



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

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) 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] **Procedimientos contables ante el Tribunal de Cuentas y Justicia Administrativa. El ejemplo del control de las remuneraciones de electos locales**

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

- [67] **El Derecho de petición**

PABLO GARCÍA MANZANO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [79] **I. DERECHO COMUNITARIO**

L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [105] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:**

PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

- [109] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES**

Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

- [133] **IV. FUENTES DEL DERECHO**

A. MENÉNDEZ REXACH

- [145] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

A. MENÉNDEZ REXACH

- [161] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

M. SÁNCHEZ MORÓN

- [173] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

M. REBOLLO PUIG

- [193] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**

F. LÓPEZ MENUDO

- [205] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

F. LÓPEZ MENUDO

- [227] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [243] **XI. URBANISMO**

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [251] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**

A. EMBID IRUJO

- [279] **XIII. MEDIO AMBIENTE**

A. EMBID IRUJO

- [305] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**

J. TORNOS MAS

- [315] **XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD**

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

- [323] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**

G. FERNÁNDEZ FARRERES

Procedimientos contables ante el Tribunal de Cuentas y Justicia Administrativa.

El ejemplo del control de las remuneraciones de electos locales

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

Resumen

PROCEDIMIENTOS CONTABLES ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA. EL EJEMPLO DEL CONTROL DE LAS REMUNERACIONES DE ELECTOS LOCALES

Seguidamente se estudian los procedimientos contables ante el Tribunal de Cuentas, ante el creciente arraigo práctico que están adquiriendo y su incidencia cada vez mayor en el mundo práctico jurídico-administrativo. Además, es preciso explicar con sencillez este tipo de control que se caracteriza por una especial complejidad.

Junto a la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, es preciso tener muy en cuenta la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, así como

las numerosas resoluciones dictadas por el citado Tribunal.

Como método, pretendemos una exposición de ideas centrales, reservando para un anexo (de este mismo estudio) la exposición seleccionada y cuidada de algunas resoluciones muy ilustrativas relacionadas con las afirmaciones del texto. Su consulta es imprescindible para la comprensión de este trabajo. Pero se presentan en un Anexo porque hemos querido presentar ampliamente algunos de los contenidos principales.

Abstract

ACCOUNTING PROCEDURES BEFORE THE ACCOUNTS AND ADMINISTRATIVE JUSTICE TRIBUNAL. THE EXAMPLE OF THE CONTROL OF LOCAL MEMBER ELECT'S REMUNERATIONS

Thereafter are studied the accounting procedures before the Accounts Tribunal, because the growing practical settle that are acquiring and its incidence bigger and bigger in the juridical-administrative practical world. Also, it is necessary to explain with simplicity this control type that is characterized by a special complexity.

Next to the Organic law 2/1982, of the Accounts Tribunal, it is necessary to take into account the Law 7/1988, of April 5, of proper functioning of the Accounts Tribunal, as well as the

numerous resolutions dictated by the mentioned Tribunal.

As method, we try an exhibition of central ideas, reserving for an annexe (of this same study) the selected and meticulous exhibition of some very illustrative resolutions related with the statements of the text. Its consult is indispensable for the understanding of this work, but they are presented in an annexe because we have wanted to present thoroughly some of the main texts.

Sumario:

I. Juicio de cuentas y procedimiento de reintegro por "alcance". II. Así, pues, el juicio de cuentas presupone un procedimiento previo de fiscalización (incluso un procedimiento que haya finalizado. Explicación histórica de la dualidad procedimental [véase el ANEXO B]). III. El concepto amplio de "alcance". IV. Vocación del Tribunal de Cuentas de reconducir el caso hacia el "alcance". V. Procedencia del "alcance" a efectos de poder encauzar las acciones públicas. VI. Presupuestos de la responsabilidad contable. VII. Archivo de las actuaciones por el Tribunal de Cuentas (artículo 46.2 de la Ley de Funcionamiento del TrCu). VIII. Improcedencia del archivo de actuaciones por el Tribunal de Cuentas. IX. Improcedencia del enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas por ser competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. X. Precisión de los sujetos que pueden ser responsables en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Cuentas. XI. Prescripción en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Cuentas. XII. Improcedencia de reproducir en sede de apelación las

Procedimientos contables ante el Tribunal de Cuentas

alegaciones efectuadas en primera instancia. XIII. Importancia de la prueba.

XIV. Criterios legales y jurisprudenciales sobre la remuneración a electos locales y su control por el Tribunal de Cuentas y la jurisdicción contencioso-administrativa.

XV. La jurisprudencia del TS que afirma que la indemnización comprende también “la compensación de la prestación de un cargo municipal”, en el marco de una ratio de razonabilidad y del presupuesto legal del artículo 75 de la LBRL 7/1985.

XVI. Régimen jurídico de dietas e indemnizaciones por desplazamientos. XVII. En

particular, la regulación de la indemnización por kilometraje. XVIII. Las dietas y gastos de desplazamiento en las sentencias del Tribunal de Cuentas. XIX. Aplicación

jurisprudencial de la normativa de la indemnización por kilometraje en el Tribunal de Cuentas. XX. Recepción y reconocimiento por el Tribunal de Cuentas de la

jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que proceden las indemnizaciones que compensen la pérdida del eventual beneficio económico que podrían reportar otras

actividades. XXI. Reflexión final. ANEXO. A) Juicio de cuentas y procedimiento de reintegro por alcance. B) Vinculación del juicio de cuentas no sólo a un procedimiento previo de fiscalización, sino también a un procedimiento que haya finalizado.

Explicación histórica de la dualidad de procedimientos: juicio de cuentas y alcance.

C) El concepto amplio de alcance que la Sala de Justicia ha venido estableciendo.

D) Vocación del Tribunal de Cuentas de reconducir el caso hacia el “alcance”, sin que ello suponga merma de derechos y sin que esta reconducción dé lugar a nulidad de actuaciones. E) Procedencia del “alcance” a efectos de poder encauzar las acciones

públicas. F) Presupuestos de la responsabilidad contable. G) Archivo de las actuaciones por el Tribunal de Cuentas (artículo 46.2 de la Ley de Funcionamiento del TrCu).

Denuncia, posterior acción pública y archivo del procedimiento de alcance.

H) Improcedencia del archivo de actuaciones por el Tribunal de Cuentas.

I) Improcedencia del enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas por ser competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. J) Precisión de los sujetos que pueden ser responsables en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Cuentas.

K) Prescripción en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Cuentas.

L) Improcedencia de reproducir en sede de apelación las alegaciones efectuadas en

primera instancia. M) Importancia de la prueba. N) Criterios legales, jurisprudenciales sobre la remuneración a electos locales y su control por el Tribunal de Cuentas y la

jurisdicción contencioso-administrativa. Ñ) La jurisprudencia del TS que afirma que la indemnización comprende también “la compensación de la prestación de un cargo municipal”, en el marco de una ratio de razonabilidad y del presupuesto legal del artículo 75 de la LBRL 7/1985. O) Régimen jurídico de dietas e indemnizaciones por desplazamientos. P) En particular, la regulación de la indemnización por kilometraje. Q) Las dietas y gastos de desplazamiento en las sentencias del Tribunal de Cuentas. R) Aplicación jurisprudencial de la normativa de la indemnización por kilometraje en el Tribunal de Cuentas. S) Recepción y reconocimiento por el Tribunal de Cuentas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que proceden las indemnizaciones que compensen la pérdida del eventual beneficio económico que podrían reportar otras actividades. T) Casuística: posibilidad de que el Ayuntamiento asuma los gastos de colegiación del Secretario del Ayuntamiento que defiende a la Corporación como abogado, presuponiéndose la necesidad de colegiación del Secretario (Sentencia núm. 14 de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 3/2004, interpuesto contra la Sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid).

I. JUICIO DE CUENTAS Y PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO POR “ALCANCE”

Existen, en el ámbito contable, dos tipos de procedimientos: el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por “alcance”. El juicio de cuentas presupone un procedimiento público de fiscalización, tramitado de oficio desde su propio inicio, quedando al margen la acción pública; se abre una pieza separada por un Consejero de Cuentas y tiene un mayor alcance que el procedimiento por alcance limitado a unas causas. En el de “alcance” procede la acción pública, origina una actuación previa, se tramita por un Instructor y su pertinencia presupone que se presentan los presupuestos materiales conceptuales del “alcance”. De este modo, las acciones públicas habrán de reconducirse al procedimiento de alcance (máxime cuando la vocación del Tribunal de Cuentas es clara en el sentido de ampliar dicho concepto lo máximo posible), pero con el límite en último término de que los hechos denunciados puedan encajar dentro de alguno de los presupuestos materiales conceptuales del “alcance”.

De este modo, las acciones públicas (como acciones que permiten a los particulares la introducción de procedimientos ante el Tribunal de Cuentas) se enfrentan con el problema de que, o bien no proceden como medio de revisión de cualquier tipo de responsabilidad contable

(ya que este juicio contable, general, presupone una fiscalización), o bien no procederán si no consiguen incardinarse (pese a su amplitud) en el concepto de “alcance”.

Así, pues, el supuesto planteado por la iniciativa privada (o acción pública), o bien entra dentro del (amplio) concepto de “alcance”, o no permite ser incardinado en los procedimientos de responsabilidad contable. Y se observa una voluntad del Tribunal de cuentas tendente a favorecer la tramitación de procedimientos de alcance, que le permiten una revisión jurisdiccional de los casos planteados y la posible depuración de responsabilidades más allá de la vinculación del caso a un procedimiento previo fiscalizador. Vendría a ser ésta la forma por la cual el Tribunal ha podido extender su jurisdicción a efectos prácticos.

Básicamente, ésta es la doctrina que se desprende de las resoluciones del Tribunal de Cuentas [véase el ilustrativo Anexo A) con resoluciones que ejemplifican estas afirmaciones].

II. ASÍ, PUES, EL JUICIO DE CUENTAS PRESUPONE UN PROCEDIMIENTO PREVIO DE FISCALIZACIÓN (INCLUSO UN PROCEDIMIENTO QUE HAYA FINALIZADO. EXPLICACIÓN HISTÓRICA DE LA DUALIDAD PROCEDIMENTAL [VÉASE EL ANEXO B])

La legislación histórica del Tribunal (tanto la Ley del Tribunal de Cuentas de la República de 29 de junio de 1934 y su Reglamento de 16 de julio de 1935, como la de 3 de diciembre de 1953, modificada por Ley 89/61, recogiendo ambas la tradición histórica patria en la materia) siempre distinguió entre los alcances descubiertos al margen del proceso de rendición y examen de las cuentas y los detectados en el curso del procedimiento de examen y censura de las mismas, reservando, en el primer caso, el entonces llamado “expediente de alcance y reintegro” para dilucidar las responsabilidades surgidas por tal motivo y, en el segundo, el “juicio de cuentas” para determinar las que pudieran derivarse por el mismo motivo, pero hallados en el procedimiento de fiscalización de entonces.

Esta dualidad procedimental se ha mantenido hasta la actualidad y ha sido confirmada por la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en sus artículos 176 a 182.

La Ley 7/1988 definió, por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico, el concepto de “alcance” en su artículo 72.1, y lo hizo de una manera tan amplia que la experiencia nos ha demostrado que la mayoría –por no decir, todas– de las contravenciones descritas en la Ley General Presupuestaria como posibles supuestos de responsabilidad contable distintos del “alcance”, caben en el concepto del artículo 72.1, cuando producen un resultado dañoso, real y efectivo en los caudales públicos, con la consecuencia añadida de que el procedimiento de reintegro por alcance viene siendo el cauce procesal adecuado –prácticamente el único– para dilucidar la mayoría de los supuestos de responsabilidad contable, cualquiera que sea la causa de su hallazgo, quedando reducido el juicio de cuentas para aquellos supuestos de responsabilidad contable que, aun cuando pudieran encerrarse en el concepto del artículo 72.1 de la LFTCu, han sido detectados como consecuencia de un procedimiento de fiscalización.

El ordenamiento jurídico procesal del Tribunal de Cuentas atribuye la competencia para exigir las responsabilidades contables derivadas de los supuestos distintos del alcance al Tribunal de Cuentas, pero siempre y cuando éstos hayan sido detectados en un procedimiento de fiscalización terminado.

III. EL CONCEPTO AMPLIO DE “ALCANCE”

Encaja, así, dentro del “alcance”, el concepto de pagos indebidos en cuanto suponen una salida material de fondos públicos sin causa y, por tanto, carentes de justificación.

El “alcance” no sólo se produce cuando falta una determinada cantidad en el erario público, sino también cuando el que maneja los mismos no puede justificar su inversión o el destino que les dio, siendo dicho descubierto producido bien por una simple carencia material del numerario, bien por la falta de soporte documental que acredite suficiente y adecuadamente el saldo injustificado existente [véase el ANEXO C)].

