho menos cabe exigirlo en la libre designación. Aquí el juicio de idoneidad viene a desempeñar una función equiparable a ese mínimo. Se convierte en el presupuesto para la adscripción. El artículo 80 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, confirma esta interpretación, al explicitar lo que ya se desprendía de la Ley 30/1984 .

### 7. SANIDAD

#### A) Funcionamiento del Consejo Interterritorial del Servicio Nacional de Salud

Sendas SSTS de 6 de abril de 2009, Ar. 3743 y 3747, declaran la disconformidad a Derecho de la actuación de la Ministra de Sanidad y Consumo, en su condición de Presidenta del Consejo Interterritorial del Servicio Nacional de Salud, por haber hecho caso omiso de la

solicitud, formulada por diversos Consejeros de Sanidad, de inclusión en el orden del día de dicho órgano de diversos asuntos.

### **B) Requisitos para que la dispensación de un medicamento pueda someterse a visado previo**

La STS de 13 de mayo de 2009, Ar. 4364, se refiere a las condiciones que permiten a la Administración reconsiderar las condiciones de prescripción, dispensación y uso de una especialidad farmacéutica. En efecto, al hilo de un caso concreto, el Tribunal Supremo interpreta que

“Las razones que se determinaron en vía administrativa para reconsiderar las condiciones de prescripción, dispensación y uso de la especialidad farmacéutica Celebrex, Celelmex y Vioxx en el ámbito del Sistema Nacional de Salud se concretaron en dos causas fundamentales: el incremento notable de prescripciones de los referidos productos respecto de las previsiones que razonablemente se tuvieron en el momento de su autorización, que de entrada pone en cuestión el uso racional de los mismos, y la correcta utilización de los recursos públicos que la Administración, por exigencia legal, está llamada a asegurar, y precisamente estas circunstancias que cabe calificarlas de sobrevenidas, –el uso racional de los productos y el excesivo gasto derivado de una inadecuada utilización de los mismos–, son suficientes y habilitan a las autoridades sanitarias para someter la prescripción y dispensación de este medicamento a un visado previo, pues estas medidas se encuadran jurídicamente en los apartados 1 y 3 del artículo 94 de la Ley del Medicamento y en base a una interpretación sistemática del citado precepto con artículos 24 y 25 de la misma, en la redacción dada a este último por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, podemos afirmar como ya señalamos en nuestra Sentencia de 24 de febrero de 2009 –recurso de casación número 2969/2006– cuyas fundamentaciones en gran parte hemos reproducido en esta sentencia, que se permite a la Administración, por razones objetivas sanitarias, sujetar a reservas singulares la dispensación de un medicamento tanto en el trámite de autorización como respecto de los ya autorizados, pues con tales medidas lejos de cercenarse o limitarse su prescripción se garantiza el uso racional del medicamento en favor de los usuarios de los mismos.”

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Competencia. a) Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos contra resoluciones sancionadoras del Centro Nacional de Inteligencia. B) Sujetos. a) El denunciante carece de legitimación para recurrir el archivo de una queja por la Fiscalía General del Estado. b) El agente consignatario tiene legitimación para solicitar indemnización por responsabilidad patrimonial derivada del abono de cantidades indebidamente repercutidas. c) Los Colegios Profesionales tienen interés en los procedimientos de concesión y homologación de títulos. d) La revisión de oficio de las disposiciones generales es una actuación respecto de la cual los particulares sólo pueden actuar por la vía del derecho de petición. e) No tienen legitimación quienes, a pesar de poder ser favorecidos por el fallo, no fueron parte del procedimiento. C) Objeto. a) La modificación puntual de un instrumento del planeamiento urbanístico no se puede emplear para impugnar indirectamente partes de él no modificadas. b) No son impugnables las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces en un proceso. D) Procedimiento. a) Doctrina general sobre el plazo de interposición. b) Criterios sobre la admisión de la prueba. E) Ejecución de sentencia. a) El plazo para que el representante de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad de ejecución de sentencia no es un plazo de caducidad absoluto. b) Las sentencias desestimatorias son ejecutables. F) Extensión de efectos. a) La situación jurídica debe ser idéntica. b) Hay que dar audiencia a las partes antes de resolver sobre la extensión de efectos. G) Medidas cautelares. a) No procede emplear el criterio de la apariencia de buen derecho en la impugnación de disposiciones generales. b) Procede la anotación preventiva de la demanda en materia urbanística. c) Procede la demolición de una construcción inacabada con una orden previa de paralización de obra. d) Procede suspender un plan parcial en aplicación del *fumus boni iuris*. e) Prevalece el interés público en demoler una construcción realizada sin autorización en suelo rústico protegido. f) El

interés general atendible no es el mismo cuando se trata de revisiones del planeamiento urbanístico general que en las modificaciones puntuales. g) La colegiación reviste interés casacional y su juicio cautelar se realiza conforme a la apariencia de buen derecho. h) En ejecución provisional puede acordarse un estado de cosas distinto e incluso contrario al que en su día se acordó en el incidente cautelar. i) Prevalece el interés autonómico sobre el municipal. j) Los Autos dictados en materia de suspensión no producen el efecto de cosa juzgada. **2. Recurso de casación.** A) Inadmisión: no desaparece el objeto por haber recaído sentencia firme en otro procedimiento, por semejante que sea.

## INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 8 (julio de 2009) al número 15 (noviembre de 2009) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación y a las medidas cautelares.

## 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### A) Competencia

#### a) Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos deducidos contra resoluciones sancionadoras del Centro Nacional de Inteligencia

La STS de 27 de marzo de 2009, Ar. 3088, analiza la competencia para conocer de la impugnación de una Resolución del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia meramente confirmatoria, en vía dealzada, de la dictada por la Secretaría General del Centro Nacional de Inteligencia por la que se impone al recurrente, en su condición de personal estatutario permanente, del citado Centro Nacional, una determinada sanción.

Descartada la aplicabilidad del apartado a) del artículo 9 LJCA, ha de acudir al apartado i) del artículo 10.1 LJCA, que atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia “Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa”. En este sentido, resulta evidente que la imposición de una determinada sanción a personal estatutario permanente participa de la naturaleza de cuestión de personal. Por otro lado, el Centro Nacional de Inteligencia constituye conforme dispone la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora de éste, un organismo público, adscrito orgánicamente al Ministerio de Defensa y, evidentemente, con competencia que se extiende a todo el territorio nacional. Habiéndose dictado la resolución sancionadora por la Secretaria General

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

del citado Organismo, nos encontramos ante el caso al que se refiere el artículo 10.1.i) antes transcrito, por lo que la competencia objetiva ha de corresponder a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *ex* artículo 10.1.i), en relación con los artículos 9.c) y 13. a) y c) LJCA, ante la que la recurrente interpuso el recurso, ejercitando, así, la opción prevenida en el artículo 14.1, regla 2ª, de la propia Ley, y no al Juzgado Central.

### B) Sujetos

#### a) El denunciante carece de legitimación para recurrir el archivo de una queja por la Fiscalía General del Estado

La STS de 22 de abril de 2009, Ar. 4060, entiende que el recurrente se presenta como un ciudadano más en relación con la Administración, sin tener en cuenta que el ejercicio de la potestad disciplinaria está reservado a la autoridad administrativa, que actuará bien de oficio o bien inducida por la intervención mediante denuncia, sin que pueda reconocerse a los denunciantes en un procedimiento sancionador el interés que se exigía como legitimador para la interposición de recurso previsto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, que cambia la alusión del texto precedente a “los titulares de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo”, por la de “interesados” de la ahora vigente, que define en su artículo 31, y entre los que se no se encuentran, obviamente, quienes no resultan afectados por el resultado de un procedimiento administrativo sancionador, como es el caso del denunciante de presuntas actuaciones sancionables, respecto de quien sólo existe la obligación de comunicar el acuerdo de iniciación del procedimiento, o la denegación de su apertura, en su caso.

#### b) El agente consignatario tiene legitimación para solicitar indemnización por responsabilidad patrimonial derivada del abono de cantidades indebidamente repercutidas

La STS de 30 de abril de 2009, Ar. 4122, rechaza la solicitud de inadmisión por falta de legitimación activa de la recurrente, que plantea el Abogado del Estado toda vez que aquélla alega desde el principio que las tarifas portuarias que normalmente son abonadas por el agente consignatario le fueron repercutidas junto con los demás gastos devengados por el buque durante su estancia en puerto, en las correspondientes cuentas de escala, liquidando su importe total, poniendo de manifiesto un interés legítimo en la reparación del perjuicio patrimonial que atribuye al indebido abono de cantidades repercutidas como consecuencia de la ilegal previsión de dichas tarifas, interés que no queda desvirtuado por las genéricas alegaciones del Abogado del Estado sobre la falta de acreditación de haber efectuado directamente el pago de las cantidades que reclama, alegaciones que carecen de la necesaria fundamentación que debe aportar quien opondrá tal causa de inadmisibilidad, como ponen de manifiesto las alegaciones que la propia parte formula en conclusiones sobre el resultado de la prueba de la realidad de la repercusión de las tarifas y de su pago.

#### c) Los Colegios Profesionales tienen interés en los procedimientos de concesión y homologación de títulos

La STS de 30 de abril de 2009, Ar. 3102, señala la existencia de un cambio jurisprudencial significativo, y ya consolidado, en la consideración como interesados de los Consejos y Co-

legios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, que condiciona de manera determinante el juicio sobre la corrección del procedimiento administrativo cuestionada en la instancia. El cambio jurisprudencial está basado en una reconsideración del interés de dichos Consejos y Colegios en los procedimientos que afecten a los intereses profesionales, cambio que la Sentencia de 23 de mayo de 2008 (recurso de casación 4374/2007) expresa con claridad, explicando las razones que lo justifican al declarar: “La conclusión aparentemente en este supuesto sería idéntica en principio a la que allí alcanzamos, en tanto que podríamos entender que el Colegio o el Consejo respectivo que pudiera resultar afectado por la resolución que se dicte no sería titular de un interés legítimo directo sino indirecto, y por ello no tendría que ser llamado al proceso.

Sin embargo esa conclusión a nuestro juicio es errónea. Y lo creemos así porque los Consejos o los Colegios de acuerdo con lo dispuesto por el núm. 2 del artículo 31 de la Ley 30/1992 son titulares en cuanto organizaciones representativas de intereses económicos y sociales de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca y en el caso de las Corporaciones Profesionales la Ley de Colegios Profesionales, Ley 2/1974, de 13 de febrero, considera en su artículo 1.3 que ‘son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados’ y entre sus funciones el artículo 5.g) les otorga la de ‘ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración... Tribunales... y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales’.

Como es lógico en supuestos como el presente se trata de defender por el Consejo intereses colectivos que trascienden al individual de cada profesional, y que interesan a todos, como son los intereses propios de una profesión como tal, en cuyo caso ese interés no es un interés indirecto sino directo del Colegio o Consejo, lo que obligaría a la Administración de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a comunicar a dichas personas jurídicas la tramitación del procedimiento, puesto que es obvio que pueden resultar afectados por la resolución que se dicte.

Esta solución no pugna con el principio de seguridad jurídica sino que lo refuerza porque la intervención en el expediente de quienes son titulares de ese interés legítimo y directo evitaría situaciones no deseadas como las detectadas en los supuestos que hemos examinado en las Sentencias anteriores referidas y en esta misma. En consecuencia es claro que los Colegios o Consejos son interesados directos en estos procedimientos y deben ser emplazados en los mismos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente”.

#### **d) La revisión de oficio de las disposiciones generales es una actuación respecto de la cual los particulares sólo pueden actuar por la vía del derecho de petición**

La STS de 29 de abril de 2009, Ar. 2989, ha señalado que en la revisión de oficio de las disposiciones administrativas se excluye de modo tajante, la solicitud del interesado, que sí subsiste como modo de iniciación del procedimiento para los actos administrativos, de manera que la revisión de oficio de las disposiciones generales se concibe como una auténtica y verdadera actuación *ex officio*, respecto de la cual los particulares sólo pueden actuar por vía del derecho

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de petición. Por si cupiera alguna duda, la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, precisa que “por otra parte, se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad, lo cual concuerda plenamente con el artículo 107, apartado 3º, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, relativa a los recursos administrativos, en la redacción dada por la Ley 4/1999, que dispone: 3. Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabe recurso en vía administrativa (precepto que tenía igual redacción en el texto inicial de la Ley 30/1992). La STS de 20 de diciembre de 2004 señala que tratándose de disposiciones generales no existe la acción de nulidad a instancia de parte, como ocurre respecto de los actos nulos, sino que queda claro que respecto a aquéllas la revisión de oficio “corresponde exclusivamente a la Administración”, lógicamente, autora de la norma que se revisa.

### **e) No tienen legitimación quienes, a pesar de poder ser favorecidos por el fallo, no fueron parte del procedimiento**

La ejecución provisional de las sentencias comporta anteponer su ejecución a su firmeza, es decir, alterar el orden secuencial lógico que vendría dado por la firmeza de la sentencia, primero y tras ella ejecutar la decisión en sus propios términos, después. Evitando, de este modo, que pudieran producirse situaciones irreversibles que pudieran comprometer la ejecución definitiva. En atención a la finalidad expuesta, esta alteración del orden en la ejecución —cumpliendo el fallo de modo anticipado a su firmeza— se sujeta a una serie de exigencias, que ponen de manifiesto las garantías y prevenciones que han de observarse en esta materia y que se relacionan en el artículo 91 LJCA. Entre otros requisitos que no hacen al caso, la ejecución provisional ha de instarse por aquellos legalmente legitimados. Y se encuentran legitimados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 91.2 LJCA al referirse a “las partes favorecidas por la sentencia”, pues sólo ellas “podrán instar su ejecución provisional”. La cuestión, por tanto, se traslada a resolver qué debemos entender por “partes favorecidas por la sentencia”.

Según la **STS de 18 de marzo de 2009**, Ar. 1811, la expresión de “partes favorecidas” hace referencia a una doble cualidad. De un lado, que forzosamente ha de tratarse de quien ha sido una parte en el proceso. Y, de otro, que esa parte procesal ha resultado favorecida o beneficiada por lo decidido en la sentencia. Por parte procesal entendemos aquellos que discuten acerca de la conformidad de una pretensión con el ordenamiento jurídico, es decir, los que formulan y frente a los que se formula la pretensión objeto del proceso. Pues bien, la Sala concluye que la parte recurrente no tiene la cualidad que exige la Ley Jurisdiccional para instar la ejecución provisional, pues no fue parte en el proceso en el que se dicta la sentencia cuya ejecución provisional pretende. La recurrente, por tanto, no tiene la cualidad de parte en el recurso contencioso-administrativo en el que recae la sentencia cuya ejecución provisional pretende, por lo que no se puede examinar si, además, resulta favorecida. Baste con señalar que la cualidad de “favorecida”, que se predica sólo de quien ha sido parte, excluye a los que han sufrido un perjuicio o menoscabo, para centrarse en los que han experimentado un beneficio o favor del que carecían antes de la sentencia.

En este sentido, la referencia a los intereses en litigio resulta, en este sentido, ajena al concepto de parte procesal, que se limita a constatar quiénes han ejercitado la pretensión y frente a los que se esgrime. Es cierto que la Ley de Bases de Régimen Local faculta a las Entidades Locales a impugnar los actos de la Comunidades Autónomas, y la propia LJCA también, pero tal cualidad ha de enlazarse, con los intereses —derechos e intereses legítimos— de la legitimación activa para interponer un recurso contencioso-administrativo ex artículo 19 LJCA, no para

instar la ejecución provisional que tiene unos presupuestos propios y específicos previstos en el artículo 91 LJCA. La referencia al artículo 72.2 LJCA tampoco puede servir de base para apartarse de cuanto se ha expuesto, pues su aplicación se encuentra limitada a la ejecución definitiva, por su conexión con el artículo 104 LJCA, pero no a los casos de ejecución provisional que encuentran en el artículo 91 de tanta cita una regulación propia y singular. Obsérvese que el artículo 72 que regula los efectos de las sentencias, cuando se refiere, en el apartado 2, a las que anulen una disposición o acto nos indica que producirán efectos para “todas las personas afectadas”. La expresión “personas afectadas” no puede ser asimilada a la de “parte favorecida”. Así es, la segunda expresión contenida en el artículo 91.2 LJCA alude a una cualidad de la que carece la primera, pues la persona no se identifica con la “parte” que suma a aquélla su posición concreta en el proceso. Además, la persona “afectada” o concernida del artículo 72.2 alude a un término neutro que comporta que los efectos de la sentencia le alcanzan, ignorándose en qué sentido le afectan, mientras que el artículo 91.2 de la LJCA es sustancialmente diferente, porque nos pone de relieve el beneficio que experimenta la parte, al indicarnos que ha sido “favorecida” por la sentencia.

### **C) Objeto**

#### **a) La modificación puntual de un instrumento del planeamiento urbanístico no se puede emplear para impugnar indirectamente partes de él no modificadas**

Según la STS de 31 de marzo de 2009, Ar. 1823, la impugnación judicial directa del acuerdo de aprobación de la modificación puntual de un plan urbanístico nunca podrá generar –por sí misma– la anulación de las determinaciones originarias del plan no afectadas por dicha modificación. Y, por otro lado, tampoco se puede utilizar la modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico para impugnar indirectamente determinaciones originarias de éste no afectadas por la modificación. El artículo 26 LJCA es claro cuando circunscribe el recurso indirecto frente a disposiciones de carácter general a la impugnación de sus “actos de aplicación”. Obviamente, una modificación puntual de un plan no constituye “acto de aplicación”, sino su “alteración”.

#### **b) No son impugnables las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces en un proceso**

La STS de 24 de marzo de 2009, Ar. 2854, analiza un supuesto de corrección disciplinaria al demandante en el proceso contencioso-administrativo, por su actuación llevada a cabo como Letrado ante un órgano jurisdiccional, mediante la imposición de una sanción de multa de 600 euros y de conformidad con lo establecido en los artículos 553.3 y 554.1.b) LOPJ.

Las Sentencias 31 de enero de 2002 y 22 de julio de 2008 han recordado que, después de una inicial polémica sobre esta materia, es criterio ya consolidado del Tribunal Supremo, que las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y tribunales en el curso de un procedimiento, y las resoluciones revisoras de éstas, son actos cuya naturaleza es jurisdiccional y no administrativa que, por esta razón, quedan excluidos del control contencioso-administrativo. La Sentencia de 19 de julio de 1997, de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supre-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

mo, resume esa polémica y refleja la solución jurisprudencial que finalmente ha prevalecido, y lo hace en estos términos: “El motivo primero del recurso plantea la cuestión de la aptitud de la jurisdicción contencioso-administrativa para fiscalizar los acuerdos de las Salas de Gobierno mediante los que resuelven recursos de alzada contra las correcciones disciplinarias impuestas por el juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones a los abogados y procuradores por su actuación ante los juzgados y tribunales. Aun cuando pueda discutirse el alcance del acuerdo adoptado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, la perspectiva procesal adoptada por el recurrente es la de que integra una sanción de la naturaleza que acaba de ponerse de manifiesto. Aceptando este punto de vista, la cuestión planteada se concreta en el examen de la posible impugnación en vía contencioso-administrativa del acuerdo de la Sala de Gobierno por el que se confirmó una sanción de apercibimiento al abogado recurrente impuesto por el tribunal penal como consecuencia de la presentación, indebida a juicio de éste, de determinados documentos. Como hemos declarado en el Auto de 20 de septiembre de 1994, por el que se resolvió un recurso de apelación que versaba sobre un asunto que guarda semejanza con el ahora enjuiciado en casación, el tratamiento jurisprudencial de la cuestión no ha resultado pacífico y coincidente. En unas resoluciones (de 14 de junio de 1988 y 3 de diciembre de 1990) se ha proclamado la naturaleza administrativa de las resoluciones que adoptan las Salas de Gobierno en la materia y, consecuentemente, la procedencia de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa. En otras decisiones, por el contrario (de 21 de septiembre de 1987 y 20 de mayo de 1991), se ha declarado que las sanciones disciplinarias que impone la Sala de Gobierno tienen naturaleza meramente jurisdiccional, lo que veda la posibilidad de su impugnación por medio del recurso contencioso-administrativo.

La discordancia constatada impuso en aquella resolución la necesidad de seguir una razonada argumentación para justificar debidamente el criterio que en definitiva fue adoptado como solución genérica con el fin de evitar toda apariencia de particularismo selectivo. En esta resolución es menester acoger la solución entonces consagrada, en aras del principio de unidad de doctrina como manifestación del principio de igualdad en la aplicación de la ley por los tribunales. La decisión de la Sala de Gobierno desestimatoria de la alzada ante ella promovida no constituye, como se afirmaba en la sentencia últimamente citada de 1991 y se ratifica en el auto también citado, ‘un acuerdo gubernativo administrativo sancionador, ni aquel órgano actuaba en su dimensión gubernativa, sino como órgano estrictamente jurisdiccional’, como sala de justicia, pues ‘existen otras funciones gubernativas de carácter jurisdiccional que, aunque *prima facie* pudieran también parecer gubernativas, se encuentran en conexión tan íntima y necesaria con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio aseguran y a la que instrumentalmente sirven, que resultan atraídas por su *vis atractiva* y deben ser consideradas jurisdiccionales’.

Como se recoge en el auto citado, se está en presencia de un acto jurisdiccional de dirección procesal excluido del control contencioso-administrativo, como parece confirmar el artículo 452 LOPJ en el que, a diferencia de lo establecido en el artículo 158.2, no es contemplada la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Asimismo, el criterio apuntado se consolida en contemplación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia 205/1993, de 11 de julio), a cuyo tenor ‘las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y tribunales a los abogados en el curso de un procedimiento haciendo uso de la policía de estrados, así como las resoluciones revisoras de las mismas, no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías. Por consiguiente la resolución judicial en la que se declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, no atenta contra el derecho a obtener tutela judicial efectiva, ni desde la perspectiva a obtener una resolución razonada

con base en la legalidad ordinaria, ni como medio necesario para acceder a la revisión judicial'. El Tribunal Constitucional, desde otra perspectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1988 y 92/1995), ha sostenido la preferencia de la vía disciplinaria configurada en los artículos 448 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial para sancionar las conductas no constitutivas de delito de abogados y procuradores que, en su actuación forense, falten al respeto debido al tribunal o a los intervinientes. Esta preferencia ha sido justificada por la mayor garantía que comporta, ya que 'trae consigo la consecuencia significativa de que el abogado sólo responda ante el propio juez o la Sala de lo que ante ellos haga en su actuación forense como cooperante con la Administración de justicia'. La argumentación precedente conduce, así, a la desestimación del primer motivo de casación formulado".