IV. VOCACIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE RECONducIR EL CASO HACIA EL “ALCANCE”

Se entiende así que el Tribunal de Cuentas haya procurado interpretar ampliamente el concepto de “alcance”, al ser la clave para extender su influencia y arraigo práctico, logrando así un mayor alcance social sus resoluciones. Se entiende así que el Tribunal de Cuentas a veces reconduzca el caso hacia el “alcance”. Véase el ANEXO D) de este trabajo.

Es lo mismo que han hecho históricamente otros tribunales (así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en cuanto a la interpretación de “satisfacción de interés general” al ser el concepto normativo que le permite extender su control sobre más adjudicaciones contractuales).

V. PROCEDENCIA DEL “ALCANCE” A EFECTOS DE PODER ENCAUZAR LAS ACCIONES PÚBLICAS

El Tribunal de Cuentas ha venido siendo consciente en los años transcurridos desde la entrada en vigor de la normativa actualmente reguladora del enjuiciamiento contable, de que la denuncia de hechos distintos del alcance, enjuiciables por tanto en juicio de cuentas, en supuestos que no hubieran sido objeto de una fiscalización previa podría suponer la inviabilidad de la acción, con evidente infracción del principio de tutela judicial efectiva, al hacerse depender de la existencia de una fiscalización previa la posibilidad de plantear pretensiones de responsabilidad contable.

En evitación de dicho resultado, que evidentemente no sería el querido por el legislador, dicho Tribunal se ha pronunciado a favor de llevar a cabo una interpretación amplia del concepto de alcance, con el resultado de reconducir al mismo supuestos de ilícito contable que si bien encontrarían perfecto ajuste en alguna de las conductas descritas en los apartados b) y siguientes del artículo 141.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, de 23 de septiembre de 1988, encajan también en la definición que de lo que constituye alcance contempla el artículo 72.1 ya citado de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

VI. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE

Para que una acción sea constitutiva de responsabilidad contable, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) que la acción u omisión se desprenda de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien o manejen caudales o efectos públicos; c) que la mencionada acción u omisión suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable; d) que el menoscabo sea individualizado y que se produzca mediante dolo, culpa o negligencia grave; y e) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido en los efectos públicos [Véase el ANEXO F)].

VII. ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS (ARTÍCULO 46.2 DE LA LEY DE FUNCIONAMIENTO DEL TRCU)

El archivo de las actuaciones en la fase de diligencias preliminares, en la que ni siquiera se ha procedido a llevar a cabo una investigación de los hechos, únicamente procede cuando, de una manera manifiesta, los hechos denunciados no revistan los caracteres de responsabilidad contable o alcance. Siendo preciso que, para que las irregularidades puestas de manifiesto puedan revestir caracteres de “alcance” sería necesario, en primer término, poder acreditar la existencia de un perjuicio a los fondos públicos, el cual ha de ser real, efectivo y evaluable económicamente, puesto que dicho perjuicio es elemento esencial para la existencia del “alcance” [véase ANEXO G)].

VIII. IMPROCEDENCIA DEL ARCHIVO DE ACTUACIONES POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Es improcedente el archivo si el enjuiciamiento hecho, que decreta dicho archivo, no se limita a valorar si los hechos controvertidos contienen o no indicios de responsabilidad contable, sino que resuelve la cuestión de fondo planteada por el actor público declarando la inexistencia de dicha clase de responsabilidad en los mismos [véase ANEXO H)].

IX. IMPROCEDENCIA DEL ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS POR SER COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El Tribunal de Cuentas “ejerce una parcela de lo contencioso-administrativo”: el contencioso-administrativo contable, sin poder anular los actos administrativos cuya irregularidad comprueba (artículo 1 de la LO 2/1982, de 12 de mayo; artículo 136 de la CE; R. MENDIZÁBAL ALLENDE, *Actualidad Administrativa* 7 y 8 1986; RAP 100-102 Vol.II 1983; J.J. TORRES, AA 4 1997).

Es improcedente el control del Tribunal de Cuentas si aquel consiste en la revisión de un acto administrativo sometido al ordenamiento jurídico regulador del de las Administraciones Públicas [véase ANEXO I)].

X. PRECISIÓN DE LOS SUJETOS QUE PUEDEN SER RESPONSABLES EN LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Conforme al artículo 2.b) de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982, el enjuiciamiento de la responsabilidad contable se refiere a aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos, señalándose en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento de 5 de abril de 1988, que las pretensiones de responsabilidad contable son predicables de cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Por lo tanto, sólo pueden ser sujetos de responsabilidad contable aquellos que tengan la condición de gestores de fondos públicos [véase ANEXO J)].

XI. PRESCRIPCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS

El fundamento de la prescripción extintiva de los derechos y acciones debe buscarse en la necesidad de acotar la incertidumbre jurídica que produce la inactividad, el silencio o el no ejercicio del derecho de una manera prolongada en el tiempo.

En el ámbito de la responsabilidad contable los tres parámetros definidores de la posible prescripción de dicho tipo de pretensiones nos vienen dados por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El párrafo 1º de dicho precepto establece que las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos que las originen [véase ANEXO K)].

XII. IMPROCEDENCIA DE REPRODUCIR EN SEDE DE APELACIÓN LAS ALEGACIONES EFECTUADAS EN PRIMERA INSTANCIA

En el Tribunal de Cuentas la segunda instancia responde a la necesidad de depuración de los resultados ofrecidos por la primera. Y, por ello, exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar en virtud de un juicio crítico racional la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada [véase ANEXO L)].

XIII. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Es necesario afirmar que, en todas las fases procesales (materias de admisión, de apelación, de prueba...), el Tribunal de Cuentas sigue la aplicación de los criterios procesales de la jurisdicción contencioso-administrativa y de su jurisprudencia, así como de la jurisdicción civil [véase ANEXO M)].

XIV. CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA REMUNERACIÓN A ELECTOS LOCALES Y SU CONTROL POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En materia retributiva de cargos electos locales el punto de partida puede situarse en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley de Bases de Régimen Local, capítulo V (“Estatuto de los miembros de las Corporaciones locales” dentro del Título V “Disposiciones comunes a las entidades locales”), artículo 75.

En este precepto se distingue primero el caso de los miembros de las Corporaciones locales con dedicación exclusiva, de cuyo caso hay un régimen de incompatibilidad con otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas.

En segundo lugar, se distingue el caso de los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, quienes percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva.

Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán **asistencias** por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno.

Y los miembros de las Corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

XV. LA JURISPRUDENCIA DEL TS QUE AFIRMA QUE LA INDEMNIZACIÓN COMPRENDE TAMBIÉN “LA COMPENSACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE UN CARGO MUNICIPAL”, EN EL MARCO DE UNA RATIO DE RAZONABILIDAD Y DEL PRESUPUESTO LEGAL DEL ARTÍCULO 75 DE LA LBRL 7/1985

Se ha venido debatiendo si, según la normativa vigente, por indemnizaciones podían entenderse las relativas a compensaciones por prestación de un cargo municipal, en el caso de electos sin dedicación exclusiva.

Y el criterio jurisprudencial que ha prevalecido es el de que la indemnización tanto puede venir, por un gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, como en fin, por la “pérdida” o dedicación de un tiempo a una actividad cuando se podía haber dedicado a otra actividad particular [véase ANEXO N]).

XVI. RÉGIMEN JURÍDICO DE DIETAS E INDEMNIZACIONES POR DESPLAZAMIENTOS

Habría que considerar primeramente el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, de Indemnizaciones por razón del servicio: artículos 2.1.e) (aplicación en el ámbito local); 3 (comisiones

de servicio), 9 y 10 (regulación de las indemnizaciones por dietas, alojamiento y manutención y Anexos del RD), 12 (criterios para el devengo y cálculo de las dietas).

Respecto del personal electo, las normas de aplicación general de las Administraciones Públicas pueden completarse con las aprobadas por el Pleno, por lo que nada impide que, al aprobarse las retribuciones, indemnizaciones y asistencias, se fijen cuantías o condiciones distintas.

Hay que contar además con la **Orden de 8 de noviembre de 1994 sobre justificación y anticipos de las indemnizaciones por razón del servicio**. En esencia, en esta Orden se regulan los gastos de viaje, las dietas y pluses por alojamiento y las dietas y pluses por manutención. Sobre estos últimos se afirma que “a) Para la justificación de dietas y pluses por manutención al 50 por 100 en el supuesto del apartado 4 del artículo 10 del Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, en relación con la exigencia prevista en su artículo 4.2, sólo podrá justificarse la circunstancia de que la comisión de servicios lo es con derecho a dietas cuando la misma tenga su inicio antes de las catorce horas y su finalización, posterior a dicha hora, se produzca después de la conclusión de la jornada única de trabajo si se trata de jornada continuada o de la jornada de la mañana si se trata de jornada partida, siendo necesario además que la autoridad que dé la orden considere que, en efecto, la duración de la comisión y su hora de finalización exigen realizar dichos gastos de manutención. En ningún caso podrá justificarse indemnización, por gastos de manutención en este supuesto cuando la comisión, habiendo comenzado antes de las catorce horas, hubiera finalizado también antes de esa hora”.

Además, según el apartado 2.2.1 (“Requisitos generales de justificación”) “una vez realizada la comisión de servicios, y dentro del plazo de diez días, el interesado habrá de presentar ante la Pagaduría o Habilitación los siguientes documentos (...)”.

Así, pues, para hacer efectivas estas indemnizaciones “las cuentas han de estar justificadas conforme indican las citadas instrucciones, complementadas con lo que al respecto (especialmente en orden a la cuantía de dietas y gastos de locomoción) haya aprobado el Pleno. Respecto a los límites cuantitativos de las retribuciones e indemnizaciones de los concejales, de acuerdo con el artículo 75 LRBRL (artículo 109 de la Ley 7/99), deben establecerse unos límites con carácter general para estas cantidades a consignar en los presupuestos, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, sin que hasta la fecha se hayan dictado tales límites: por ello, las Corporaciones han venido estableciendo los créditos para estas atenciones (retribuciones e indemnizaciones) en la cuantía que han estimado procedente. Algunas Corporaciones utilizan como referencia un acuerdo de principios entre los tres grandes partidos políticos nacionales por el cual se podrían equiparar las retribuciones del Alcalde con las del funcionario, normalmente de habilitación nacional, que las tenga más elevadas (con exclusión de lo referente a la antigüedad y al complemento de productividad, por razones evidentes)” (M. E. SERRANO FERRER, “Las Remuneraciones...”, *op. cit.*).

XVII. EN PARTICULAR, LA REGULACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR KILOMETRAJE

La regulación de la indemnización por kilometraje está recogida en distintas normas. En primer lugar, el **Real Decreto 462/2002**, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del

servicio, se refiere en su artículo 17.1 a que toda comisión de servicio dará derecho a viajar por cuenta del Estado desde el lugar del inicio hasta el destino a que se refiere el artículo 4.3, y su regreso, en el medio de transporte que se determine al autorizar la comisión, procurándose que el desplazamiento se efectúe por líneas regulares. Si al autorizar la comisión de servicio no se determinara expresamente el medio de transporte, el comisionado podrá emplear los medios regulares disponibles, de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto y, en su caso, con las instrucciones impartidas por el Órgano Administrativo al que esté adscrito.

En el artículo 18 del citado Real Decreto se establece que cuando, excepcionalmente, así se determine en la orden de comisión se podrá utilizar en las comisiones de servicio, en los recorridos a que se refiere el apartado 1 del artículo 17, vehículos particulares u otros medios especiales de transporte en los casos previstos en la normativa en cada momento vigente.

En virtud del artículo 3.1 de la **Orden de 31 de julio de 1985 por la que se regula la indemnización y uso de vehículos particulares por razón de servicio**, el personal que utilice vehículos particulares en las comisiones de servicio, tendrá derecho a la correspondiente indemnización en los casos en que concurran las siguientes condiciones:

- a) Que al autorizarse la comisión se prevea la posibilidad de utilización de vehículo particular para los desplazamientos fuera del término municipal de residencia.
- b) Que al justificarse la realización del servicio se acredite la adecuación del recorrido efectuado al itinerario previsto, con detalle del kilometraje, la matrícula, marca y demás características del vehículo utilizado.

El importe de la indemnización a percibir como gasto de viaje por el uso de vehículo particular en comisión de servicio ha sido revisado, con efectos económicos a partir del 1 de diciembre de 2005, por artículo 1 de la **Orden EHA/3770/2005, de 1 diciembre** [véase ANEXO P)].

XVIII. LAS DIETAS Y GASTOS DE DESPLAZAMIENTO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Las sentencias del Tribunal de Cuentas informan de los criterios que puede seguir en la práctica y de su modo de razonar cuando se ponen en entredicho dietas ingresadas por cargos electos [véase ANEXO Q)].

En principio, es cierto que la responsabilidad contable contiene como uno de sus elementos constitutivos la existencia de un ilícito contable en el sentido que ya conocemos.

Pero el Tribunal destaca la evolución de la normativa hacia cada vez mayores exigencias respecto de la justificación de las dietas. Al mismo tiempo se observa que, aprovechando el concepto amplio de alcance, dicho Tribunal realiza un control riguroso de los gastos. Dicho Tribunal observa los criterios legales, y las justificaciones requeridas por la legislación, para concluir generalmente la existencia de responsabilidades contables que llevarán consigo la devolución de las cantidades ingresadas. En fin, el propio presupuesto de la “diligencia exigible”, necesario para que pueda fallarse en sentido contrario al beneficiario de la asignación pública, no tiene mayor virtualidad porque, siempre que se observa un gasto injustificado, este presupuesto no tiene mayor alcance.

Para el Tribunal de Cuentas estamos ante una legislación ciertamente dispersa pero que no plantea grandes problemas interpretativos. En definitiva, si no se justifican contablemente los gastos no se dudará en exigir la devolución o reintegro más los intereses, junto a la penalización política y humana que lleva consigo una sentencia de este tipo.

El Tribunal parece haber evolucionado en esta línea, siendo consciente de que no puede quedar al margen de los fenómenos sociales que exigen una mayor atención por las cuentas públicas.

XIX. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA NORMATIVA DE LA INDEMNIZACIÓN POR KILOMETRAJE EN EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Nuevamente, las sentencias existentes evidencian que el Tribunal de Cuentas se fija en si se ha justificado o no el gasto según la normativa administrativa aplicable y si se ha probado por el preceptor de la indemnización la concurrencia del concreto requisito normativo, observándose poca condescendencia con las asignaciones indebidas [véase ANEXO R)].

XX. RECEPCIÓN Y RECONOCIMIENTO POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A QUE PROCEDEN LAS INDEMNIZACIONES QUE COMPENSEN LA PÉRDIDA DEL EVENTUAL BENEFICIO ECONÓMICO QUE PODRÍAN REPORTAR OTRAS ACTIVIDADES

En algún pronunciamiento se ha hecho eco el Tribunal de Cuentas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que proceden las indemnizaciones que compensen la pérdida del eventual beneficio económico que podrían reportar otras actividades. Y ha llegado a justificar la asignación en cuestión.

Considerando estas sentencias, y considerando cuanto se ha dicho en este trabajo, estamos en condiciones de establecer una serie de conclusiones seguidamente para finalizar [véase ANEXO S)].

XXI. REFLEXIÓN FINAL

Generalmente, las sentencias del Tribunal de Cuentas se limitan a observar si los gastos están justificados en virtud de la normativa aplicable. Se trata de un juicio formal y contable. Sobre este particular es comprensible que el citado Tribunal exija una actuación con el rigor debido en cuanto a la justificación de las dietas o indemnizaciones en el ámbito de la Administración. Es ésta una forma de contribuir a sanear la vida pública. Y se observa una (positiva en principio) evolución a favor de la extensión de su control.

No puede extrañar, entonces, la comentada interpretación abierta del concepto de “alcance” en relación con las acciones públicas de posibles denunciantes. En este sentido, es significativo que, cada vez más, deje de ser precisa una previa fiscalización para que el Tribunal realice su enjuiciamiento contable (al margen del juicio de cuentas). Más bien, una simple acción pasa a ser un posible cauce que permite un procedimiento contable, siempre que el supuesto denunciado encaje en el concepto de “alcance”. A mi juicio esta tendencia, o idea, es importante para captar el futuro que cabe esperar de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, más en conexión con la praxis administrativa.

No es éste el único factor que parece informar de un creciente arraigo práctico del Tribunal de Cuentas. Considérese igualmente que este tipo de control evita la connotación de gravedad que conllevan controles que afirman otro tipo de responsabilidades, por ejemplo, las propias de un orden penal o sancionador (siempre una última ratio). Y, en el fondo, la grave connotación de lo penal, que redundaba a favor de su excepcionalidad, es motivo de su ineficacia, al menos para resolver los problemas ordinarios de cualquier ámbito, porque además no puede pretenderse que lo excepcional sea un modo de resolver lo ordinario. Es preferible desarrollar controles técnicos, ordinarios y cotidianos, al mismo tiempo que eficaces en cuanto al cumplimiento del fin pretendido, es decir, el reintegro.

Sin perjuicio de estas bondades, el problema, se plantea más bien, cuando se ponen en relación el Tribunal de Cuentas y la jurisdicción contencioso-administrativa, desde un punto de vista de las garantías del afectado por un posible enjuiciamiento de responsabilidades contables de este tipo. Surge la duda de si el control de esta jurisdicción contable es *adecuado* y *suficiente*, cuando el asunto puede carecer de justificación formal contable, pero pudiera tener una justificación en el contexto de un control de más amplio alcance propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin olvidar que en dicha jurisdicción encuentra mejor acogida la pretensión sobre “*compensación de la prestación de un cargo municipal*”, en el marco de una ratio de razonabilidad y de los presupuestos legales del artículo 75 de la LBRL 7/1985. Es cierto que constan testimonios en la jurisprudencia del Tribunal de Cuentas que se han hecho eco en algún caso de esta jurisprudencia, lo cual, en el fondo, no redundaba sino en una mayor confusión en el caso concreto, máxime cuando sobre un mismo supuesto material pueden llegar a conocer en *primera instancia* el Tribunal de Cuentas o dicha jurisdicción [véase el ANEXO S)]. Seguramente, el aumento de la casuística llevará consigo una solución a estos problemas.

ANEXO

A) Juicio de cuentas y procedimiento de reintegro por alcance

Interesa el Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 3 de marzo de 2004 dictado en el Recurso de apelación núm. 69/03 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis José G. y B. en nombre y representación de D. Antonio S. G., contra el Auto de 3 de julio de 2003, dictado en el procedimiento de Acción Pública núm. B-3/01, del Ramo de Corporaciones Locales, Madrid. En el supuesto enjuiciado estaba en cuestión la determinación de las responsabilidades contables que pudieran derivarse de la aplicación del Convenio Colectivo del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Boadilla del Monte vigente que, en su artículo 33, establece el derecho de todos los funcionarios de dicha entidad local a percibir dos pagas extraordinarias completas anuales, cuya cuantía habría de ser igual al cien por cien del con-

junto de las retribuciones mensuales, excepto las gratificaciones por servicios extraordinarios (horas extra).

En este Auto, aunque finalmente se accede a que debe admitirse la acción pública en cuanto a la necesidad de que se investiguen las posibles responsabilidades lejos de la inadmisión practicada, no se considera sin embargo de recibo la pretensión de que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de juicio de cuentas en vez del de alcance. Lo interesante es observar la concurrencia de distintos presupuestos en uno y otro caso, en la línea de las afirmaciones que antes hacíamos:

“CUARTO. Que la primera cuestión que debe ser resuelta es la que se refiere a la vulneración de la tutela judicial efectiva que denuncia el apelante con base en haberse aplicado a los hechos objeto de la acción las previsiones legales para el **alcance de fondos públicos en lugar de la normativa propia del juicio de cuentas**, que es la que considera debería haberse tenido en cuenta al tratarse de un supuesto de pagos indebidos.

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982, distingue **dos procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables**, a saber, el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance. En desarrollo de dicha Ley, la Ley de Funcionamiento de 5 de abril de 1988 **destina el juicio de cuentas a la determinación de la responsabilidad contable en que hubiera podido incurrirse a consecuencia de ilícitos contables distintos del alcance**, en tanto que reserva el procedimiento de reintegro por alcance para dilucidar dicha clase de responsabilidad **cuando la pretensión se sustenta en un supuesto de alcance**, entendido éste en los términos previstos en el artículo 72.1 de la mencionada Ley 7/1988, esto es, saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendirse.

El juicio de cuentas tal como se regula en los artículos 68 y ss. de la Ley de 5 de abril de 1988 **tiene como antecedente necesario la existencia de un procedimiento fiscalizador** que permita la formación de la **pieza separada** prevista en el artículo 45 del mismo cuerpo legal, trámite legalmente requerido para la incoación de cualquier juicio de cuentas.

A sensu contrario, la **inexistencia de fiscalización relativa a los hechos denunciados y la inviabilidad de formar, por tanto, la referida pieza separada impide la incoación del juicio de cuentas**”.

Interesa también la Sentencia de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en el recurso de apelación 3/2004, interpuesto contra la Sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de **reintegro por alcance** núm. A-31/99, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid:

“OCTAVO. La parte apelante alega su disconformidad con el tipo de proceso seguido en estas actuaciones, ya que en todo momento instó el juicio de cuentas y no el procedimiento de reintegro por alcance, por lo que, aparte de mencionar en su recurso la posible nulidad de actuaciones, llega a concluir que el fallo estaba predeterminado al no poder condenar el Consejero de instancia a los demandados por pagos indebidos en un procedimiento de reintegro por alcance.

Como ha reiterado en numerosas ocasiones esta Sala de Justicia (entre otras, en el Auto de 4 de febrero de 2004) los procesos de responsabilidad contable se inician a través

de las actuaciones previas reguladas en el Capítulo XI de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

En los casos de alcance, mediante el nombramiento de Delegado Instructor, que ha de practicar las diligencias oportunas de averiguación de los hechos y de los presuntos responsables y tanto si el conocimiento de los hechos proceden del examen y comprobación de cuentas, de cualquier otro procedimiento fiscalizador o de una gestión al margen del proceso normal de rendición de cuentas, según determinan los artículos 46 y 47 de la Ley de Funcionamiento. En cuanto a las actuaciones previas de hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance, sino del denominado **juicio de cuentas**, el artículo 45 de la Ley de Funcionamiento establece que, una vez **concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupo de cuentas o los correspondientes procedimientos de fiscalización**, el Consejero de Cuentas (de la Sección de Fiscalización), de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Abogado del Estado y con citación y, en su caso, intervención del presunto responsable o de sus causahabientes, acordará la formación de **pieza separada** con la finalidad de concretar los hechos, los posibles responsables, tanto directos como subsidiarios, y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos. En dicho artículo se añade que la **pieza separada**, una vez ultimada, se remitirá a la **Sección de Enjuiciamiento** a efectos de la iniciación del oportuno juicio de cuentas.

El artículo 68.1 de la Ley de Funcionamiento establece otro mecanismo para el inicio del juicio de cuentas, la existencia de un expediente administrativo declarativo de responsabilidad contable que pudiera ser avocado conforme al artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, pero no establece, aparte de la pieza separada, otras actuaciones previas que puedan fundamentar el inicio del juicio de cuentas, por lo que tiene plenamente sentido que cuando tenga lugar el ejercicio de la Acción Pública, el Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno hubiera correspondido, acordará, en su caso, recabar del Departamento que hubiere efectuado el examen y comprobación de las cuentas, o que hubiere tramitado el oportuno procedimiento fiscalizador, la formación de la pieza separada. Esto determina, en todo caso, que el juicio de cuentas, pueda ser incoado, si previamente ha sido acordada la formación de pieza separada o ha existido una avocación del expediente administrativo de responsabilidad contable.

La actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas se encuentra conectada en el juicio de cuentas a la actividad fiscalizadora y a la formación de la pieza separada, de no existir avocación de expediente administrativo de responsabilidad, por lo que la no formación de pieza separada excluye el inicio del juicio de cuentas (entre otros, Auto de 21 de octubre y de 15 de diciembre de 1994 de la Sala de Justicia).

Estas consideraciones implican la dificultad de proceder a la tramitación de un juicio de cuentas cuando no consta la formación de pieza separada, derivada de un procedimiento de revisión de cuentas o fiscalizador, o la avocación de un expediente administrativo de responsabilidad contable. Por otro lado, el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, indica que la iniciativa de los procedimientos fiscalizadores corresponde al propio Tribunal, a las Cortes Generales y, en su ámbito, a las Asambleas Legislativas u otros órganos representativos análogos que se constituyan en las Comunidades Autónomas, siendo, en cuanto al Tribunal, competencia del Pleno acordar la iniciativa de los procedimientos de fiscalización [artículo 21.3.a) de la Ley 2/1982 y artículo 3.b) de la Ley 7/1988].

La formación de la **pieza separada** es, por otro lado, una decisión del Consejero del Departamento de Fiscalización, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del

Letrado del Estado, revisable en vía jurisdiccional, pero siempre conectada a la comprobación de cuentas o a los procedimientos fiscalizadores.