La segunda de esas dos mencionadas sentencias, la de 22 de julio de 2008 (recurso 96/2005), explica también la distinción que ha de hacerse dentro de los actos de la Sala de Gobierno en cuanto a la posibilidad de su impugnación. Lo hace así: "Es acertada esa distinción que hace el aquí impugnado acuerdo plenario del Consejo dentro de los actos de las Salas de Gobierno, a los efectos de decidir cuándo son susceptibles de impugnación mediante recurso administrativo ante el propio Consejo y cuándo no lo son. Como también es correcta la delimitación de los ámbitos que efectúa para las dos clases de actos que así diferencia. Así debe ser considerado por lo que resulta de la lectura de los preceptos que la LOPJ destina a las Salas de Gobierno, los cuales revelan que éstas tienen una doble configuración que es paralela a las dos clases de cometidos que tienen asignados, y que eso se traduce en dos clases de actuaciones con un distinto régimen de impugnación. Son, por un lado y fundamentalmente, órganos de gobierno interno de los tribunales, con unos cometidos consistentes en adoptar las medidas organizativas y de control más convenientes en cada circunstancia para lograr el mejor funcionamiento de juzgados y tribunales en su aspecto burocrático; y la regulación de esta su principal faceta se encuentra en los artículos 149 a 159 de la LOPJ (incluidos en el Capítulo I dedicado a dichas Salas que, a su vez, forma parte del Título III 'Del gobierno interno de los Tribunales y Juzgados', incluido así mismo dentro del Libro II 'Del Gobierno del Poder Judicial'). Pero, por otro lado, tienen asignado un cometido de naturaleza muy diferente al anterior, cual es el conocer el recurso de alzada frente a las correcciones previstas en las leyes procesales que sean impuestas por juzgados y tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional, y cuya regulación se encuentra en otros preceptos de la LOPJ distintos de los que se han mencionado (los artículos 552 a 557, con encuadramiento sistemático también diferente: el Título V 'De las sanciones' que pueden imponerse a los que intervienen en pleitos y causas, incluido así mismo en el distinto Libro VII 'Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia'). Y el diferente régimen de impugnación para una y otra clase de actos de la Sala de Gobierno también está presente en la LOPJ: su artículo 158.2 regula un recurso de alzada para los que dicten en cuanto órganos de gobierno interno de los tribunales de Justicia; sin embargo, su artículo 556 no dispone recurso alguno para las decisiones que adopten sobre las alzadas planteadas frente a las correcciones procesales".

## **D) Procedimiento**

### **a) Doctrina general sobre el plazo de interposición**

La STS de 8 de abril de 2009, Ar. 2964, ha recordado, respecto del cómputo de los plazos procedimentales y de los plazos procesales regulados respectivamente en la Ley de Régimen Ju-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

rídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es reiteradísima la doctrina de esta Sala sobre los plazos señalados por meses que se computan de fecha a fecha, iniciándose el cómputo del plazo al día siguiente de la notificación o publicación del acto, pero siendo la del vencimiento la del día correlativo mensual al de la notificación; que la reforma legislativa de 1999 tuvo el designio expreso –puesto de relieve en el curso de los debates parlamentarios que condujeron a su aprobación– de unificar, en materia de plazos, el cómputo de los administrativos a los que se refiere el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 con los jurisdiccionales regulados por el artículo 46.1 LJCA en cuanto al día inicial o *dies a quo*: en ambas normas se establece que los “meses” se cuentan o computan desde (o “a partir de”) el día siguiente al de la notificación del acto o publicación de la disposición. En ambas normas se omite, paralelamente, la expresión de que el cómputo de dichos meses haya de ser realizado “de fecha a fecha”.

Esta omisión, sin embargo, no significa que para la determinación del día final o *dies ad quem* pueda acogerse la tesis de la actora. Por el contrario, sigue siendo aplicable la doctrina unánime de que el cómputo termina el mismo día (hábil) correspondiente del mes siguiente. La doctrina sigue siendo aplicable, decimos, porque la regla “de fecha a fecha” subsiste como principio general del cómputo de los plazos que se cuentan por meses, a los efectos de determinar cuál sea el último día de dichos plazos.

### b) Criterios sobre la admisión de la prueba

El motivo de casación fundado en la denegación de prueba debe ser examinado tomando como referencia los requisitos que señala la jurisprudencia constitucional cuando enjuicia peticiones de amparo basadas en tal denegación de pruebas. En este sentido, es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa, y la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo.

Pues bien, en el caso enjuiciado por la STS de 23 de febrero de 2009, Ar. 1804, no concurren las notas requeridas para que pueda y deba apreciarse la vulneración del mencionado derecho fundamental, pues la recurrente no ha justificado que la práctica de la prueba que pretendía proponer podría haber tenido alguna incidencia en la resolución del litigio; y, más bien al contrario, los datos que la propia recurrente ha proporcionado sobre las pruebas que intentaba proponer vienen a poner de manifiesto que, cualquiera que hubiese sido su resultado –en caso de haber llegado a practicarse– la decisión final no habría variado.

### E) Ejecución de sentencia

#### a) El plazo para que el representante de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad de ejecución de sentencia no es un plazo de caducidad absoluto

Según la STS de 9 de febrero de 2009, Ar. 3217, el plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 de la LJCA para que el representante de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de sentencia no es un plazo de caducidad

absoluto, de manera que si concurre la imposibilidad puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo.

### **b) Las sentencias desestimatorias son ejecutables**

Según la STS de 9 de febrero de 2009, Ar. 3218, no debe aceptarse el argumento de que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. Es cierto que la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo contra un determinado acto de la Administración tiene un contenido declarativo, pues declara la validez del acto impugnado sin modificar su contenido, de donde se deriva que, al menos en principio, el cumplimiento de la sentencia se agota con esa sola declaración. Sin embargo, tales consideraciones no permiten afirmar de forma categórica que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. En primer lugar, porque en la legislación vigente el proceso contencioso-administrativo no siempre se presenta en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta como son el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (artículo 25 LJCA) en los cuales el pronunciamiento desestimatorio no significa propiamente el reconocimiento de la validez de un acto administrativo. En segundo lugar, porque, incluso en el supuesto común del recurso contencioso-administrativo dirigido contra un acto expreso o presunto de la Administración, el alcance eminentemente declarativo del pronunciamiento desestimatorio del recurso no impide que puedan suscitarse incidentes de ejecución. Piénsese, por ejemplo, que la Administración vencedora en el litigio inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio, o, sencillamente, desiste de ejecutar la decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional; y es entonces un tercero, que había comparecido en el proceso como codemandado, quien insta ante el Tribunal el efectivo cumplimiento de lo decidido en la sentencia por estar legítimamente interesado en la ejecución.

En fin, abordando ahora la cuestión desde una perspectiva intraprocesal, es indudable que, habiéndose adoptado durante la tramitación del litigio alguna medida cautelar, la sentencia desestimatoria del recurso tendrá cuando menos una virtualidad ejecutiva, la que supone el levantamiento o cese de la medida cautelar adoptada; y si es innegable que esta consecuencia se produce cuando la sentencia es firme, queda por determinar si el mismo resultado puede producirse por la vía de la ejecución provisional.

## **F) Extensión de efectos**

### **a) La situación jurídica debe ser idéntica**

Las SSTS de 23 de abril de 2009, Ar. 4069 y 4070, consideran que el artículo 110.1.a) LJCA es terminante: exige que sean no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas. Naturalmente, tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley Jurisdiccional está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, y la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la senten-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.

### **b) Hay que dar audiencia a las partes antes de resolver sobre la extensión de efectos**

La STS de 1 de abril de 2009, Ar. 1741, ha declarado que la remisión que el artículo 37.2 hace al artículo 111 y éste a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110, todos ellos de la LJCA, es de carácter parcial a los efectos de integrar los trámites procedimentales y determinar el contenido de la decisión posible del incidente. Siendo ello así, antes de resolver la petición de extensión de efectos, no cabe prescindir del trámite de la previa audiencia de las partes.

En el asunto enjuiciado, la Sala de instancia justifica la omisión porque el artículo 111 se remite a lo establecido en los apartados 3, 4 y 5 del artículo anterior “en cuanto resulten aplicables”, lo que le lleva a entender que este trámite sólo es preciso cuando no constaren antecedentes y la demandada no hubiere sido oída sobre la identidad del caso, circunstancias que no se daban para ella en el supuesto debatido porque los antecedentes resultaban de la propia resolución que se impugnaba y sobre la identidad del caso había sido ya oído el Abogado del Estado al cumplirse el trámite del artículo 37 LJCA.

Sin embargo, el Alto Tribunal desecha esta argumentación dado que la propia Sala acordó, antes de resolver, recabar del Tribunal Económico-Administrativo los antecedentes del caso y la emisión de un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, y el trámite siguiente era el de audiencia de las partes. Además, este trámite de audiencia resulta esencial, pues la petición podía desestimarse si concurría alguna de las circunstancias previstas en el apartado 5, esto es, la existencia de cosa juzgada, que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se pretende sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99, o la existencia de acto firme y consentido para el interesado, y de ahí la trascendencia de la intervención de la parte demandada.

### **G) Medidas cautelares**

#### **a) No procede emplear el criterio de la apariencia de buen derecho en la impugnación de disposiciones generales**

La STS de 26 de febrero de 2009, Ar. 1807, sostiene que, ante las dudas que tiene el Tribunal de instancia, a la hora de resolver el fondo, la apariencia de buen derecho queda debilitada y no resulta procedente acogerse a ella, aun cuando sea con carácter provisional, para eliminar la de legalidad a la norma impugnada, sin previa resolución del fondo sobre el tema planteado, dando preferencia a los intereses que defiende la parte demandante frente al interés público que existe en la vigencia de la norma.

#### **b) Procede la anotación preventiva de la demanda en materia urbanística**

La STS de 17 de marzo de 2009, Ar. 2850, analiza un caso de anotación preventiva de la demanda, solicitada en base al artículo 307.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1/1992, de 26 de junio, que consi-

dera que “serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (...) 6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias”.

El Alto Tribunal considera que, en el caso enjuiciado, procede la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda solicitada. Con ello no entra en contradicción con las valoraciones realizadas en los Fundamentos anteriores en torno al *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* en relación con la medida cautelar de suspensión de los instrumentos de planeamiento que rechaza, pues, en realidad, lo que acontece es que se está en presencia de una medida cautelar distinta, cual es la anotación preventiva de la demanda que produce unos efectos no impeditivos del desarrollo urbanístico, pero sí informativa de la existencia de un litigio que surge –si bien se observa– como consecuencia de unas importantes modificaciones en las determinaciones urbanísticas de las Normas Subsidiarias utilizando una vía que, por lo menos, hemos de calificar de excepcional, cual es la rectificación de errores prevista en el artículo 105.2 LRJPA.

### **c) Procede la demolición de una construcción inacabada con una orden previa de paralización de obra**

La STS de 17 de marzo de 2009, Ar. 3082, señala que no hay exceso en el ejercicio jurisdiccional por tener en cuenta la apariencia de buen derecho al resolver acerca de la adopción o no de medidas cautelares mediante un juicio provisional o preventivo en el que se haga uso de dicho criterio, pero, en cualquier caso, no ha sido ésa la razón por la que el Tribunal *a quo* ha denegado la suspensión de la demolición de las obras y las multas coercitivas, si aquélla no se lleva a cabo, sino un correcto juicio de ponderación entre el interés general, que invoca la Administración con la finalidad de proteger un suelo rústico.

La propia Sala de instancia admite la irreversibilidad de la demolición decretada, no así del pago de las multas, a pesar de lo cual considera prevalente el interés general, que trata de defender la Administración autonómica preservando el entorno de la ribera del río, sin que ello prejuzgue la decisión del pleito una vez sustanciado éste con sus correspondientes fases de alegaciones y prueba.

La Sala de instancia, al rechazar la suspensión de la demolición de la obra y del pago de las multas coercitivas, no se ha separado de la jurisprudencia, ni tampoco ha conculcado el principio de igualdad, principio que, como esta Sala del Tribunal Supremo viene declarando sistemáticamente, no opera en supuestos de ilegalidad.