Por tanto, cuando no consta la existencia de un procedimiento de comprobación de cuentas o fiscalizador, el ejercitante de la acción pública tendría limitada su acción de responsabilidad al estar supeditado a una iniciativa institucional tasada en cuanto a los procedimientos fiscalizadores, ya que al ejercitante de la acción pública no le está permitido que pueda instar estos procedimientos. Por consiguiente, la inexistencia de pieza separada o expediente administrativo de responsabilidad contable limita la tramitación del juicio de cuentas (artículos 45 y 68 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) por lo que se ha de acudir a otra vía para depurar las posibles responsabilidades contables denunciadas, como es utilizar las actuaciones previas reguladas en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal, es decir, la prevista para el supuesto de alcance y que se realizan a través del Delegado Instructor.

B) Vinculación del juicio de cuentas no sólo a un procedimiento previo de fiscalización, sino también a un procedimiento que haya finalizado. Explicación histórica de la dualidad de procedimientos: juicio de cuentas y alcance

Interesa sobre todo ello el ilustrativo Auto de 21 de julio de 2008, dictado en el recurso 38/2007 y acumulados 44/07, 45/07 y 46/07 del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, interpuestos contra las resoluciones de 13 de septiembre de 2007, 3 de octubre de 2007, y dos de 30 de octubre de 2007, respectivamente, dictadas por el Excmo. Sr. Consejero titular del Departamento 2º de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas (Área Político-Administrativa del Estado) en la pieza separada abierta en relación con la enajenación de la finca “El Rosalejo” por la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.

En este Auto de 21 de julio de 2008 se llega a exigir no sólo la debida vinculación del juicio de cuentas a un procedimiento previo de fiscalización, sino también que dicho procedimiento haya finalizado.

“CUARTO. Expuestas de este modo las pretensiones de las partes, la cuestión a resolver por esta Sala se centra, fundamentalmente, en decidir si es acorde al Ordenamiento jurídico la formación de la pieza separada a que se refiere el artículo 45 de la LFTCu, cualquiera que haya sido el resultado del procedimiento fiscalizador del que trae causa, por cuanto lo determinante no es la terminación del procedimiento mediante la aprobación del Informe de Fiscalización, como defiende la parte recurrente y la Abogacía del Estado, sino que tan sólo se precisa terminar su tramitación, siendo indiferente el acuerdo aprobatorio del Pleno del correspondiente Informe; tesis esta seguida por la resolución recurrida y por el Ministerio Fiscal (...).

QUINTO. (...) Es preciso analizar la configuración que el legislador de 1988 hizo de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal, en relación con la función suprema que el artículo 136 de la Constitución Española atribuye a nuestra Institución. En este sentido, la legislación histórica del Tribunal (véase, al respecto, tanto la Ley del Tribunal de Cuentas de la República de 29 de junio de 1934 y su Reglamento de 16 de julio de 1935, como la de 3 de diciembre de 1953, modificada por Ley 89/1961, recogiendo ambas la tradición histórica patria en la materia) siempre distinguió entre los alcances descubiertos al margen del proceso de rendición y examen de las cuentas y los detectados en el curso

del procedimiento de examen y censura de las mismas, reservando, en el primer caso, el entonces llamado ‘expediente de alcance y reintegro’ para dilucidar las responsabilidades surgidas por tal motivo y, en el segundo, el ‘juicio de cuentas’ para determinar las que pudieran derivarse por el mismo motivo, pero hallados en el procedimiento de fiscalización de entonces.

Por su parte, la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 (artículos 140 a 146), respetó la competencia del Tribunal en relación con los alcances, pero atribuyó a la Administración Pública —en particular, al Consejo de Ministros y al Ministerio de Hacienda—, la competencia para incoar y decidir los expedientes administrativos mediante los cuales se declaraban las responsabilidades derivadas de infracciones de la propia Ley General Presupuestaria que pudieran causar perjuicios en los recursos del Tesoro Público, recogiendo, *ad exemplum*, una relación abierta de las mismas que no eran propiamente una tipificación de conductas, sino tan sólo una relación de contravenciones de la normativa presupuestaria que sólo serían constitutivas de responsabilidad cuando dieran lugar al mencionado resultado dañoso a los caudales y fondos públicos.

La Ley Orgánica 2/1982, dictada al amparo del artículo 136 de la Constitución Española, otorgó a este Tribunal una auténtica jurisdicción, además de la función suprema de control del gasto público, y su artículo 44 estableció la reserva de ley respecto de los procedimientos a los que había de ajustar el Tribunal el ejercicio de las dos funciones atribuidas constitucionalmente. En esta línea, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, manteniendo y aunando ambos criterios, respetó la competencia de la Administración respecto de los supuestos de responsabilidades contables distintos del alcance, aunque, por imperativo de la naturaleza jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable, atribuyó al Tribunal la facultad de avocación de los mismos conforme al artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y la revisión jurisdiccional de tales resoluciones administrativas, en caso de no hacer uso de dicha facultad, según el artículo 41.2 de la propia Ley. Y, además, para dar contenido a los dos procedimientos jurisdiccionales contenciosos que había citado pero no explicado, la Ley Orgánica 2/1982, mantuvo el criterio histórico de considerar el procedimiento de reintegro por alcance circunscrito a las responsabilidades contables derivadas del concepto ‘alcance’ y como dice el propio artículo 46.1 de la LFTCu ‘tanto si su conocimiento procede del examen y comprobación de cuentas, o de cualquier otro procedimiento fiscalizador, como si es consecuencia de una gestión de aquellos que hubiera tenido lugar al margen del proceso normal de rendición de cuentas al Tribunal’, mientras que el juicio de cuentas quedó reservado para las responsabilidades contables por supuestos distintos del alcance, pero, lo que es más importante, siempre y cuando tales supuestos hubiesen sido detectados en el curso de un procedimiento de fiscalización. Esta dualidad procedimental se ha mantenido hasta la actualidad y ha sido confirmada por la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en sus artículos 176 a 182.

Por tanto, de acuerdo con el citado esquema, nuestro Tribunal tiene jurisdicción y competencia para dilucidar responsabilidades contables derivadas de alcances, cualquiera que haya sido el motivo y el momento de su detección, pero no ostenta, en principio, competencia para incoar procedimientos de responsabilidad contable por supuestos distintos del alcance, salvo que los mismos hayan sido descubiertos como consecuencia de un procedimiento de fiscalización.

Ahora bien, a la anterior conclusión resulta preciso añadir tres aspectos de la LFTCu importantes a los efectos que aquí interesan: el primero, que la Ley 7/1988 definió, por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico, el concepto de alcance en su artículo 72.1, y lo hizo de una manera tan amplia que la experiencia nos ha demostrado que la mayoría

—por no decir, todas— de las contravenciones descritas en la Ley General Presupuestaria como posibles supuestos de responsabilidad contable distintos del alcance, caben en el concepto del artículo 72.1, cuando producen un resultado dañoso, real y efectivo en los caudales públicos, con la consecuencia añadida de que el procedimiento de reintegro por alcance viene siendo el cauce procesal adecuado —prácticamente el único— para dilucidar la mayoría de los supuestos de responsabilidad contable, cualquiera que sea la causa de su hallazgo, quedando reducido el juicio de cuentas para aquellos supuestos de responsabilidad contable que, aun cuando pudieran encerrarse en el concepto del artículo 72.1 de la LFTCu, han sido detectados como consecuencia de un procedimiento de fiscalización.

El segundo aspecto a destacar es que la Ley de Funcionamiento, obligada sin duda por las menciones que la Ley Orgánica contiene a las ‘actuaciones instructoras’, **configuró ambos procedimientos jurisdiccionales precedidos de sendas ‘actuaciones previas’ de naturaleza no jurisdiccional, facilitadoras y preparatorias del ulterior proceso.**

Así, en el caso del procedimiento de reintegro por alcance, los artículos 46 y 47 recogen una serie de diligencias tasadas tendentes a la averiguación, constatación y fijación del descubierto y de los responsables contables, así como de embargo y aseguramiento de los caudales públicos perjudicados, a cargo de un Delegado Instructor, mientras que en el juicio de cuentas, el artículo 45 regula una llamada ‘pieza separada’ —expresión harto significativa desde el punto de vista procesal— que se desgaja de un procedimiento fiscalizador, por acuerdo del Consejero titular del Departamento competente de la Sección de Fiscalización, con la finalidad de concretar los hechos, los responsables presuntos y el importe de los perjuicios ocasionados, mediante el acopio de ‘los antecedentes del procedimiento fiscalizador y cuantos soliciten el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y el presunto responsable’. Sin embargo, no es ésta una fase previa que hubiera de tener por finalidad acreditar los hechos de responsabilidad contable, ni tampoco la de buscar soportes probatorios de las pretensiones de las partes, al margen de los que pudieran obrar en el procedimiento de fiscalización, sino tan sólo, como indica la Ley, la de concretar unos hechos de responsabilidad contable en los que puedan apoyarse las pretensiones de las partes, cuya prueba habrá de desarrollarse necesariamente en el momento procesal oportuno —período probatorio abierto en la fase jurisdiccional— y ante el órgano jurisdiccional competente que no será sino el Consejero de la Sección de Enjuiciamiento que por turno corresponda [artículos 25.a) de la LO 2/1982; 11.1, 14, 53 y 68 y siguientes de la Ley 7/1988]. (ATCu 25 noviembre 1999).

Además, el artículo 45 de la Ley de Funcionamiento, a diferencia del propio artículo 47, no ha tasado unas diligencias concretas que hayan de integrar la pieza separada, ni tampoco se ha remitido a los trámites de procedimiento alguno para su cumplimentación, como hace sin embargo dicha Ley en otras ocasiones, sino que el legislador de 1988, teniendo en cuenta el mandato del artículo 44 de la Ley Orgánica 2/1982 que sujetó a la reserva de la Ley de Funcionamiento la actuación del Tribunal, reguló la pieza separada en el artículo 45 con un contenido —formal y material— y una finalidad expresamente determinadas que no requieren labor alguna de integración jurídica, a menos que se pretenda ir más allá de lo establecido por el legislador.

Resulta, así, como consecuencia lógica de cuanto queda destacado, que siendo la pieza soporte y preparación del proceso jurisdiccional, ‘... su contenido y tramitación no pueden invadir las actuaciones y el ámbito procesal reservado al proceso propiamente dicho y, por tanto, las diligencias que se realicen han de limitarse y acomodarse de forma

rigurosa a lo preceptuado y previsto en el artículo 45 de la Ley de Funcionamiento, suprimiéndose cualquier trámite que exceda de la finalidad establecida en el mismo y de ahí, que, en esta sede, no pueda hablarse con propiedad de una fase de alegaciones ni de una fase probatoria en la que se reciban las actuaciones y la pieza separada a prueba y se practiquen las que los interesados propongan, sino que habrá que entender que el Consejero de Cuentas de la Sección de Fiscalización cumple el mandato del artículo 45 de la Ley de Funcionamiento cuando practica las diligencias conducentes a formar un rollo o pieza documental, en la que se contengan los antecedentes del procedimiento fiscalizador adecuados a la finalidad de proporcionar información suficiente relativa a los hechos, posibles responsables e importe total de los perjuicios ocasionados al Tesoro público y que permitan iniciar el ejercicio de las acciones del resarcimiento o de oposición del consiguiente juicio de cuentas.’ (Auto del TCu de 25 de noviembre de 1999).

La diferencia de contenido entre una y otra actuación previa, tiene su justificación en los antecedentes que las preceden, pues las del artículo 47 pueden tener como antecedente incluso una mera y escueta denuncia de un particular que haga precisa la práctica de diferentes diligencias de averiguación y de constatación de datos, cuyas conclusiones han de verse, necesariamente, en la llamada Acta de Liquidación Provisional con intervención de todos los interesados. Sin embargo, en el caso de la pieza separada del artículo 45, ésta se hace depender de un procedimiento de fiscalización concluido, cuyos papeles de trabajo y las propias técnicas de auditoría empleadas, vertidas en y avaladas por un Informe, aprobado por el único órgano a quien compete ejercer la función fiscalizadora, suplen, desde luego, aquellas diligencias de averiguación y constatación que se practican en las del artículo 47.