### **d) Procede suspender un plan parcial en aplicación del *fumus boni iuris***

Como se ha declarado en repetidas ocasiones –Sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (casación 5020/1999) y 17 de marzo de 2008 (casación 1021/2006), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero, 26 de febrero, 22 de julio y 23 de diciembre de 2000, 2 de junio y 24 de noviembre de 2001, 15 de junio y 13 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2003–, la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.

En la misma línea se expresa la Sentencia de 18 de mayo de 2004 (casación 5793/2001), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (Autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y Sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, que se utiliza sólo en determinados supuestos, citándose específicamente los casos en que concurra una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, exista una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme, o un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz; y, por el contrario, la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

Ahora bien, sin que ello suponga ignorar esas llamadas a la prudencia en la aplicación de la apariencia de buen derecho como criterio para dirimir el incidente de medidas cautelares, hay razones para entender en el caso enjuiciado por la STS de 30 de marzo de 2009, Ar. 2857, que éste ha sido aplicado de forma acertada. De un lado, es un hecho no controvertido que la aprobación del instrumento de planeamiento se produjo sin el preceptivo informe de la Confederación Hidrográfica previsto en el artículo 25.4 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, redactado por la Disposición Final Primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio. No cabe examinar ahora, para resolver el incidente cautelar, la controversia de fondo que se suscita sobre si puede o no entenderse que tal exigencia de informe de la Confederación Hidrográfica se solapa o queda sustituida por la previsión contenida en el artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y de Protección del Paisaje, que alude a un “informe del organismo de cuenca competente, o entidad colaboradora autorizada para el suministro”. Pero, sin prejuzgar aquí esa cuestión que corresponde a la controversia de fondo, es indudable que la ausencia del informe de la Confederación Hidrográfica constituye un indicio a favor de quien sostiene la ilegalidad del acuerdo impugnado; y de ello parece estar persuadida la propia Comisión Territorial de Urbanismo autora del acuerdo impugnado, pues ella misma decide supeditar la efectividad de la aprobación otorgada a que se emita informe por la Confederación Hidrográfica.

### e) Prevalece el interés público en demoler una construcción realizada sin autorización en suelo rústico protegido

Para la STS de 6 de mayo de 2009, Ar. 3109, desde una perspectiva urbanística y medioambiental la defensa jurídica de los suelos rústicos de especial protección se nos presenta hoy –en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de los normas de la Unión Europea– como un reto ciertamente sig-

nificativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa. Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy Texto Refundido de ésta aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) se apela en el marco de la Constitución Española –para justificar el nuevo contenido y dimensión legal– al “bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47”, de donde deduce que “las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquéllas al servicio de la calidad de vida”. Igualmente, en el mismo Apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que “el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente”, y se remite a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo “de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos”, y, todo ello, porque, según expresa la propia Exposición de Motivos “el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable”, añadiendo que “desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada...”.

Pues bien, desde tal consideración, y teniendo en cuenta el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 2 del citado Texto refundido), los nuevos derechos de los ciudadanos en la materia (artículo 4) y los deberes de éstos (artículo 5), el actual contenido del derechos de propiedad (artículo 9), así como el régimen de utilización del suelo rural (artículo 13), la Sala llega a la conclusión de que actuaciones como la de autos –desde la perspectiva cautelar desde la que se analiza– suponen una “perturbación grave de los intereses generales” y, en consecuencia, justifican plenamente la denegación de la medida cautelar pretendida. Es, sin duda, la expresada proyección normativa la que nos mueve a tal consideración, en un supuesto como el de autos, consistente en la edificación de una segunda vivienda, llevada a cabo, al parecer, en un suelo rústico de especial protección y sin licencia o autorización alguna suficiente local o autonómica. Desde esta perspectiva, pues, relativa a la prevalencia de los intereses generales (que se concentran en la protección medioambiental expresada) frente a los intereses particulares o intereses de terceros que se invocan, la valoración efectuada por la Sala de instancia se presenta como sólida jurídicamente e impecable en su argumentación. Efectivamente, teniendo en cuenta la situación que describimos, la Sala de instancia ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y, en su caso, resarcibles de la recurrente. Ratificando tal ponderación de los intereses en conflicto, que se esgrimen y defienden en el recurso, considera más atendible la protección de la zona de referencia que el mantenimiento de la vivienda levantada, razón por la que es su parecer que, el Tribunal a quo no ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional (ni en el artículo 130.1) al denegar la medida cautelar suspensiva interesada.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### f) El interés general atendible no es el mismo cuando se trata de revisiones del planeamiento urbanístico general que en las modificaciones puntuales

La STS de 3 de febrero de 2009, Ar. 3216, ha recordado que la medida cautelar de suspensión o cualquier otra, en evitación del *periculum in mora*, pueden denegarse cuando de ellas pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez debe ponderar de forma circunstanciada, y es aquí donde radica la equivocación o el error en que ha incurrido la Sala de instancia por haber entendido que la perturbación del interés general, que subyace en cualquier suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general, unido a la dudosa intención de defender los patrimonios rural y cultural, que esgrime la Congregación recurrente, constituyen razones suficientes para considerar más digno de protección el interés general representado por la instalación hospitalaria, prevista en la modificación puntual del Plan General, que la salvaguardia de esos dos patrimonios.

Considera el Alto Tribunal que tal juicio de ponderación no es correcto jurídicamente porque, como esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en sus Sentencias de fechas 5 de enero y 7 de octubre de 2002, 11 de febrero de 2004 y 9 de febrero de 2006, el interés general atendible no es el mismo cuando se trata de revisiones del planeamiento general que en las modificaciones puntuales. En el caso enjuiciado están en conflicto dos intereses generales, el uno, representado por la nueva instalación hospitalaria de referencia, y, el otro, por la protección del suelo rural, en el que, en principio, no cabe tal tipo de instalaciones salvo que fuesen declaradas de interés general, y por la preservación también del patrimonio cultural. Pues bien, para decantarse por uno y otro, no son correctas las razones dadas por el Tribunal *a quo*, consistentes en que la suspensión de una disposición implica siempre una perturbación del interés general y que la Congregación solicitante de la suspensión no mostró idéntico celo en cuidar esos dos patrimonios cuando se acometió una actuación para uso residencial en la misma zona, pues, como aquella señala, no hay parangón entre una y otra actuación ni el interés general tiene la misma intensidad cuando se trata de una modificación puntual del planeamiento que, además, puede afectar de forma irreversible al suelo rural y al patrimonio cultural. Ni la Sala de instancia en las dos resoluciones, que ahora revisamos en casación, ni la Administración, que aprobó definitivamente la modificación puntual del planeamiento, han expuesto las causas de inaplazable urgencia en la instalación hospitalaria, dado que se amparan en el carácter prioritario que tienen los servicios sanitarios para la población, los que, al parecer, están correctamente atendidos, lo que no implica que no deba ser mejorado, pero sin que ello tenga que hacerse necesariamente a costa de otros intereses generales igualmente dignos de protección, que es lo que precisamente se dirime en el pleito, al ser posibles emplazamientos alternativos.

### g) La colegiación reviste interés casacional y su juicio cautelar se realiza conforme a la apariencia de buen derecho

Para la STS de 31 de marzo de 2009, Ar. 2959, la denegación de una medida cautelar de colegiación tiene interés casacional, sin que a ello sea óbice que no afecte a un gran número de situaciones, ni posea el suficiente contenido de generalidad, ya que sólo concierne a la persona del recurrente, pues, entiende la Sala que en el supuesto que enjuicia la relevancia casacional del recurso se manifiesta en la propia esencia de la tutela cautelar que se concede cuando se comprueba que hay o puede haber un *periculum in mora* para el derecho del que la solicita, lo que presupone que dicho derecho existe y le pertenece. La cognición cautelar se

limita a un juicio de probabilidad y de verosimilitud sobre el derecho del demandante y en último término, sobre la buena fundamentación de su demanda y, en consecuencia, sobre sus posibilidades de éxito. Por ello se acuerda la medida cautelar solicitada en los términos que propone el recurrente: es decir, reconocerle el derecho a su colegiación en el Colegio Profesional, ordenando a la Corporación demandada que adopte las medidas necesarias para su inmediata incorporación.

#### **h) En ejecución provisional puede acordarse un estado de cosas distinto e incluso contrario al que en su día se acordó en el incidente cautelar**

La STS de 9 de febrero de 2009, Ar. 3218, señala que las previsiones del artículo 132 de la Ley de la Jurisdicción referidas a que “las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme” y a que “no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”, no constituyen obstáculo alguno para poder aplicar, en el modo que proceda, las previsiones que sobre ejecución provisional de sentencias se contienen en los artículos 84 y 91 de la misma Ley. Cuando se insta dicha ejecución provisional, su régimen normativo se superpone, desplazándolo, al propio de las medidas cautelares, pudiendo así acordarse en ejecución provisional una situación, un estado de cosas distinto e incluso contrario al que en su día se acordó en el incidente cautelar.

La previsión general de exigencia de firmeza de la sentencia se interpreta en el sentido de que cede ante la existencia de una sentencia que resolviendo el recurso, aunque no sea de manera definitiva, define la situación jurídica, en cuanto el ordenamiento jurídico permite la ejecución provisional de la sentencia, desplazando con la posibilidad de dicha ejecución el alcance de la medida cautelar que queda así sin objeto.

#### **i) Prevalece el interés autonómico sobre el municipal**

La STS de 30 de abril de 2009, Ar. 4125, señala que ante los intereses en conflicto, debe prevalecer el autonómico sobre el municipal, porque el interés de la Administración autonómica se dirige a satisfacer económicamente un servicio de tanta trascendencia como es el de prevención y extinción de incendios, que es también interés del propio Ayuntamiento recurrente, añadiéndose que nada alega ni acredita la Corporación local recurrente en relación a que la ejecución del acto impugnado pudiera causarle perjuicios irreversibles o de difícil reversibilidad, en atención a la cuantía de la reclamación.

Cierto es que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se expuso como justificación de la petición de suspensión que esta última se había acordado en vía administrativa, prestándose la correspondiente garantía. Cierto es también que ahora en el recurso de casación se invoca el artículo 224.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que prevé la suspensión automática al interponer recurso de reposición si se garantiza el importe de la deuda y los intereses de demora en la forma que se establezca reglamentariamente, así como se alega los perjuicios que la ejecución del acto puede originar al Ayuntamiento recurrente. Sin embargo, no es menos cierto que, como se señaló en las Sen-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

tencias de 6 de junio, 18 de septiembre y 12 de diciembre de 2008, el Pleno de esta Sala, en la Sentencia de 7 de marzo de 2005, tuvo la oportunidad de clarificar el régimen de la suspensión cautelar en sede jurisdiccional de los actos sancionadores en materia tributaria, llegando, por mayoría, a mantener que no existían razones técnico-jurídicas después de la Ley General Tributaria, ante lo que disponía el artículo 233.1 y 8 de la Ley General Tributaria 58/2003, para poder mantener el criterio de que la suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de garantía acordada en la vía administrativa o económico-administrativa prolongaba, sin más, su efectividad en la vía económico-administrativa hasta su finalización, sino hasta que el órgano judicial adopte, en el ejercicio de su propia potestad cautelar, la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada, sin que pueda determinar e influir directamente en la decisión que, conforme a los criterios establecidos en la Ley Jurisdiccional tanto de 1956 como en la Ley 29/1998, adopte, dentro de su competencia, el Tribunal Jurisdiccional. Y obviamente, si ello es así tratándose de sanciones, se impone idéntica solución, en cuanto a las liquidaciones tributarias, por lo que no basta con alegar y asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria, debiendo estarse a los criterios que señala el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción.