Finalmente, el tercer aspecto legislativo reseñable es que la Ley de Funcionamiento, en desarrollo del citado artículo 44 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, reguló los procedimientos a los que había de sujetarse la función fiscalizadora del Tribunal, y lo que es ahora más importante, formalizó determinados trámites del procedimiento fiscalizador, como son, habida cuenta la naturaleza específica y técnica de la función fiscalizadora, la ‘iniciativa’ del procedimiento –reservada, ex artículos 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y 3.a) y b), y 32.2 de la Ley de Funcionamiento, al propio Tribunal de Cuentas, a las Cortes Generales y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas–; la ‘competencia’ del Pleno del Tribunal para el ejercicio de la propia función [artículo 21.3.a)] que incluye tanto la aprobación del programa anual [artículo 3.a)] y el establecimiento de las ‘Directrices Técnicas’ de cada procedimiento de fiscalización [artículo 3.g)], como los ‘resultados’ [artículos 12 de la Ley Orgánica y 3.c) y d), 27, 28, y 29 de la Ley de Funcionamiento] en que se manifiesta, ya sean Informes o Memorias, Mociones o Notas y, finalmente, lo relativo a la ‘terminación’ del procedimiento fiscalizador, a la que la Ley dedica el Capítulo X, de su Título IV, ‘De la terminación de los procedimientos de fiscalización’, incluyéndose aquí el artículo 44 de la misma. En dicho artículo se recogen todos los trámites que comprende la terminación de los procedimientos de fiscalización y que, básicamente expuestos, son: la puesta de manifiesto de las actuaciones practicadas a los responsables del sector o subsector público fiscalizado; la elaboración del proyecto de resultados de la fiscalización; la puesta de manifiesto de dicho proyecto al Ministerio Fiscal y al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas ‘... al objeto común de que formulen lo que estimen pertinente en relación con sus respectivas competencias’ (artículo 44 in fine LFTCu) y, en particular, el primero a los efectos del artículo 16.2.b) de la LFTCu, pero en todo caso con arreglo a las correspondientes normas procesales; la deliberación de la Sección de Fiscalización sobre el citado proyecto; y, finalmente, la aprobación, en su caso, de dicho proyecto por el Pleno del Tribunal de Cuentas, con la remisión del infor-

me aprobado y demás documentos a las Cortes Generales y, en su caso, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. No parecen existir dudas, pues, de que la Ley ha querido que el procedimiento de fiscalización termine o concluya, necesariamente, con una serie de trámites de audiencia y uno definitivo, como es la aprobación del Informe, Memoria, Moción o Nota. Ése es el tenor literal del repetido artículo 44 de la LFTCu, y el que se deriva de su interpretación sistemática de todos los artículos que le preceden del Título IV de la Ley en el que está ubicado.

Por su parte, el artículo 9 de la LFTCu atribuye a los diferentes Departamentos sectoriales y territoriales de la Sección de Fiscalización 'la verificación de la contabilidad y el examen y comprobación de las cuentas que han de someterse a la fiscalización del Tribunal y la tramitación de los correspondientes procedimientos fiscalizadores de acuerdo con el plan de fiscalización debidamente aprobado, al que se unirán las demás iniciativas de fiscalización, y, asimismo, de conformidad con las directrices técnicas que el Pleno haya podido establecer'. No se especifican, pues, cuáles hayan de ser los pasos que incluyen la llamada fase de 'tramitación', lo cual es perfectamente acorde con la naturaleza técnica de este tipo de procedimiento que en nada se parece a un procedimiento administrativo y que se integra por una serie de actuaciones de examen y comprobación de hechos, datos y cuentas con arreglo a técnicas específicas, que quedan incorporadas en los llamados 'papeles de trabajo' que son documentos de naturaleza diversa y uso interno.

Por todo ello, podemos ir concluyendo que nuestro Ordenamiento jurídico procesal atribuye la competencia para exigir las responsabilidades contables derivadas de los supuestos distintos del alcance al Tribunal de Cuentas, pero siempre y cuando éstos hayan sido detectados en un procedimiento de fiscalización terminado, del que se desgaja la correspondiente pieza separada para la finalidad ya citada, y como antecedente formal y necesario del correspondiente procedimiento jurisdiccional de juicio de cuentas, lo que significa que a éste último le precede la pieza separada y a ésta el procedimiento de fiscalización concluido, siendo, desde el punto de vista formal, necesario seguir respecto de aquellos casos que no quepan en el concepto amplio de alcance del artículo 72.1, las repetidas y necesarias fases procedimentales mencionadas incluida la terminación, entre cuyos trámites, además de las preceptivas alegaciones, se encuentra y con el carácter de definitivo, el acto aprobatorio del informe que es el que pone fin al procedimiento fiscalizador. Y es que no debe olvidarse que, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de julio de 1988, la actividad jurisdiccional de este Tribunal, en el ámbito de las responsabilidades contables derivadas de hechos distintos del alcance, es instrumental de la actividad fiscalizadora y constituye, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1995, el antecedente del enjuiciamiento contable, de manera que, en un orden lógico, cuando se halla iniciada la fiscalización debe adecuarse la segunda al resultado de la fiscalización.

Por último, cabe señalar que este criterio ha sido avalado anteriormente por la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas, siendo aplicable igualmente cuando se trata de acciones públicas en los que la pretensión es distinta del alcance. Así, en el Auto núm. 13/1999, de fecha 22 de diciembre (vid. Hecho Segundo del referido Auto), se comprueba que el Departamento de instancia admitió una acción pública sobre unos hechos en los que, en dicha fecha, se estaba tramitando un procedimiento de fiscalización. Por ello en el Auto de admisión de la acción pública se acordó 'al mismo tiempo, en cumplimiento del artículo 56.2 de la Ley de 5 de abril de 1988, interesar del Departamento Financiero de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, la formación de la pieza separada, una vez que fuera concluido el procedimiento de fiscalización que se hallaba en curso'; el correspondiente Informe fue aprobado por el Pleno el 29 de julio de 1998, acordándose la formación de la pieza separada por la Consejera del Departamento fiscalizador el día 15 de octubre de ese mismo año.

SEXTO. El tantas veces citado artículo establece que el acuerdo de formación de la pieza separada se dictará por el Consejero de Cuentas (se entiende que es el titular del Departamento de la Sección de Fiscalización que ha tramitado el procedimiento de fiscalización, ex artículo 9 de la LFTCu, del que aquella trae causa), de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o Abogado del Estado ‘una vez concluido... los correspondientes procedimientos de fiscalización, si aparecieren hechos que pudieran ser no constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos, en los términos definidos en la presente Ley, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables...’. En consecuencia, es el vocablo ‘concluido’ el que debe ser tenido en cuenta a la hora de identificar el momento en que procede efectuar la apertura de la pieza separada. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su primera acepción, define el verbo concluir como ‘acabar o finalizar algo’. Por su parte, el verbo acabar es definido como ‘poner o dar fin a algo, terminarlo, concluirlo’. Finalmente, el verbo terminar es considerado como un sinónimo de ‘acabar’; y también como ‘poner término a algo’. Es decir, en sus primeras acepciones como verbos transitivos, y con referencia a un ámbito temporal, los vocablos acabar, terminar y concluir son sinónimos. En este sentido, podemos afirmar que la expresión ‘concluido’ está referida al cumplimiento de la fase reglada del procedimiento fiscalizador que la propia ley regula en su artículo 44 como ‘terminación’.

En efecto, según el propio artículo 44, el procedimiento fiscalizador acaba con la aprobación del resultado de la fiscalización y posterior remisión a las Cortes Generales y, en su caso, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Que la pieza separada, de la que ahora tratamos, necesite, imperativamente, de la conclusión de un procedimiento fiscalizador previo, viene también avalado por lo dispuesto en el artículo 56 de la LFTCu. Dicho artículo, al regular el ejercicio de la acción pública a que se refiere el artículo 47.3 de la LOTCu, especifica, precisamente, que, con carácter previo a la incoación del correspondiente procedimiento jurisdiccional, el Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento a quien por turno hubiera correspondido el conocimiento de dicha acción pública, deberá recabar, si ha existido procedimiento fiscalizador, la formación de la pieza separada del artículo 45 de la LFTCu.

No puede resultar indiferente que el Informe de fiscalización que recoge los resultados del procedimiento de fiscalización sea o no aprobado, pues si no es objeto de aprobación, tal proyecto no tiene validez jurídica propia y, habida cuenta las especialidades del procedimiento de fiscalización en el que únicamente son objeto de trámites reglados los relativos al programa, al establecimiento de las Directrices Técnicas y a la terminación, en el que el proyecto de Informe es objeto de alegaciones y aprobación, tal y como hemos explicado más arriba, su falta de aprobación deja el procedimiento falto de contenido, más allá del programa, de las directrices técnicas, y de los ‘papeles de trabajo’, llevados a cabo por el equipo auditor; pero, en todo caso, carente de la necesaria base documental que implica un informe una vez que ha sido aprobado por el Pleno de nuestra Institución. Sólo del informe así aprobado puede desgajarse la correspondiente pieza separada como soporte necesario del ulterior proceso jurisdiccional. Es decir, sin Informe, Memoria, Moción o Nota, no hay resultado del procedimiento de fiscalización, y si no existe resultado aprobado, difícilmente podemos concluir que ha terminado el correspondiente procedimiento. Será preciso, pues, puesto que subsisten las propias Directrices Técnicas y su inclusión en el programa anual, que se presente al Órgano plenario un nuevo proyecto de informe, cuyo anteproyecto haya sido sometido, nuevamente, a las preceptivas alegaciones, y sólo si éste es objeto de aprobación, podrá servir de base para que puedan extraerse del mismo los particulares que se tengan por conveniente en punto a la formación de la correspondiente pieza separada. Si no es así, la única vía que nos permite el Ordenamiento jurídico para

dilucidar responsabilidades contables, no es otra que la que contemplan los artículos 46 y 47 de la propia Ley, bien que referidos al alcance pero sin olvidar que el concepto contenido en el propio artículo 72.1 de la Ley es prácticamente omnicomprendivo de todos los supuestos de responsabilidad contable. Ésta es la idea que debía subyacer en las peticiones del Ministerio Fiscal, tanto de 3 de octubre de 2006, cuando solicitó del Departamento 2º de la Sección de Fiscalización, en relación con la operación de venta que nos ocupa: ‘que se remita a la Sección de Enjuiciamiento los antecedentes de los hechos descritos en el apartado II de este escrito para que se inicien los procedimientos correspondientes para depurar las responsabilidades contables que de los mismos pueden derivarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 7/1988’. Así como en su segundo Informe, de fecha 12 de enero de 2007 en el que, sobre la misma cuestión, dijo lo siguiente: ‘... resultan indicios que, aun no siendo constitutivos de alcance, pueden generar responsabilidad contable, debe acordarse la formación de pieza separada para depurarla conforme a lo dispuesto por el artículo 47 LFTCu (sic)’.

No obstante, posteriormente, se dictó la resolución de formación de pieza separada que hoy es objeto del presente recurso, cuando entonces estaba abierta, como lo está ahora, la posibilidad de remitir los antecedentes necesarios a la Sección de Enjuiciamiento, para que proceda, conforme a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la propia Ley.

Sin embargo, la pieza separada, como aquí ha sido formada, sin Informe de Fiscalización aprobado, carece de su base que son las conclusiones de la fiscalización que, a su vez, se soportan en los hechos relatados en el cuerpo del Informe y, por tanto, no existe la necesaria base fáctica para realizar la imputación inicial de responsabilidad contable que la propia pieza supone, sin que además sea posible —como dijimos más arriba citando, por todas, el Auto de esta Sala de 25 de noviembre de 1999— practicar en la misma —y a diferencia de las actuaciones previas del artículo 47— las necesarias diligencias de averiguación y constatación de los hechos y de los presuntos responsables, por lo que las garantías de defensa de los supuestos inculcados se ven cercenadas al no existir concreción de los hechos susceptibles de imputación, puesto que los mismos no constan en ningún documento formal —como sería el Informe aprobado— que respalde los posibles hallazgos y demás valoraciones del equipo auditor.

SÉPTIMO. Como ya se ha indicado, el Proyecto de Informe de Fiscalización, no acabó siendo aprobado por el Pleno de este Tribunal, que es el Órgano donde radica, como hemos indicado anteriormente, ex artículos 21.3.a) de la LOTCu y 3.c) de la LFTCu, el ejercicio de la función fiscalizadora. Es más, no es que no se aprobara antes de la apertura de la pieza separada de la que trae causa el recurso del Sr. M., sino que no se aprobó porque, sometido al examen del Pleno en su sesión de fecha 29 de marzo de 2007, el mismo no alcanzó el número de votos suficientes que establece el artículo 4.2 de la LFTCu (es decir, el de la mayoría de los asistentes presupuesta la existencia de quórum) para conseguir dicha aprobación. En este sentido, también debe discreparse de la argumentación del Ministerio Fiscal, cuando parece distinguir entre ‘no aprobación de un Proyecto de Informe’ y ‘rechazo de un Informe’ (folio 144 vuelto de la pieza principal). En efecto, la función fiscalizadora del Tribunal termina, como ya hemos indicado, con la aprobación de un documento que debe elevarse a las Cortes Generales, o, en su caso, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Este documento, que puede ser un Informe, una Memoria, una Moción, o una Nota, según la terminología del artículo 12.1 de la LOTCu, una vez debatido por el Pleno, es aprobado o no, según el juego de mayoría de votos previsto en el artículo 4 de la LFTCu antes citado. No acierta esta Sala a entender pues, cuál es la dife-

rencia semántica entre ‘no aprobar’ y ‘rechazar’ un Informe de Fiscalización. En el Pleno de este Tribunal, como en cualquier otro órgano colegiado, cualquier propuesta que se eleva al mismo es aprobada o no, sin que acertemos a distinguir esta pretendida diferencia entre no aprobación y rechazo. Y como ya se ha indicado anteriormente, si el Informe no es aprobado, todos los antecedentes del procedimiento fiscalizador que estaban abocados a su posible aprobación, carecen ya de relevancia jurídica. En lo que sí acierta, plenamente, sin embargo, el Ministerio Público, es en el hecho de que la no aprobación por el Pleno del Tribunal de un Proyecto de Informe no constituye una declaración de exención de cualquier clase de responsabilidad; pero no es eso lo que se sustancia en esta litis; y es que la función fiscalizadora ejercida por el Pleno del Tribunal no termina, en ningún caso, en declaración de responsabilidad alguna, ni en declaración de exención de la misma. Por ello, el hecho de la no aprobación de un Proyecto de Informe tampoco tiene ninguna de esas dos consecuencias jurídicas señaladas por el Ministerio Público.

Y es que en opinión de esta Sala, como ya hemos anticipado, la solución procedimental que hubiera procedido y procede en este caso para dilucidar las eventuales responsabilidades contables que pudieran derivarse de la enajenación de la finca ‘El Rosalejo’ era, y sigue siendo, una vez conocidos los dictámenes del Ministerio Fiscal, de fechas 3 de octubre de 2006 y 12 de enero de 2007, respectivamente, en los que solicitó que los hechos fueran puestos en conocimiento de la Sección de Enjuiciamiento para que ésta actuase en el ejercicio de sus competencias, siguiendo las formalidades establecidas en los artículos 46 y 47 de la LFTCu, que se hubiera cursado dicha petición; y es que, una vez que el Consejero Ponente conoció la no aprobación por parte del Pleno del Proyecto de Informe que había sometido a la consideración de dicho Órgano, tenía –como tiene ahora expedito– el camino para poner en conocimiento de la Sección de Enjuiciamiento los hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable por los trámites del correspondiente procedimiento de reintegro por alcance, utilizando así un procedimiento absolutamente pacífico para la posible sustanciación de dichas responsabilidades, habida cuenta el concepto amplio de alcance del artículo 72.1 de la propia Ley. Ha de señalarse, además, que esta Sala de Justicia ya manifestó (ver, por todos, Autos 10 y 15/1994, de 21 de octubre y 15 de diciembre de 1994) que ‘la pieza separada depende siempre de que se haya llevado a cabo una fiscalización respecto de los hechos que se pretende sean objeto de la pieza. En cambio, las actuaciones previas al procedimiento de reintegro por alcance pueden comenzarse, también, cuando se tiene conocimiento de hechos constitutivos de alcance o malversación de fondos públicos a través de actos distintos de procedimiento normal de rendición de cuentas’. Todo lo cual no hace sino corroborar la tesis expuesta en este Fundamento Jurídico.

OCTAVO. Finalmente, tampoco puede servir de apoyo la invocación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 1995 (folio 43 de la pieza principal) en la que el Alto Tribunal afirmaba que, cuando el Consejero de Cuentas de Fiscalización efectúa la apertura de una pieza separada, ‘dicho Consejero no estaba ejerciendo potestades administrativas, sino la función jurisdiccional propia’ (último párrafo del Fundamento Jurídico Sexto de la meritada Sentencia).

Pues, con independencia de que la Sentencia precitada es una Sentencia de apelación y no de casación, que resolvía una decisión de carácter administrativo adoptada por el Pleno del Tribunal de Cuentas ejerciendo funciones administrativas, y que no ha tenido continuidad alguna en la doctrina del Tribunal Supremo, es que ni siquiera la aceptación, en sus propios términos, de lo manifestado por el Alto Tribunal tiene, ahora, relevancia para el tema que está debatiendo esta Sala. Lo que ahora se debate no es la naturaleza administrativa o jurisdiccional de la pieza separada del artículo 45 de la LFTCu. Lo que se debate

es el instante en que la legislación vigente permite su apertura. Por consiguiente, por el principio de sometimiento de todos los poderes públicos a los requisitos de adecuación al procedimiento, ninguna relevancia tiene el carácter administrativo o jurisdiccional del Órgano competente para la apertura de la pieza separada. Y si la misma sólo puede abrirse una vez aprobado el Informe de Fiscalización, ninguna trascendencia tiene la naturaleza jurídica de dicho documento, ni el tipo de función que ejercía el Órgano competente para abrirla, pues lo que se discute no es ni su competencia, ni su función, sino si es legalmente posible acordar su formación sin el Informe previo de fiscalización aprobado.

NOVENO. Como consecuencia de todo lo expuesto, la formación de la pieza separada se produjo sin que concurrieran los requisitos necesarios previstos por el artículo 45 de la LFTCu, que exige, entre otras, la conclusión del procedimiento fiscalizador de que aquélla trae causa, y, como hemos dicho, la terminación tiene lugar mediante el acto definitivo aprobatorio por el Órgano competente del resultado del procedimiento de fiscalización de que se trate. Todo lo anterior se refuerza por el hecho de que, como también hemos señalado anteriormente, la utilización de los mecanismos previstos en los artículos 46 y 47 de la LFTCu o, incluso, el instar la apertura de un expediente administrativo de responsabilidad contable previsto en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, son actuaciones que permiten proceder a la iniciación de un proceso jurisdiccional contable con todas sus garantías, sin que se precise la existencia de un Informe de Fiscalización del Tribunal.

Por todo lo anteriormente expuesto, entiende esta Sala que el acuerdo de formación de la pieza separada, de 16 de mayo de 2007, no se ajustó al Ordenamiento jurídico, debiendo declarar, en consecuencia, la nulidad de la misma, dentro de las competencias que nos confiere el artículo 48.1 de la LFTCu, sin perjuicio, una vez más, de la iniciación de las demás vías procesales aquí aludidas.

DÉCIMO. Por último, resta entender de los recursos innominados del artículo 48.1 referenciados con los números 44/07, 45/07 y 46/07. Como ya se indicó en los Hechos de la presente Resolución, esta Sala acordó, mediante Auto de 27 de febrero de 2008, la acumulación de estos tres últimos recursos citados al referenciado con el núm. 38/07 en el que el recurrente, Sr. M., solicitaba la declaración de nulidad de la apertura de la pieza separada, a lo que ha dedicado esta Sala los Fundamentos Jurídicos anteriores. Los recursos que quedan por resolver, como también se ha indicado anteriormente, fueron acumulados oídas las partes, tras la petición del Sr. M. en escrito de fecha 25 de enero de 2008. Acumulación que fue también preconizada por la Abogacía del Estado y por el Ministerio Fiscal en sendos escritos de 11 y 12 de febrero de 2008. En esencia, los últimos tres recursos planteados por el Sr. M. y acumulados al referenciado con el núm. 38/07, hacían referencia a la denegación, por parte del Departamento 2º de Fiscalización, de la incorporación de determinados documentos a la pieza separada, solicitada por el presunto responsable al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.2 de la LFTCu. Como también se ha indicado en Fundamentos Jurídicos anteriores de la presente resolución, tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal, fueron efectuando un estudio pormenorizado de cada uno de dichos documentos preconizando, para cada uno de ellos, la pertinencia, en algunos casos, y la impertinencia, en otros, de acceder a lo solicitado por el Sr. M.

Pero, como indica acertadamente la representación del Estado en sus escritos de aceptación u oposición a las peticiones del recurrente, la eventual resolución de dichos recursos tiene, necesariamente, que quedar supeditada a lo que con carácter prioritario se hubiera decidido por esta Sala sobre la pertinencia de la apertura de la pieza separada en el momento y en las circunstancias en que se produjo. Pues bien, tras las argumentaciones efectuadas

en los Fundamentos Jurídicos Quinto a Noveno de la presente resolución, que han llevado a esta Sala a concluir que la formación de la pieza separada no se ajustó a lo establecido por el Ordenamiento jurídico no cabe sino dar por decaídos los tres recursos acumulados al referenciado con el núm. 38/07, que también se sustancian en la presente resolución; en efecto, resultaría ocioso efectuar una valoración pormenorizada de la pertinencia de incorporar a la pieza separada cada uno de los documentos concretos e individualizados que fue solicitando el Sr. M., si previamente se ha declarado ya la impertinencia jurídica de la apertura de la pieza separada. Lo que ha ocurrido en este caso, es una pérdida sobrevenida del objeto de dichos recursos, por lo que, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver por todas, la Sentencia de dicho Tribunal de 22 de septiembre de 2003) no procede sino la desestimación de todos ellos.

UNDÉCIMO. Dadas las especialidades que concurren en los presentes autos, no procede formular declaración alguna sobre costas. En atención a lo expuesto, y vistos los preceptos citados y los demás de pertinente y general aplicación, la Sala acuerda:

III. PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO. Estimar el recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, núm. 38/07 interpuesto por don Juan Antonio M. P., en su propio nombre y derecho, contra la resolución de 13 de septiembre de 2007, y decretar la nulidad de la pieza separada de la que trae causa la anterior resolución.

SEGUNDO. Desestimar por pérdida sobrevenida de su objeto, los recursos del artículo 48.1 de la Ley 7/88, núms. 44/07, 45/07 y 46/07 interpuestos por don Juan Antonio M. P., en su propio nombre y derecho, contra una resolución de 3 de octubre de 2007 y dos de 30 de octubre de 2007, dictadas en el seno del desarrollo de la pieza separada de prueba expuesta en el expositivo anterior. Sin costas."

En esta resolución se emitió un voto particular de la Excm. Sra. D.^a Ana M.^a Pérez Tórtola.

En este voto particular se afirma que la incoación de una pieza separada del artículo 45 de la Ley 7/1988 puede resultar plenamente ajustada a Derecho aunque haya sido anterior a la aprobación del informe en el que se recogen los resultados de la fiscalización realizada. Sigue señalando que ni la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas ni la Ley de Funcionamiento del mismo ofrecen argumentos suficientes a favor del rigor literal que supone conectar la conclusión de las fiscalizaciones con el acto concreto y formal de aprobación del informe de las mismas.

Se señala en este voto particular que el requisito exigido en el artículo 45 de la Ley 7/88 para iniciar una pieza separada de haber concluido el oportuno procedimiento de fiscalización tiene que interpretarse en términos de tutela judicial efectiva, lo que supone evitar imponer a las partes restricciones injustificadas a su normal acceso a la jurisdicción. Se afirma igualmente que las diferencias sustantivas entre la responsabilidad contable ex artículo 177.1.a) de la Ley General Presupuestaria y ex artículo 177.1.b) a f) de dicha Ley no son tan profundas como para justificar una diferencia de trato procesal tan relevante para iniciar las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidad contable en un procedimiento de reintegro por alcance o en un juicio de cuentas.

Se afirma en este voto particular que no resulta jurídicamente viable exigir a la parte un determinado cauce procesal distinto del que eligió cuando lo que se discute es la legalidad del momento de iniciación de la pieza separada en el que ninguna de las partes ha suscitado la cuestión de si el procedimiento adecuado es el de reintegro por alcance o el del juicio de

cuentas. También se señala que la incoación de la pieza separada no genera en sí misma indefensión al recurrente puesto que no se ha ocasionado un perjuicio real y efectivo lesivo de sus posibilidades de defensa. Por último, se afirma que la estimación del recurso por parte de la Sala provoca una situación procesalmente similar al archivo de las actuaciones sobrepasándose los reducidos límites del recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88 y distorsionando el ámbito competencial que en estos casos desarrollan los órganos de primera instancia, la Sala de Justicia en segunda instancia y el Tribunal Supremo en casación, privando a las partes de la posibilidad de recurrir.

La vinculación del juicio de cuentas a un procedimiento de fiscalización lo explica también el Auto núm. 12 de 5 de mayo de 2009 en las diligencias preliminares núm. B-126/08 cuando sienta que “es doctrina reiterada de la Sala que el Ministerio Fiscal puede solicitar a la Sección de Enjuiciamiento el inicio de las diligencias preliminares de un procedimiento de reintegro por alcance en el momento en el que, como consecuencia de un procedimiento de fiscalización, tenga conocimiento de hechos que indiciariamente presenten el perfil incorporado al artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril”.