### **j) Los Autos dictados en materia de suspensión no producen el efecto de cosa juzgada**

La STS de 30 de abril de 2009, Ar. 4125, ha afirmado que los Autos dictados en materia de suspensión, contra lo que parece sostener la parte recurrente, no producen efectos de cosa juzgada, como lo demuestra la posibilidad de modificación o revocación en función de cambio de circunstancias, prevista en el artículo 132.2 LJCA y se ha señalado por la jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo, Sentencia de 31 de octubre de 1995) y por el Tribunal Constitucional (Sentencia 105/1994, de 11 de abril y Auto 201/1992, de 1 de julio). Con más razón, cuando se trate de actos diferentes, como son los de liquidación y resolución de reclamación contra ella, nada obsta a que las resoluciones judiciales sobre suspensión sean de distinto signo, exigiéndose tan sólo que estén suficientemente motivadas.

## **2. RECURSO DE CASACIÓN**

### **A) Inadmisión: no desaparece el objeto por haber recaído sentencia firme en otro procedimiento, por semejante que sea**

La STS de 18 de marzo de 2009, Ar. 1811, nos recuerda que en los casos de ejecución provisional, cuando ha sido dictada sentencia resolutoria del recurso de casación, la ejecución deja de ser transitoria para ser definitiva. También en el caso de autos de medidas cautelares huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme o, si ésta no lo fuese por haberse preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional. Es por ello que tampoco entiende que haya desaparecido el objeto del recurso de casación porque haya recaído sentencia firme en otro recurso de casación, cualquiera que sean las semejanzas entre ellos.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO



# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

## LEX NOVA

### Aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público

[Lex Nova, Valladolid, 2009, 941 páginas]

LEX NOVA

Dos años después de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la contratación en el ámbito de las Administraciones sigue generando dudas a la hora de interpretar y aplicar su contenido teniendo en cuenta, entre otras cosas, la convivencia temporal de la nueva Ley con la anterior regulación (al cierre de esta edición el Reglamento de 2001 sigue vigente en su práctica totalidad).

Ya con la legislación anterior, la preparación, tramitación y ejecución de los contratos con las Administraciones y sus organismos derivaba, en muchas ocasiones, en quebraderos de cabeza para las distintas partes intervinientes. En los últimos meses, hemos podido comprobar que, con la nueva regulación, dichas dudas no han hecho más que incrementarse al tener que interpretar los preceptos de una Ley cuyo desarrollo reglamentario todavía no se llevado a cabo en su totalidad.

Desde un primer momento, Lex Nova ha sido consciente de esta realidad siendo pionera en ofrecer un servicio exclusivo de consultoría sobre la Ley 30/2007 a través de la plataforma Lex Nova Contractual. Ahora, teniendo en cuenta la reciente publicación del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, Lex Nova lanza al mercado una obra de marcado carácter práctico e imprescindible consulta

para cualquiera de los sujetos afectados en las diferentes fases de la contratación del Sector Público.

El contenido de la monografía arranca con una serie de “modelos inteligentes” de Pliegos de Cláusulas Administrativas elaborados por reconocidos profesionales en la materia como son Antonio Ramón RODRÍGUEZ CASTAÑO (Letrado del Tribunal de Cuentas y Subdirector Adjunto de Asesoría Jurídica en la Sección de Fiscalización) y Mario GARCÉS SANAGUSTÍN (Interventor y Auditor del Estado).

¿Por qué “modelos inteligentes”? Porque, si bien cada uno de ellos constituye una fórmula coherente y completa para la elaboración del pliego enunciado en su título, esto no significa que sea un modelo cerrado o estanco. Gracias a su estructuración y a los didácticos comentarios de sus autores, el contenido de los distintos modelos pueden adaptarse o combinarse para, de una forma relativamente sencilla, abarcar la práctica totalidad de procedimientos y/o contratos.

A continuación, el libro ofrece –a modo de guía práctica– unos comentarios, por un lado, de la Ley de Contratos del Sector Público y, por otro, del reciente Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la primera. Su elaboración por académicos de prestigio como Miguel SÁNCHEZ MORÓN y José Antonio MORENO MOLINA (Catedrático y Profesor Titular de Derecho Administrativo, respectivamente) proporciona una aproximación al contenido y estructura de ambas normas con cuadros y esquemas sinópticos que facilitan el entendimiento de su articulado.

Por último, la obra recoge todos los informes que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha emitido desde la publicación de la Ley de Contratos del Sector Público en octubre de 2007. Ello permitirá al lector conocer la postura adoptada y los criterios interpretativos del organismo ante supuestos reales.

En definitiva, estamos en presencia de una útil herramienta para que todas aquellas Administraciones, entidades y profesionales implicados en licitaciones, puedan presentar una propuesta ajustada a la Ley o comprobar, en su caso, que la documentación y el pliego correspondiente cumple con las exigencias normativas estipuladas por la reciente regulación.

**J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.)**

**La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos**

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009]

MARÍA DÍAZ GREGO

Los Tratados internacionales en materia de derechos humanos y las resoluciones de sus órganos de control se han convertido desde hace años en una pieza clave para comprender y delimitar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales. En el ámbito europeo, resulta de particular relevancia el sistema de protección de los derechos humanos que gira en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Convenio, ratificado por la totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa, se ha convertido en el instrumento que aúna los derechos de los europeos en torno a un estándar mínimo común, cuyo respeto asegura el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde los confines de Rusia hasta Portugal.

En el caso español, la relevancia del Convenio como instrumento constitucional del orden público europeo se une a la importancia que le han concedido nuestra Constitución y la práctica de nuestro Tribunal Constitucional. El artículo 10.2 de la Constitución española impone la interpretación de nuestro catálogo de derechos fundamentales a la luz de los textos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, y el Tribunal

Constitucional español ha utilizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una referencia continua en su labor de interpretación del Título I de la Constitución española.

En ese contexto, y ante la clara necesidad de profundizar en el conocimiento del sistema de protección de los derechos humanos nacido en torno al Convenio, resulta especialmente recomendable la lectura de la segunda edición, actualizada a finales del 2008, del libro *La Europa de los Derechos*, que recoge un completo comentario, artículo por artículo, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos adicionales.

La obra se centra en el estudio del contenido de los derechos reconocidos por el sistema europeo y sus límites, omitiendo aspectos procedimentales y de organización del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máximo intérprete del Convenio y sus Protocolos. Esta opción permite delimitar claramente el contenido del libro, que se centra en el estudio de los dieciocho primeros artículos del Convenio y su Preámbulo y de los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13.

El libro se estructura de forma clara siguiendo el orden de reconocimiento de cada derecho en el Convenio y sus Protocolos, aunque el análisis de ciertos artículos de los Protocolos se ha vinculado, por razón del contenido, a alguno de los derechos del Convenio. Así, por ejemplo, los Protocolos 6 y 13, referidos a la pena de muerte, se estudian junto al derecho a la vida, reconocido en el artículo 2 del Convenio. Finalmente, un último artículo da noticia de la situación de España en relación con el sistema del Convenio, analizando el alcance de las reservas españolas al Convenio y sus Protocolos y los Protocolos que han sido ya suscritos por nuestro país.

Es de destacar la composición interdisciplinar del equipo de investigadores que ha elaborado la obra; participando en ella no sólo profesores de Derecho Constitucional e Internacional Público, sino también académicos especializados en Derecho Penal, Procesal, Eclesiástico e incluso Magistrados de altos tribunales españoles.

El resultado es un texto que permite la aproximación al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos de forma particularmente amable y completa. Los textos de los diferentes autores analizan y sistematizan la extensísima jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las posiciones doctrinales más relevantes en relación con cada uno de los derechos reconocidos por el sistema; además de aportar una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, contrastándola con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en su labor interpretativa del Título I de la Constitución española. La labor desarrollada es, por tanto, doble: el libro no sólo facilita un conocimiento profundo y completo del contenido de los derechos reconocidos por el sistema del Convenio, sino que además contempla esos derechos a la luz de la Constitución española, facilitando una labor de contraste entre los derechos europeos y los derechos constitucionales españoles.

**J. GARCÍA ROCA y P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ** (coords.)

### **Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado**

[CEPC, Madrid, 2009, 643 páginas]

IGNACIO GARCÍA VITORIA

El libro que coordinan los Profesores GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ es el resultado de un proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia en el que han participado más de una veintena de profesores de diversas universidades (Complutense de Madrid, Sevilla, Huelva, Alcalá, Barcelona, Valladolid, Salamanca, Calabria, y La Sapienza de Roma).

El libro es continuación de otro anterior, titulado *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que fue editado en el 2005 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y cuya segunda edición

acaba también de publicarse. Mientras en *La Europa de los derechos* se abordaba la tarea de comentar de forma sistemática el articulado del Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, el libro *Integración europea a través de derechos fundamentales* analiza el diálogo entre los sistemas de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

Uno de los aspectos centrales de este diálogo es la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo. En el libro se sostiene que esta adhesión contribuirá a reforzar el vigente sistema dual o binario de garantía de los derechos, actualmente dividido entre las vías del Consejo de Europa y de la Unión, transformándolo en otro integrado en torno al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Profesor PASTOR RIDRUEJO destaca en uno de los capítulos del libro cómo la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos supondrá un paso adelante de indudable importancia hacia la seguridad jurídica y el control jurisdiccional de las actuaciones comunitarias. En el anexo documental se repasa la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio, en particular, el estado de la ratificación de sus Protocolos, reservas y medidas de derogación del artículo 15 CEDH o de suspensión de derechos.

En la primera parte de *Integración europea a través de derechos fundamentales* se comparan los criterios de interpretación de los derechos fundamentales que emplean los dos altos tribunales europeos. Se profundiza en la controvertida doctrina del margen de apreciación nacional y en la interpretación evolutiva de los derechos. El libro subraya cómo las relaciones entre el TJCE y el TEDH se han basado hasta ahora, más que en estrictos cauces procesales y categorías jurídicas, en unas nociones muy flexibles basadas en el “diálogo” de jurisdicciones, el respeto y la deferencia.

Asimismo, se analizan las diferencias y coincidencias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con la naturaleza y la ejecución de sus sen-

tencias. En el libro se plantea un interesante debate acerca de la evolución de los efectos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hacia la *restitutio in integrum*. También se analiza el importante tema de los efectos interpretativos de las sentencias.

En último lugar, se trata de identificar aquello que la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aporta de nuevo al acervo común recogido en el Convenio del Consejo de Europa y en la jurisprudencia comunitaria. Los últimos capítulos del libro se dedican al análisis de algunos de los aspectos más novedosos de la Carta: los principios que informan la Bioética y las nuevas tecnologías en la materia (artículo 3 CDFUE), los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y a la protección de datos de carácter personal (artículos 8, 41 y 41 CDFUE), la incorporación formal en Europa del derecho de asilo (artículo 18 CDFUE), la codificación de la libertad de empresa (artículo 16 CDFUE), el derecho a la “vida profesional” (artículo 7 CDFUE), el pluralismo informativo de los medios (artículo 11.2 CDFUE), el reconocimiento expreso de los partidos políticos a nivel europeo (artículo 12 CDFUE), los derechos de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo y en la Municipales (artículos 39 y 40 CDFUE), el derecho de igualdad entre hombres y mujeres (artículo 20 CDFUE) y el derecho a la protección social (artículo 34 CDFUE).

**M. HERNÁNDEZ RAMOS**

**El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo**

[Editorial Reus, Madrid, 2009]

MARÍA LUJÁN LÓPEZ DALLARA

En la convicción de que una justicia tardía no es justicia, Mario HERNÁNDEZ busca solución a la saturación y retraso en la resolución de recursos de amparo que durante años ha padecido el Tribunal Constitucional español, y que ha expuesto a la figura del amparo constitucional al riesgo de su desnaturalización.