C) El concepto amplio de alcance que la Sala de Justicia ha venido estableciendo

Así, interesa la Sentencia núm. 14 de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 3/2004, interpuesto contra la sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid:

“La Sala de Justicia ha venido estableciendo un concepto amplio de alcance que incluye a otros supuestos regulados en diferentes apartados del artículo 141.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, incluido el del apartado d), ‘dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas’. Así el Fundamento de Derecho Cuarto del Auto 66/1997, de 27 de noviembre, establece ‘aunque los citados pagos pudiesen ser reputados como indebidos y la responsabilidad contable que de ellos derivara pudiera ser exigida en vía administrativa (140 y ss. del TRLGP), ello no empece la competencia de este Tribunal para conocer de estas responsabilidades contables, no sólo por la vía de la pieza separada derivada de cualquier procedimiento fiscalizador (artículo 45 en relación con el 68 y ss. de la Ley 7/1988, de 5 de abril), sino también por la vía del artículo 47 en relación con el artículo 72 y ss. por cuanto no hay que olvidar que el concepto que nos sirve para delimitar la dualidad procedimental es el alcance, según la definición que se contiene en el artículo 72 de la Ley 7/1988, en cuyos límites, saldo deudor injustificado o ausencia de numerario o ausencia de justificación, tiene cabida, sin duda, como viene reconociendo esta Sala, algunos de los hechos generadores de responsabilidad contable definidos en el artículo 141, letra b) a la g) del TRLGP y entre ellos podemos citar a los pagos indebidos en cuanto suponen una salida material de fondos públicos sin causa y, por tanto, carentes de justificación”.

Interesa asimismo la Sentencia de 23 de abril de 2007, en el recurso de apelación 81/2005 dictada en un procedimiento de reintegro por alcance núm. 36/02 (Ramo de Corporaciones Locales, Ciudad Real). Según esta sentencia, es indiferente, al efecto de imputar

responsabilidad contable por alcance, que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario o a la falta de justificación de ese numerario por falta de soportes documentales. El alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta, en sentido amplio que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos y la obligación que incumbe a todo gestor de fondos públicos de rendir cuentas de su gestión no puede entenderse cumplida, con la justificación formal de los pagos realizados, sino que debe explicar con la imprescindible actividad probatoria, el destino o inversión dado a los fondos públicos cuya gestión tiene encomendada:

“Por lo tanto, teniendo en cuenta que el alcance no sólo se produce cuando falta una determinada cantidad en el erario público, como ha resuelto la Sala de Apelación de este Tribunal (por todas la sentencia de 30 de septiembre de 1992), sino también cuando el que maneja los mismos **no puede justificar su inversión o el destino que les dio, siendo dicho descubierto producido bien por una simple carencia material del numerario, bien por la falta de soporte documental que acredite suficiente y adecuadamente el saldo injustificado existente**, y teniendo en cuenta lo anteriormente dispuesto, queda acreditado que en el presente caso se ha producido un alcance en los términos establecidos en el artículo 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al haberse ocasionado **un saldo deudor injustificado en los fondos del Patronato de Deportes del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan** que asciende a la cantidad de 4.104.355 Pts., debiendo, no obstante, descontarse del citado importe la cantidad de 1.164.280 Pts., al haber sido reintegrada por el demandado a la Corporación, conforme consta tanto en el escrito de demanda, como en la declaración del demandado en las Diligencias Previas, seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alcázar de San Juan (folios 26 y siguientes de las actuaciones previas), ascendiendo en consecuencia el alcance a la cantidad de 2.940.075 Pts., equivalente a 17.670,19 euros”.

Interesa igualmente la Sentencia núm. 15/2008, dictada en el recurso de apelación 1/2007, interpuesto contra la sentencia de 4 de julio de 2006, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-101/02, del ramo de Corporaciones Locales (Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.), Málaga (Marbella):

“En cuanto a la infracción contable en que han incurrido los apelantes, a tenor del artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, para que exista alcance se requiere un saldo deudor injustificado; por su parte, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha ido perfilando esta figura, orientándose hacia una interpretación amplia del concepto definido en el referido artículo 72.1 de la Ley 7/1988; así, como bien recoge la Sentencia núm. 16/2006, de 24 de julio, en su fundamento de derecho séptimo, dicho órgano ha declarado en múltiples resoluciones, por todas, las Sentencias 1/2006, de 22 de febrero, o 7/2000, de 30 de junio, que es indiferente, al efecto de imputar responsabilidad contable por alcance, que el descubierto obedezca a la simple ausencia de numerario o a la falta de justificación de ese numerario por falta de soportes documentales. El artículo 72 de la Ley 7/1988, define el alcance como ‘el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos’. El alcance nace de un descubierto injustificado que surge de una cuenta, en sentido amplio, que deben rendir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, y su origen puede ser tanto la ausencia de numerario como la ausencia de justificación por falta de necesarios soportes documentales. En este mismo sentido, el Auto de 26 de marzo de 1993 se refiere a que los supuestos típicos de alcance pueden

sistematizarse en dos categorías: ausencia de numerario o ausencia de justificación y la Sentencia núm. 18/1997, de 3 de noviembre, dice literalmente que: ‘el saldo deudor injustificado producido en la gestión llevada cabo por el declarado responsable contable es constitutivo de alcance, en aplicación de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982 y 49.1 de la Ley 7/1988, en relación con el artículo 72.1 de este mismo texto legal pues a efectos de delimitar el alcance, como ilícito contable que es, basta con que tenga lugar la falta de justificación de una partida en las cuentas que deben rendirse’.

En este caso, la sentencia de primera instancia declara producido el alcance sobre la base de los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho séptimo a décimo, ante la ausencia de toda justificación, tanto material como formal que respaldara la salida de los fondos públicos de la sociedad ‘Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros, 2000, S.L.’ por un importe de 225.687,92 euros”.

D) Vocación del Tribunal de Cuentas de reconducir el caso hacia el “alcance”, sin que ello suponga merma de derechos y sin que esta reconducción dé lugar a nulidad de actuaciones

Así, interesa la Sentencia núm. 14 de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 3/2004, interpuesto contra la Sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid:

“Por tanto, reconducir la acción pública ejercitada sobre hechos de presunta responsabilidad contable al procedimiento de actuaciones previas reguladas en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento, cuando no consta ningún procedimiento en curso de revisión de cuentas o de fiscalización, lejos de limitar el acceso a la tutela judicial efectiva, refuerza las garantías de dicho acceso para el actor público, máxime cuando la Sala de Justicia permite tramitar como alcance tanto el supuesto de pagos indebidos como otros relacionados en los apartados b) al g) del TRLGP. Ahora bien, una vez realizadas las actuaciones previas señaladas en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento, el proceso ulterior que corresponde es el de reintegro por alcance, a tenor de lo establecido en el artículo 73 de dicha Ley y no el juicio de cuentas, como aduce el apelante, que se inicia en virtud de pieza separada o expediente administrativo declarativo de responsabilidades contables, a tenor del artículo 68 del mismo texto.

Por consiguiente, respecto a la acusación vertida por el recurrente de que el fallo de instancia estaba predeterminado porque el Consejero se empecinó en tramitar la acción pública como un procedimiento de reintegro por alcance en vez del juicio de cuentas, haciendo caso omiso a su escrito de denuncia, hay que señalar que, aunque no consta en los autos ningún escrito dirigido al Departamento de Entidades Locales a fin de constatar la existencia de algún procedimiento de rendición de cuentas o la posible fiscalización a efectuar al Ayuntamiento de Boadilla, lo cierto es que a dicha denuncia, presentada el 27 de abril de 1998, el Consejero de instancia respondió con inmediatez, a través de la providencia de 5 de mayo de 1998, solicitando alegaciones del Ministerio Fiscal, del actor público y del propio Ayuntamiento, con vista al nombramiento de un Delegado Instructor que pudiera realizar las actuaciones de investigación correspondientes para la declaración provisional de presuntas responsabilidades contables. El Ministerio Fiscal solicitó el nombramiento de Delegado Instructor, mientras que el Sr. A. manifestó expresamente ‘que prosiguieran las actuaciones’.

Con fecha 26 de junio de 1998 se dictó, en consecuencia, Auto proponiendo a la Sección de Enjuiciamiento el nombramiento de Delegado Instructor (que no fue recurrido), quien, una vez realizadas las funciones previstas en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento levantó Acta de Liquidación Provisional el 1 de febrero de 1999 en la que declaraba que de forma provisional los hechos no constituían un alcance a los fondos públicos. Este Acta, incorporó, asimismo, una declaración del Sr. A. de disconformidad con su contenido en la que hacía constar que los pagos efectuados al Sr. A. eran ‘alcances contables clarísimos’, suscribiendo el Acta sin ninguna otra mención.

Posteriormente, con fecha de 2 de febrero de 1999 el Sr. A. presentó escrito solicitando la transformación del procedimiento en juicio de cuentas, como así hizo en las alegaciones presentadas en fecha 23 de abril de 1999 sobre la devolución de las Actuaciones Previas al Delegado Instructor, si bien en este último trámite se manifestó a favor de la devolución y nuevas actuaciones del Delegado Instructor, actuaciones que éste sólo puede desarrollar, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento en los supuestos de alcance, aunque éste comprenda los demás supuestos que la Sala ha considerado incluidos dentro de su concepto más amplio. Como consecuencia de estos trámites se dictó Auto de 5 de mayo de 1999 ordenando la devolución de las actuaciones al Delegado Instructor a efectos de cuantificar los posibles perjuicios denunciados, lo cual llevó a efecto dicho Delegado mediante una nueva Acta de Liquidación Provisional de fecha 5 de mayo de 2000, donde aparte de ratificar la posible inexistencia de alcance, sí recoge la declaración del Sr. A. indicando que desde el primer momento planteó la denuncia como juicio de cuentas y no como alcance.

Recibidas de nuevo las Actuaciones Previas en el Departamento Primero, el Consejero dictó providencia de no incoación de fecha 26 de mayo de 2000, realizando alegaciones el Sr. A. con fecha 19 de junio de 2000 para que prosiguieran las actuaciones, lo que dio lugar a que el Consejero dictara la providencia de 4 de septiembre de 2000 de ‘edictos y emplazamientos’ dentro del procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, providencia que no fue recurrida por el Sr. A. Por Providencia de 26 de diciembre de 2000 se dio traslado de las actuaciones al Sr. A., dentro del procedimiento de reintegro por alcance, para que dedujera la oportuna demanda, sin que dicha Providencia fuera recurrida, tampoco, por el Sr. A., y sí cumplimentado el trámite de la demanda con fecha de 2 de febrero de 2001 y en la que insta ‘demanda por responsabilidad contable’ dentro del procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, no obstante, señalar que en cuanto al procedimiento ha de seguir los trámites del juicio de cuentas.

De todo ello se deriva que el actor, aunque inicialmente denuncia que el procedimiento se lleve a cabo a través del juicio de cuentas, asume el procedimiento de reintegro por alcance instado desde sus fases iniciales en actuaciones previas, no recurriendo y consintiendo las resoluciones que le favorecen en cuanto al impulso del procedimiento, aunque muestra su disconformidad en cuanto a las resoluciones que no le resultan favorables.

Por consiguiente, no sólo ha consentido el procedimiento seguido en estos Autos, sino que lejos de limitarse la tutela judicial efectiva, **el actor ha dispuesto de todos los medios y recursos posibles dentro del mismo para hacer valer sus pretensiones** y no sólo en la primera instancia, sino a través del recurso de apelación interpuesto. **Por ello, en ningún momento se ha producido indefensión, ya que el procedimiento instado ha podido valorar, sin ninguna limitación, las cuestiones de fondo planteadas**, como, asimismo el apelante ha podido suscitar en este recurso tanto los aspectos procesales como de fondo que ha considerado conveniente, sin que la Sala haya evitado entrar en ninguno de los asuntos planteados.

Como consecuencia de todo lo anterior se desestima toda alusión del apelante tanto a las cuestiones procesales tramitadas en este procedimiento, como específicamente, a la pretendida nulidad de actuaciones mencionadas en el recurso”.

E) Procedencia del “alcance” a efectos de poder encauzar las acciones públicas

Interesa el Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 3 de marzo de 2004 dictado en el recurso de apelación 69/2003 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis José G. y B. en nombre y representación de D. Antonio S. G., contra el Auto de 3 de julio de 2003, dictado en el procedimiento de Acción Pública núm. B-3/01, del Ramo de Corporaciones Locales, Madrid:

“Esta Sala ha venido siendo consciente en los años transcurridos desde la entrada en vigor de la normativa actualmente reguladora del enjuiciamiento contable, de que la denuncia de hechos distintos del alcance, enjuiciables por tanto en juicio de cuentas, en supuestos que no hubieran sido objeto de una fiscalización previa podría suponer la inviabilidad de la acción, con evidente infracción del principio de tutela judicial efectiva, al hacerse depender de la existencia de una fiscalización previa la posibilidad de plantear pretensiones de responsabilidad contable.