Con respecto a la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aspecto en que se centra posteriormente, si bien esta modificación ha sido celebrada por la doctrina, considera que la nueva LOTC de 2007 no resuelve estos problemas como sería deseable.

Centrándose en el diagnóstico del tema central de trabajo, se encarga el autor del análisis del trámite de admisión del recurso de amparo, apuntando, con acierto que el fenómeno de acumulación de expedientes no se produce en la fase de resolución de sentencias del Tribunal sino que se da en la fase de examen de admisión del recurso, donde el Tribunal realiza la mayor inversión de tiempo.

Sobre las propuestas aplicables al procedimiento del recurso de amparo constitucional o que afectan a la institución misma del recurso de amparo constitucional, se aborda el estudio de las principales líneas trazadas por la doctrina española: posibilidad de autocontrol de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, especialmente en relación con la jurisprudencia del artículo 24 CE, eliminación del recurso de amparo constitucional, limitar las posibilidades para la interposición de las demandas de amparo.

Naturalmente, los intentos de restringir la legitimación o el abanico de derechos procesales protegibles en amparo, choca frontalmente con la intención del constituyente originario, aun cuando hablemos de cuestiones de legalidad ordinaria, en razón de su íntima conexión con las garantías procesales, tocantes al ámbito objetivo del recurso, en caso de que operase su desconstitucionalización, y cabe pensar del mismo modo en relación a cualquier intento de exclusión de algún otro derecho fundamental del ámbito de protección constitucional en amparo.

A criterio del autor una serie de mecanismos impedirían un colapso en el Tribunal Constitucional, tales como, por ejemplo, no ofrecer motivación de las inadmisiones del recursos de amparo, o interponer filtros en la admisión de las demandas de amparo.

Con respecto a esto último, se hace eco de las demandas de la doctrina, analiza los peligros de someter la fase de admisión del recurso a criterios de admisión discrecional de las demandas de amparo tales como los propuestos en el modelo inspirado en el writ of certiorari estadounidense y en la propuesta de la Comisión Benda alemana.

Ante todo se destaca la imposibilidad constitucional de reducir el recurso de amparo a su función objetiva, dado que la Constitución lo configura en términos de protección subjetiva, consustancial e insustituible, en todo caso merecedora de ser contemplada en las causas de admisión, por lo cual el autor reflexiona sobre cómo detectar los recursos de amparo relevantes teniendo en cuenta esta doble función subjetiva-objetiva.

En una ardua tarea de verdadera ingeniería jurídica, y en su intento de definición de la expresión de la especial trascendencia constitucional, encuentra el autor un desequilibrio en el concepto de carencia manifiesta de contenido del antiguo artículo 50.1 LOTC, que tiene una mayor apoyatura en la función subjetiva del recurso de amparo, donde la función objetiva es prácticamente inexistente, para lo cual es necesario abreviar en otras fuentes que hayan desarrollado su práctica jurisdiccional constitucional en base a criterios positivos, tales como el criterio de la importancia del caso en la experiencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América teniendo en cuenta la importancia para la interpretación de la Constitución y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales en función de diferentes criterios hermenéuticos. En este punto el autor encuentra que la Quinta Ley de reforma de la BVerGG, tuvo presentes cuatro casos que podrían considerarse como causas de admisión del amparo, aludidos también en su exposición de motivos: En primer lugar grupos de casos que tuvieran una relevancia existencial (Existentielle Bedeutung), para el recurrente. "... éstos serían casos en los que, por la negación de la decisión sobre el fondo de la demanda, se originase un perjuicio especialmente grave para el recurrente o

si del tipo de la lesión del derecho fundamental se le produjera una gravedad existencial (Existenzerheblichkeit). En segundo lugar se apunta a aquellos casos en los que la práctica de los tribunales ordinarios fuera contraria a los derechos fundamentales, (...) El tercer grupo lo constituiría el conjunto de casos en los que el proceder del tribunal es judicialmente negligente en extremo o judicialmente incomprensible, y ello conduce a la violación de los derechos fundamentales. En cuarto lugar se recoge el grupo de casos en los que los tribunales o la administración no llevaron a cabo ninguna actividad para garantizar los derechos fundamentales".

Como bien nos dice el autor del libro que comentamos en clave garantista, deben mirarse con reparos los excesos de objetivación de los requisitos de admisión del recurso de amparo, y señalarse los riesgos de que estos criterios se trasladen eventualmente a las sentencias de resolución de los recursos. Como previene CRUZ VILLALÓN, acuñar un sistema de admisibilidad de rasgos demasiado objetivos, conlleva el germen del "contra-amparo", esto es un tipo de recurso, centrado más en sentar doctrina, que en amparar a los particulares, tarea por otra parte más reservada a los académicos que a los Tribunales, especialmente a los constitucionales. El mismo autor sostiene con toda la razón que donde no hay vulneración de derechos fundamentales en definitiva no hay amparo posible.

El trabajo que se me hace el honor de ofrecer para su comentario, ha sido producto de años de elaboración, análisis y maduración de ideas, y reúne todos los elementos infaltables en una obra jurídica, que será sin duda de obligada consulta para los estudiosos de derecho procesal y sustantivo. Como pocos trabajos jurídicos, su lectura produce fruición y el recorrido por todas las fuentes relacionadas con el tema, organizado impecablemente, y analizado minuciosa e inteligentemente por el autor, lo convierten en un estudio no solo útil sino imperecedero, de incalculable valor, no ya para académicos sino para aquellos dedicados al ejercicio cotidiano del derecho. El rigorismo de su técnica jurídica, excelente manejo del lenguaje

y honestidad intelectual, unido al espíritu garantista de quien escribe, dan una visión procesal y a un tiempo crítica, sensata y equilibrada, que no olvida que las herramientas jurídicas no son un fin en sí mismas, y perderían todo su sentido si dejasen de estar al servicio de la justicia y los derechos fundamentales.

## O. FLORES FERNÁNDEZ

### El Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. Libertad individual y compromiso de grupo

[Bayer Hnos., 2009 (prólogo de Tomás Quintana López), 347 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Me complace poder presentar el primer trabajo de la joven investigadora Olalla FLORES, quien, tras haber finalizado brillantemente sus estudios de licenciatura y bajo la sabia dirección del Profesor Leopoldo TOLIVAR ALAS, se aventuró a adentrarse en el mundo de la investigación jurídica con la elaboración de una tesina que, además de conducirlo a la obtención del grado de licenciado de Derecho con la máxima calificación, le ha servido como base de la obra que, actualizada y perfeccionada, ahora se publica.

Mi interés, no obstante, no sólo radica en presentar a la autora, a quien conozco por haber sido alumna mía, sino fundamentalmente en acercar al lector jurídico a un completo análisis sobre los problemas político-sociales que rodean a nuestros representantes locales y que en escasas ocasiones se han abordado desde una perspectiva jurídica global. De hecho, la propia autora justifica su pertinencia no sólo en la reducida presencia de estudios globales sobre un estatuto de los miembros de las corporaciones locales sometido a continuos cambios normativos, sino en el acentuado interés que

recientemente han despertado los últimos “escándalos” acontecidos en algunos Consistorios españoles que han hecho saltar las alarmas entre la clase política española en búsqueda de nuevos mecanismos de lucha contra la corrupción y el transfuguismo político en el ámbito local.

Precisamente, del análisis de los medios de lucha contra este último fenómeno partía la idea de este trabajo, coincidiendo cronológicamente el nacimiento de esta idea con la asunción en el año 2006 de la II Adenda al “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales”, comúnmente conocido como “pacto anti-transfuguismo”, y la consiguiente creación de una comisión de expertos juristas encargada de determinar conforme a unos criterios estables, de forma independiente a los vaivenes de los intereses políticos, cuándo nos encontramos ante una conducta merecedora de ser calificada tráfuga.

La aproximación a un análisis de las causas y consecuencias jurídicas de este fenómeno, al que con una clara carga peyorativa se le denomina transfuguismo, sirvió para constatar la inevitable necesidad de abordar previamente un estudio global de la normativa reguladora del estatuto de los cargos locales, con el fin de demostrar que la base sobre la que se asienta el citado estatuto es donde subyace la causa principal de la existencia de los problemas derivados del transfuguismo, así como de la imposibilidad de establecer medidas jurídicas contundentes de represión a estas conductas.

Fundado en el derecho individual de acceso y ejercicio al cargo representativo en condiciones de libertad e igualdad —reconocido y protegido como derecho fundamental en el artículo 23 de nuestra Constitución—, se construye el estatuto de nuestros representantes locales. Sin embargo, esa base de libertad individual sobre la que se levanta la normativa reguladora de los derechos, deberes y responsabilidad inherentes al ejercicio del cargo, convive en inevitable tensión con la importancia que también la Constitución les ha

atribuido a las formaciones políticas en el sistema representativo, a quienes la regulación electoral identifica como canalizadoras de la voluntad del electorado, ocupando un papel central en la participación política de los ciudadanos.

El título del libro ya se manifiesta como indicio revelador de lo que constituye la parte más sustancial de la obra. La autora no ha querido esconder que el origen de su investigación deriva de esa tensión entre la libertad individual y el compromiso con la agrupación política, cuya relevancia como nexo conductor a lo largo de la obra reconoce el Profesor Tomás QUINTANA LÓPEZ en su Prólogo, quien también la identifica como la tensión más destacada que soporta la condición de miembro de las corporaciones locales, pues, en un sistema de representación ocupado por las formaciones políticas la separación voluntaria del grupo constituye un acto de traición del individuo al electorado, de donde en último término procede la legitimación democrática de su cargo.

A lo largo de toda la obra se puede comprobar cómo esta tensión entre la libertad individual y el compromiso de grupo asumido por los representantes locales impregna cada derecho o deber de los que conforman al que podemos reconocer como un auténtico estatuto para nuestros representantes en estas administraciones. Toda la “vida” como representante, desde el nacimiento o acceso al cargo hasta el fin de la condición de miembro de la corporación, es examinada en esta obra, identificando los derechos y los deberes que se generan durante ese período vital y sistematizando en torno a una serie de *items* las reglas de distinta procedencia que afectan a los miembros de las corporaciones locales.

No en vano, la “configuración legal” de este estatuto se encuentra dispersa en multitud de normas estatales y autonómicas, obligando a una tarea de sistematización en la que también se ha creído conveniente comparar la regulación vigente con las propuestas de reforma de la regulación local surgidas en las últimas legislaturas.

Por otro lado, el carácter general desde el que se elabora el trabajo ha obligado, no sólo a que se detenga principalmente en el análisis de la normativa estatal —aun destacando las novedades de interés procedentes de la todavía escasa legislación autonómica de desarrollo—, sino también a centrarse en la figura del concejal, cuando el estatuto en principio también es aplicable a los demás miembros de las corporaciones locales —diputados provinciales, miembros de la organización insular o foral—. Como destaca la autora, todos estos cargos locales mantienen una importante característica en común, no son funcionarios públicos, ya que, aunque desempeñen funciones administrativas, son cargos que no entran dentro de la definición administrativa de funcionario y no se rigen por la normativa de la Función Pública, sino por este especial estatuto. Además, no son órganos de las corporaciones a las que pertenezcan, al no disponer de un núcleo de competencias propias. Sólo son miembros personales de los órganos administrativos colegiados, que pueden llegar a desempeñar individualmente competencias delegadas por el presidente o alcalde.

La figura de los concejales y demás representantes locales quizás se acerque más a la de diputados y senadores, en cuanto que también les es de aplicación el artículo 23 de la Constitución y debido a que en los últimos años se detecta cierta asimilación a los medios de actuación parlamentaria. La *Parlamentarización* de la Administración local, principalmente la municipal, fenómeno que podemos percibir a raíz del Pacto local de 1998, ensalza la naturaleza política de las entidades locales al acentuar la diferenciación entre funciones ejecutivas y deliberantes y su distribución entre los órganos locales. Asimismo, también fomenta la utilización de conceptos más propios de instancias estatales o autonómicas como *gobierno* u *oposición*, sobre todo gracias al fortalecimiento del Pleno como órgano de control político del gobierno local y a la obligación de actuar en el mismo de forma organizada mediante la constitución de grupos políticos.

Los mecanismos de control, tanto jurídicos como políticos, así como de información de la actividad gu-

bernativa se configuran, de este modo, como el núcleo de los derechos políticos de los concejales, pero sobre todo como el núcleo de los derechos de aquellos miembros de la corporación no afines al alcalde y a su equipo de gobierno, como núcleo de lo que algún sector doctrinal empieza a denominar *Estatuto de la Oposición local*. Los derechos de control e información de la actividad gubernativa, estrechamente vinculados entre sí, han sido objeto de especial atención por la doctrina y la jurisprudencia, por ser donde reside el mayor número de conflictos de la vida local ordinaria.

También ha sido objeto de interés doctrinal el análisis de los derechos económicos de los miembros de las corporaciones locales. De lo examinado en la obra mencionada, cabe destacar la última reforma legislativa que se ha llevado a cabo en la materia y que enlaza con el problema de la lucha contra la corrupción en los Consistorios. Los escándalos de corrupción acontecidos en varios Ayuntamientos del litoral español en los últimos años, han avivado la preocupación por intentar evitar el lucro ilegal de los representantes locales y han conducido al legislador a reforzar lo anteriormente previsto en el artículo 75.7 de la Ley de Bases del Régimen Local sobre las declaraciones de intereses, modificándolo mediante la aprobación de la Ley del Suelo en 2007, así como a incluir un nuevo apartado a este artículo con el fin de endurecer el régimen de incompatibilidades asimilándolo al de los altos cargos estatales.

En ocasiones vinculado a la corrupción nos encontramos el ya mencionado problema del transfuguismo político, al que se le dedica el último capítulo del libro, una posición privilegiada que se debe, como he señalado hace unos instantes, a haber sido la causa de que se hubiera emprendido esta aventura investigadora. En él, aparte de exponer las medidas que se han adoptado para luchar contra las consecuencias de las conductas tráfugas, se proponen otras vías de solución, así como las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas en orden a conseguir mantener un equilibrio entre el derecho individual de los ciudadanos a acceder y mantenerse en el cargo y los compromisos

que han adquirido con sus formaciones políticas y, a la postre, con la ciudadanía a la que representan.

En definitiva, a pesar de encontrarnos ante una *opera prima*, el lector podrá comprobar la indudable vocación de esta joven investigadora y, a tenor de los resultados obtenidos pese a su juventud, una nada cuestionable valía para la investigación jurídica que atestigua su reconocido prologuista, al atreverse a analizar desde una perspectiva jurídica uno de los principales problemas político-sociales de la actualidad.

### S. MEDINA GONZÁLEZ

#### La inadmisión del recurso de casación contencioso-administrativo

[Civitas, Navarra, 2009 (Prólogo del Prof. Ramón Parada Vázquez), 146 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

La autora de esta monografía es conocedora del tema no sólo desde el punto de vista teórico sino también fruto de su excelsa experiencia en el ejercicio de la abogacía, de ahí que el resultado de su estudio haya sido una obra rigurosa, con un extenso análisis bibliográfico y jurisprudencial y de una claridad expositiva de agradecer, como bien advierte en su prólogo el Prof. PARADA VÁZQUEZ.

En esta monografía la autora hace una interesante exposición y análisis del origen, la naturaleza y las limitaciones —especialmente en cuanto a las causas de inadmisión—, del recurso de casación, cuestión esta última polémica y de gran interés.

En efecto, y como explica ya en su introducción la autora de esta monografía, uno de los principales problemas que plantea la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, está precisamente en la acumulación de asuntos ante el Tribunal Supremo, ya que la

práctica ha venido a demostrar que aunque tal recurso se haya configurado como un recurso extraordinario que sólo tiene cabida por motivos tasados, ello no ha permitido descargar de trabajo al Tribunal Supremo, problema que ya en su día se había tratado de mitigar por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que reguló el trámite de admisión, en gran medida como filtro que sirviese para reducir la acumulación de asuntos a conocer por este Tribunal.

En esta línea con la LJCA se incrementó la cuantía para acceder a la casación ordinaria y en menor medida la casación para unificación de doctrina, además de introducir una nueva causa de admisión que afecta a los asuntos de cuantía indeterminada, como es la recogida en el artículo 93.2.e) de la citada Ley.

Sin embargo, todo ello, como ya se ha señalado y analiza detenidamente la autora, no sirvió para paliar el problema, de ahí que se venga proponiendo una nueva reforma en el sentido precisamente del trámite de admisión del recurso, es decir, del citado filtro, de tal modo que sólo tengan acceso al Tribunal Supremo aquellos asuntos que cuenten con una determinada entidad.

Pues bien, al análisis de dicho trámite dedica sus esfuerzos la doctora MEDINA GONZÁLEZ, sin olvidar además su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental del artículo 24 de la CE, lo que ya da idea de la relevancia de la cuestión.

Y para ello la autora estructura este libro en cinco capítulos. El primero se dedica al estudio de la naturaleza y evolución histórica del recurso de casación contencioso-administrativo, así como su naturaleza, concepto y características y el objeto de este recurso.

En el capítulo segundo se centra en el análisis del régimen jurídico del trámite de admisión en el recurso de casación contencioso-administrativo, tanto las cuestiones generales propias del tema como en cuanto a su vínculo con el derecho a la tutela judicial efectiva, como en cuanto al doble trámite de admisión del re-

curso de casación: la admisión ante el Tribunal *ad quo* y la admisión ante el Tribunal *ad quem*.

El capítulo siguiente se dedica a las causas de inadmisión del recurso de casación contencioso-administrativo, es decir, al artículo 93.2 de la LJCA, estudiando al respecto muy diversas cuestiones como la no observancia de los requisitos necesarios para la preparación del recurso, las resoluciones no susceptibles de recurso de casación, la ausencia de motivo casacional, la ausencia de citas de las normas o de la jurisprudencia que se consideren infringidas, la inexistencia de relación de las citas hechas con las cuestiones debatidas, no haber pedido la subsanación de la falta, haber desestimado en el fondo recursos sustancialmente iguales, la carencia manifiesta de fundamento, o el análisis de la nueva causa de inadmisión introducida por la LJCA, es decir, carecer el asunto de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad, en los asuntos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición de carácter general.

En cuanto al procedimiento y resolución del trámite de admisión está tratado en el capítulo cuarto, concluyendo el libro en el quinto con la declaración de inadmisibilidad del recurso en sentencia.

### S. GALLEGO RESTRA

#### **El Derecho del paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal**

[Aranzadi, Navarra, 2009, 257 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El autor en esta monografía afronta principalmente dos cuestiones: de un lado y con carácter general, los principios éticos y jurídicos que presiden la relación médico enfermo y los cambios operados hasta llegar a la consolidación de la autonomía personal como eje vertebrador de esa relación; y, de

otro lado, y desde una perspectiva más concreta, las voluntades anticipadas o instrucciones previas como forma de manifestación de la voluntad y su regulación jurídica.

A estos efectos el libro se divide en varios capítulos, así tras hacer una detallada introducción en el primero de ellos, en el segundo recoge los objetivos generales y específicos de este estudio, dentro de los primeros, destaca, como el propio autor explica, el análisis de la naturaleza y características actuales de la relación médico-enfermo y la verificación de los cambios que ha experimentado en los últimos años; mientras entre los que recoge como específicos se encuentran algunos, como el análisis de los principios éticos clásicos, que configuran la teoría Principialista establecida por el Informe Belmont en 1978 y valorar su validez en la actual relación médico-paciente; el estudio de la normativa relativa a los derechos de los pacientes en el ordenamiento jurídico español; así como el análisis del derecho a la autonomía, etc.

De este modo y partiendo de dichos objetivos en el capítulo siguiente expone los resultados a los que tras ese estudio llega, dedicando el capítulo cuarto a la cuestión en el Principado de Asturias y cerrando la monografía con una serie de conclusiones en las que, entre otras cuestiones, afirma que los principios éticos que forman parte de la Teoría Principialista no dan solución a los múltiples problemas que surgen en la actualidad en el seno de la relación médico-enfermo, y por ello propone el autor la utilización de los principios de autonomía, beneficencia y justicia en su formulación jurídica, advirtiendo que a su juicio se trata de principios claramente jerarquizados y que los mencionados en segundo lugar sólo entrarán en juego en caso de concurrir razones de excepcionalidad, teniendo clara preferencia el de autonomía al que dedica la mayor parte de sus esfuerzos en este estudio.

G. GEIS I CARRERAS

**La ejecución de las sentencias urbanísticas**

[Atelier, Barcelona, 2009, 430 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra su autora estudia en tema no exento de polémica e interés, como es el de la ejecución de las sentencias urbanísticas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta relevancia se pone de relieve con el mero hecho de constatar que en nuestro país existen más de 100.000 construcciones ilegales, poniendo de relieve, como así hace la autora, que la ejecución –o más bien la inejecución– de las sentencias en materia urbanística resulta del todo ineficaz.

Comienza este libro, en su primer capítulo, por analizar la evolución histórica del derecho a la ejecución de sentencias, examinando algunos de los problemas aún presentes en el sistema de ejecución previsto por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

A continuación pasa al concepto y la tipología de sentencias urbanísticas, su dimensión medioambiental y la situación de crisis del urbanismo ambiental ante la inejecución de las sentencias urbanísticas, que configuran el núcleo del segundo capítulo.

En el tercero de los capítulos se analizan las principales causas de inejecución de las sentencias urbanísticas, como la imposibilidad material y legal de ejecución.

Y, finalmente, en el cuarto capítulo, como todo estudio jurídico riguroso, aporta medidas concretas para asegurar el cumplimiento del fallo de las sentencias urbanísticas a la luz del derecho español y del derecho com-

parado, ya sea mediante el concepto “contencioso del urbanismo” o de la “teoría del paracaidista”.

**M.A. GONZÁLEZ BUSTOS** (coord.)

### **Mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género**

[Atelier, Barcelona, 2009, 240 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este libro es una obra colectiva en la que han colaborado juristas de diversas disciplinas, no sólo la propia del Derecho Administrativo, sino también, del Derecho Constitucional, Civil, Financiero o Penal.

Sin duda el tema es multidisciplinar y de máxima actualidad, especialmente desde que se aprobara la Ley Orgánica de Igualdad (Ley 3/2007, de 22 de marzo), y de ahí el interés de esta obra en la que se aportan tan diferentes vertientes de la igualdad de género.

De este modo, en esta obra se analizan las soluciones jurídicas a las realidades de género desde los diferentes ámbitos de estudio iniciándose por un punto de vista internacional al que le siguen el desarrollo de la igualdad en la Constitución y el análisis desde un punto de vista administrativo de las políticas públicas estatales y autonómicas para continuar con medidas concretas adoptadas en ámbitos específicos: fiscales, civiles y penales.

Así, en primer lugar y en su primer capítulo, se constata la trascendental labor desarrollada por las Naciones Unidas a la hora de concienciar a nivel mundial sobre el ejercicio de los derechos de la mujer, y la

importancia de la noción de género como concepto clave en todas las decisiones, normativa o programas que se elaboren a todos los niveles.

No obstante, también el papel del legislador nacional es fundamental en el desarrollo de todas las políticas públicas, poniendo al alcance del ciudadano los medios adecuados para intentar lograr la igualdad a través de las medidas de acción positiva en ámbitos tan dispares como el laboral (empresa privada y administración pública) o la prestación de servicios, tal y como se constata en el capítulo tercero de este libro, tras haber estudiado en el segundo el tema en la Constitución española.

La importancia del Derecho de familia y sus recientes reformas es fundamental a la hora de abordar la igualdad de hombres y mujeres. A ello se dedica el capítulo cuarto; mientras que en el quinto, y desde un punto de vista fiscal, se realiza un análisis de los diferentes incentivos y beneficios fiscales a la hora de acceder al mercado de trabajo por parte de las mujeres.

Para concluir en el capítulo sexto con las medidas adoptadas en el ámbito penal, que pretenden actuar desde la causa del problema, es decir, desde la prevención hasta la atención integral de las víctimas.

**T. QUINTANA LÓPEZ** (dir.) y **A. CASARES MARCOS**

### **La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales**

[Tirant lo blanch, Valencia, 2009, 1.575 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Se nos presenta en dos tomos una obra colectiva que hace un estudio detallado de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tanto desde su perspectiva general de institución basilar de nuestro Derecho Administrativo hasta los diferentes sectores en que esta responsabilidad tiene presencia.

Así, de la mano del Profesor Tomás QUINTANA y bajo la Coordinación de la Profesora CASARES, los diversos autores, especialistas en cada una de las materias tratadas, nos ofrecen un estudio global de una institución tan relevante en nuestra disciplina como es la responsabilidad patrimonial de la Administración, destacando que en cada uno de los ámbitos estudiados se incorpora la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia al respecto, tan relevante en una materia como ésta en la que la casuística es importantísima.

Estos dos tomos se estructuran en treinta y dos capítulos dedicados a las siguientes materias: principios de la Administración pública; la reclamación de la indemnización; plazo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; responsabilidad concurrente; el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración; la responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración; la responsabilidad patrimonial de los Estados en Derecho Internacional; la responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de la infracción del Derecho Comunitario; la responsabilidad patrimonial del Estado legislador; la responsabilidad del Estado juez; de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas; de la Administración en materia laboral, en especial las lesiones por *mobbing*; la responsabilidad de la Administración penitenciaria; la responsabilidad en el ámbito tributario; en el ámbito urbanístico; en el sanitario; en materia de sanidad animal; en el ámbito de la educación; la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea y de las autoridades nacionales por infracción de las normas de defensa de la competencia; la responsabilidad por daños ambientales; por daños causados por la fauna silvestre; en el ámbito forestal y de la conservación de la naturaleza; la responsabilidad de la Administración derivada de su actividad precontractual y *ex contractu*; por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos; responsabilidad de la Administración y riesgos de desarrollo; en materia de aguas y obras hidráulicas; en el ámbito de las te-

lecomunicaciones; por daños sufridos en accidentes de tráfico; por daños sufridos a causa de deficiencias en calles y vías; por daños causados o sufridos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y responsabilidad por daños sufridos en fiestas populares y espectáculos.

Sin duda un estudio global y de referencia en la materia, que permitirá a teóricos y prácticos del Derecho conocer en profundidad esta institución.

**J.J. MONTERO PASCUAL** (coord.)

### **Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre**

[Tirant lo blanch-UNED, Valencia, 2009, 310 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El coordinador de este libro, el Profesor MONTERO PASCUAL, gran especialista en el tema de la liberalización que en los últimos tiempos se está llevando a cabo en diversos sectores económicos por efecto de las imposiciones europeas y en respuesta a la instauración del mercado único europeo, ofrece en este libro el estudio de un aspecto concreto y muy relevante de ese proceso liberalizador.

Esta monografía se centra fundamentalmente, como ya se ha apuntado, en uno de los aspectos más relevante y, en ocasiones, controvertidos de esa liberalización, como

es la financiación de las obligaciones de servicio público, es decir, de aquellas prestaciones que sean rentables o no se imponen a uno o varios operadores con la finalidad de que la universalidad del servicio se garantice.

No obstante, resulta de máximo interés para adentrarse en general a este tema y, en particular, en cada uno de los sectores tratados, pues antes de comenzar con cada uno de ellos, explica el panorama de la liberalización perfectamente en un primer capítulo dedicado precisamente al régimen jurídico de los servicios de interés económico general, donde se expone la evolución experimentada por el Derecho Comunitario a este respecto, asimismo se ofrecen definiciones de elementos clave en la materia como qué son los servicios de interés económico general, los prestadores del servicio y la compensación citada.

A mayor abundamiento el segundo de los capítulos se destina íntegramente a exponer las limitaciones que el Derecho Comunitario impone a las compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general, avanzando en los distintos tipos de financiación existentes y la postura tanto de la Comisión como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al respecto, destacando la sentencia *Altmark Trans*, que sienta los requisitos para poder entrar en aplicación la excepción del artículo 86.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, a la regla general de prohibición de ayudas contenida en el artículo siguiente de dicho Tratado.

Tras esta visión panorámica del proceso liberalizador y de los llamados servicios de interés económico general, se entra en detalle en los diferentes sectores por cada uno de los autores, especializados en la materia, y en particular de cuál o cuáles son las vías de financiación en cada uno de ellos.

En concreto, se trata el sector de las telecomunicaciones, el servicio postal, el transporte aéreo, el marítimo, los transportes de viajeros por carretera, el transporte ferroviario y la radiodifusión.

**S. MUÑOZ CASADO y T.I. CANO CAMPOS**  
(coords.)

### **Lecciones materiales para el estudio del Derecho Administrativo**

[Iustel, Madrid, 2009]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra, que consta de 8 tomos, y que ha sido elaborada por profesores de muy diversas universidades y especialistas en cada una de las materias concretas, se nos presentan las diferentes lecciones que comprende el programa de las asignaturas de Derecho Administrativo que se imparten en las Facultades de Derecho de la Universidad española.

Además, al incluir junto con cada lección otra serie de materiales, que consisten en lecturas de textos clásicos o de fragmentos de artículos o ensayos, así como extractos de sentencias relevantes en la materia, o incluso de preceptos de los textos legales que afectan al tema estudiado, facilita no sólo al profesor la explicación y disposición de las referencias principales en la materia –junto con la bibliografía–, sino también al alumno su comprensión, pudiendo incluso ser útil como bases de prácticas que se realicen en la asignatura.

Esta obra colectiva, de gran sentido didáctico, se divide en ocho tomos que agrupan temas que precisamente se refieren a esas partes propias del Derecho Administrativo en que se dividen las asignaturas y programas de éstas.

Así, el primero de ellos, elaborado por el Profesor MÚÑOZ MACHADO, se refiere al Derecho Administrativo y sistema de fuentes; el segundo, coordinado –como los siguientes– por el Profesor CANO CAMPOS,

está dedicado a la organización de las Administraciones Públicas; el tercero, a la actividad de las Administraciones, constando a su vez de dos volúmenes; el cuarto, estudia las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas; el quinto, los bienes e infraestructuras públicas; el sexto, la ordenación del territorio, urbanismo y medioambiente; el séptimo, los servicios públicos y, el octavo, los llamados sectores regulados.

Por lo que a este último tomo se refiere y teniendo en cuenta la actualidad del tema, como se ha visto en la referencia bibliográfica anterior, merece la pena hacer un comentario particular a él.

Así, en el seno de la ya mencionada colección de ocho volúmenes titulada *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, y precisamente como último de esos libros se encuentra el, o más bien, los referentes a los sectores regulados, que conecta por su temática con el libro anteriormente reseñado.

Dirigido por el Profesor Tomás CANO y redactado por varios profesores, cada uno de ellos buen conocedor y especialista en el tema correspondiente, se analizan y explican, de forma sencilla y clarificadora, los diversos sectores de la economía.

Sin embargo, y con anterioridad al estudio de cada uno de ellos, los primeros capítulos se dedican a explicar la intervención de la Administración en la economía —recuérdese además que el tomo anterior (tomo VII) presta atención al servicio público—, partiendo de las diversas técnicas de intervención y pasando por el Derecho de la competencia, la intervención en precios y tarifas y los consumidores y usuarios, para pasar a continuación con los diversos sectores, así se recoge el régimen del sistema financiero, de la industria, los hidrocarburos, la energía eléctrica, la energía nuclear, las telecomunicaciones, los medios de comunicación: prensa, sector audiovisual y radio, Internet, los servicios postales, el comercio exterior, el comercio interior, los transportes terrestres, el transporte aéreo, el transporte marítimo, el tráfico, el turismo, la agricul-

tura y la ganadería, la caza y la pesca fluvial, la pesca marítima, el derecho de la cultura, el patrimonio histórico-artístico, el cine, museos, archivos, libros y bibliotecas, la propiedad intelectual, el régimen jurídico de las profesiones, la ordenación farmacéutica, el deporte, juegos y apuestas, estadística, pesas y medidas y hora oficial y servicio meteorológico.

Sin duda, se ofrece en estos dos volúmenes un panorama de muy diversos ámbitos de intervención de la Administración que sirve de referente para conocer una parte significativa del Derecho Administrativo y, particularmente, del Derecho Administrativo económico en sus diferentes vertientes, ya que no se limita a los sectores sometidos a liberalización por la Unión Europea sino a muchos más ámbitos de la realidad jurídico-administrativa.

Además, y siguiendo la estela y estructura del resto de volúmenes de esta obra de referencia que preceden a éstos, cada uno de los capítulos va acompañado de materiales de referencia que contribuyen no sólo a su mejor comprensión sino que además sin duda son de máxima utilidad para la preparación de la docencia de esta materia.

V. ALMONACID LAMELAS (dir.),

A. R. RODRÍGUEZ CASTAÑO y

Z. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (coord.)

### Estudios sobre la modernización de la Administración local: teoría y práctica

[La Ley, Madrid, 2009 (Prólogo de M.A. Davara Rodríguez), 1.238 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra colectiva se estudian muy diversos temas que afectan e interesan en la actualidad a las Administraciones locales. Su amplitud de miras se constata con exponer los diversos capítulos de la misma.

Así, este libro comienza con unos estudios preliminares sobre la Administración local

y su posición en el contexto jurídico y sociopolítico actual, integrados por cinco capítulos que se dedican a los siguientes temas: el contexto social: modernización, sistemas sociales y estado de bienestar en Europa; Gobierno y Administración, especial referencia a la Administración Local; el contexto político de la Administración municipal: *statu quo*, gobernabilidad y modernización frente a crisis; en busca de una organización eficiente de la entidad local: modelos y propuestas, y el derecho a una buena Administración.

En el libro I que lleva por título “Administración electrónica y moderna Administración”, se integran otros cinco capítulos, referentes a la relación jurídico-administrativa moderna y, en particular, el acceso electrónico de los ciudadanos a la Administración local; la nueva gestión contractual pública y en concreto a la contratación electrónica; a las Entidades locales como

garantes de la protección de datos en la prestación de servicios de Administración electrónica, y a los modelos de implementación.

Por su parte, el libro II estudia la nueva organización de recursos humanos en la Administración local, integrándose por seis capítulos que estudian los diversos aspectos de este tema. De otro lado, el libro III se refiere a la participación ciudadana, analizando las diferentes vertientes en cuatro capítulos. El libro IV estudia los aspectos económicos, financieros y presupuestarios de la nueva Administración local, y el V al urbanismo y medioambiente.

Se trata, por tanto, de una obra, elaborada por muy diferentes especialistas, que ofrece una visión muy amplia e integral de las diferentes cuestiones que hoy son relevantes en el ámbito local.



## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: [redac@lexnova.es](mailto:redac@lexnova.es), con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