En evitación de dicho resultado, que evidentemente no sería el querido por nuestro legislador constitucional, esta Sala se ha pronunciado por llevar a cabo una interpretación amplia del concepto de alcance, con el resultado de reconducir al mismo supuestos de ilícito contable que si bien encontrarían perfecto ajuste en alguna de las conductas descritas en los apartados b) y siguientes del artículo 141.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, de 23 de septiembre de 1988, encajan también en la definición que de lo que constituye alcance contempla el artículo 72.1 ya citado de la Ley 7/1988, de 5 de abril.

Así, dado que el procedimiento de reintegro por alcance no requiere la existencia de fiscalización previa sino que es susceptible de llegarse a él por conducto de una mera denuncia, y que, además, las mismas garantías ofrecen tanto éste como el juicio de cuentas, diferenciándose tan sólo en algunas cuestiones procedimentales que en nada empecen al ejercicio de la pretensión y a la satisfacción de la misma, esta Sala ha desarrollado una línea doctrinal que por medio de la interpretación amplia del concepto de alcance proporciona adecuada cobertura a los principios de acceso a la jurisdicción y de tutela judicial efectiva.

En esta línea el ilícito contable de haberse incurrido en pagos indebidos se ha venido interpretando como un supuesto reconducible al concepto de alcance de fondos públicos, en la medida que serían pagos carentes de justificación por carecer de causa, y por tanto subsumibles en la conducta descrita en el artículo 72.1 de la Ley de 5 de abril de 1988.

Fue consiguientemente totalmente correcta y ajustada a Derecho la actuación del juez a quo cuando quedando debida constancia de que no existía procedimiento fiscalizador incoado en este Tribunal en relación con los hechos objeto de la acción pública ejercitada por el hoy apelante, optó por proponer el nombramiento de un Delegado Instructor para el desarrollo de las actuaciones previstas en el artículo 47 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, encauzando la acción por los trámites del procedimiento de reintegro por alcance. Procede, por tanto, ratificar en este particular lo actuado en primera instancia”.

F) Presupuestos de la responsabilidad contable

Interesa igualmente la Sentencia núm. 15/2008, dictada en el recurso de apelación núm. 1/07, interpuesto contra la sentencia de 4 de julio de 2006, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-101/02, del ramo de Corporaciones Locales (Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, S.L.), Málaga (Marbella):

“SÉPTIMO. En relación a la concurrencia de los elementos configuradores de la responsabilidad contable por alcance, combatida por los tres apelantes, esta Sala hace suyos también, los razonamientos jurídicos recogidos en el Fundamento de Derecho Noveno de la Sentencia recurrida; en efecto, ha resultado probado un daño o menoscabo en los fondos públicos de la sociedad municipal ‘Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros, SL’ por un importe de 225.687,92 euros, originado por la repetida ausencia de justificación de la salida de fondos reflejada en la contabilidad de la empresa por el importe indicado y cuyo detalle se contiene en los hechos y razonamientos de la sentencia de primera instancia objeto de este recurso núm. 1/2007. El concepto de responsabilidad contable ha sido definido por el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, y en el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, siendo exigible a los que deban rendir cuentas, por tener a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos cuando originen su menoscabo mediante dolo, culpa o negligencia grave.

La Sala de Justicia ha mantenido, entre otras, en las Sentencias de 18 de diciembre de 1998, 24 de febrero de 1994 y 19 de julio de 2002, que, para que una acción sea constitutiva de responsabilidad contable, deben concurrir los siguientes requisitos: a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) que la acción u omisión se desprenda de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien o manejen caudales o efectos públicos; c) que la mencionada acción u omisión suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable; d) que el menoscabo sea individualizado y que se produzca mediante dolo, culpa o negligencia grave; y e) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido en los efectos públicos”.

Interesa, asimismo, la Sentencia de 23 de abril de 2007, en el recurso de apelación 81/2005 dictada en un procedimiento de reintegro por alcance 36/2002 (Ramo de Corporaciones Locales, Ciudad Real). Según esta Sentencia, para que exista responsabilidad contable es necesario, que además del daño efectivo en los caudales públicos y el ilícito contable, concurren todos los demás elementos, entre ellos que el demandado estuviera encargado de la gestión de los caudales públicos menoscabados, afirmando que las deficiencias organizativas, lejos de ser una causa de exoneración de la obligación del gestor de los fondos públicos de gestionarlos con la diligencia debida, refuerza su deber de diligencia, en cuanto siendo consciente de tal actuación debiera haber extremado su cuidado para evitar el resultado dañoso dado que el riesgo era previsible, debido, precisamente, a la deficiente organización.

G) Archivo de las actuaciones por el Tribunal de Cuentas (artículo 46.2 de la Ley de Funcionamiento del TrCu). Denuncia, posterior acción pública y archivo del procedimiento de alcance

Interesa el Auto de 13 de febrero de 2009 dictado en el Recurso de Apelación 51/2008, interpuesto contra el Auto de 5 de junio de 2008, dictado en las Diligencias Preliminares núm.

C-47/08-0(Corporaciones Locales/Murcia). Los autos fueron fallados en primera instancia por el Consejero de este Tribunal, Excmo. Sr. (...).

La Sala afirma que contra las resoluciones por las que, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley 7/1988, el Consejero de Cuentas acuerde el archivo de las actuaciones cuando los hechos manifiestamente no revistan caracteres de alcance, o cuando no fuere éste individualizado con referencia a cuentas determinadas, o concretos actos de administración, custodia o manejo de caudales o efectos públicos, no cabe recurso de apelación sino el recurso previsto en este artículo 46.2 de la Ley 7/1988:

“CUARTO. Entrando ya pues a decidir sobre los motivos de la presente impugnación, hay que comenzar recordando que el archivo de las actuaciones en la fase de diligencias preliminares, en la que ni siquiera se ha procedido a llevar a cabo una investigación de los hechos, únicamente **procede cuando, de una manera manifiesta, los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance**. No cabe en dicha fase, previa al enjuiciamiento contable e incluso a la instrucción, entrar a conocer del fondo del asunto, ya que ello supondría prejuzgar el fallo que posteriormente pudiera dictarse, una vez tramitado con todas las garantías, en su caso, el juicio contable que pudiera incoarse.

Por ello esta Sala ha establecido la doctrina de que sólo procede el archivo cuando los hechos no revistan los caracteres de alcance de manera manifiesta, es decir, patente, clara y descubierta, dado que, como se ha señalado, en la fase de diligencias preliminares no se lleva a cabo investigación alguna de los hechos denunciados sino que se trata, únicamente, de evitar, con el archivo de las actuaciones, que se inicie la fase de instrucción que, en su caso, daría lugar al juicio contable. Por ello se exige que los hechos no reúnan las características mínimas que permiten, en una valoración inicial, sin entrar al fondo del asunto, que se aprecie la existencia de un presunto alcance de fondos o caudales públicos, ya que el archivo impediría el ejercicio de la pretensión contable con el riesgo que ello supondría de cara a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (Autos de esta Sala de 31 de marzo de 2008, 5 de julio de 2004 y de 7 de mayo de 2001). Este derecho ha sido objeto de desarrollo por parte de la jurisdicción contable y se refiere al principio *favor actionis* o *pro actione* que tiene su aplicación en materia de acceso a la jurisdicción hasta obtener una resolución fundada en derecho. En materia de admisión de una acción pública de exigencia de responsabilidad contable debe tenerse en cuenta que este principio, para conseguir sus objetivos, actúa a través de otros dos subordinados como son el antiformalista y el de subsanabilidad. Este principio puede formularse como aquel que impide interrumpir el desarrollo normal de la acción ejercitada a menos que lo sea con una causa expresamente prevista por la ley. Pero todo lo anterior, debe ser analizado a la luz de los supuestos concretos que se someten a la consideración de este órgano jurisdiccional, que debe dilucidar si se dan, siquiera indiciariamente, los supuestos previstos en la legislación vigente para encontrarnos ante un supuesto de alcance.

QUINTO. Pues bien, para que las irregularidades puestas de manifiesto por el ahora recurrente pudieran revestir caracteres de alcance sería necesario, en primer término, poder acreditar la existencia de un perjuicio a los fondos públicos, el cual ha de ser real, efectivo y evaluable económicamente, puesto que dicho perjuicio es elemento esencial para la existencia del alcance (Autos de esta Sala de 22 de septiembre de 2005 y 9 de febrero de 2007). Sin embargo, en los presentes autos no se ofrecen indicios –tal y como apreció el Consejero de Instancia– del menoscabo real y efectivo a los fondos públicos

y, en su lugar, se alude a un potencial perjuicio que en modo alguno puede afectar a los fondos de la Hacienda regional.

El examen de los concretos hechos irregulares que en el escrito se citan, y de la documentación aportada junto al mismo, permite afirmar que en ninguno de ellos se dan, manifiestamente, los requisitos que pudieran determinar responsabilidad contable por alcance. Y ello por cuanto, aunque las anomalías denunciadas por D. Diego de R. H. en las operaciones a que hace referencia en su escrito hayan podido causar un perjuicio a los hoy denunciantes, en ningún caso pueden considerarse constitutivas de alcance, ni derivar de ellas responsabilidad contable alguna, habida cuenta que no se denuncia, ni se puede derivar de las irregularidades descritas, la existencia de un menoscabo en los fondos públicos de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de la Comunidad Autónoma de Murcia ni de ningún otro organismo público.

Así, la propia documentación aportada por el denunciante acredita que la Administración ha percibido, según lo pactado, la correspondiente contraprestación económica por parte del adjudicatario de la concesión. La Administración, por tanto, y según se desprende del propio escrito de denuncia, ha recibido las debidas compensaciones económicas por la operación realizada. Y las irregularidades denunciadas referentes a la actuación entre las dos entidades sucesivamente adjudicatarias de la concesión y que, han podido causar un perjuicio a los hoy denunciantes, se incardinan dentro de las relaciones entre entidades estrictamente privadas que no han afectado ni causado un menoscabo al erario público, requisito éste indispensable para la determinación de posibles responsabilidades contables. Por otro lado, la mera expectativa de ganancia, para la Hacienda pública murciana, en el caso de haberse efectuado la adjudicación de la primera concesión a un precio más alto, en ningún caso se puede identificar con un daño emergente. No nos encontramos, pues, ante un perjuicio real y efectivo sufrido en los fondos públicos. Ése sería el supuesto determinante de la responsabilidad contable, cuya naturaleza es la de una responsabilidad de carácter exclusivamente reparatorio de los daños y perjuicios causados a los fondos públicos y que, como tal, tiende a reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido (ver, entre otros, el Auto de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 6 de mayo de 1994 y la Sentencia de 13 de abril de 2005). El hecho de haberse producido una venta posterior a un precio sensiblemente superior al obtenido por la Hacienda autonómica no tiene relevancia a efectos de ofrecer indicios de responsabilidad contable. Tampoco la falta de convocatoria de concurso o subasta para la adjudicación de las obras de ampliación del puerto, autorizadas por la Consejería, reviste, manifiestamente, los caracteres de alcance, dado que, tal omisión, de índole evidentemente formal, no necesariamente conlleva *per se* el menoscabo a los fondos públicos que en el presente supuesto, ni se argumenta, ni siquiera indiciariamente se señala por el ahora recurrente. **Esta posible irregularidad en la contratación de obras es una cuestión que entra, de lleno, en el ámbito de una hipotética revisión por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo**, sin que se detecten –por el hecho de haberse podido vulnerar la normativa que regulaba, en el momento en que se cometieron los hechos, los sistemas de adjudicación previstos en la legislación que regulaba la contratación administrativa– ni siquiera indiciariamente, supuestos de los que entiende esta jurisdicción, por los mismos argumentos que se han puesto de manifiesto en anteriores Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

Y así, los hechos objeto de este recurso, de acuerdo con el repetido artículo 46.2, no reúnen, manifiestamente, los caracteres de alcance. Y ello porque, aunque se hubiera probado, en un eventual proceso contable, la veracidad de todo lo descrito por el denunciante, no nos encontraríamos, en ningún caso, ante ningún tipo de perjuicio económico para los

fondos de la Hacienda autonómica murciana. Todo ello, a la luz de la doctrina de esta Sala, y, especialmente, de sus Autos de 22 de septiembre de 2005 y de 9 de febrero de 2007. Por todo lo anteriormente razonado, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto recurrido en todos sus términos”.

Otro ejemplo lo aporta el **Auto de 1 de diciembre de 2005 de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (JUR 2006\201327)** en grado de apelación por el que se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance núm. C-65/04, autos que fueron fallados en primera instancia por el Consejero de este Tribunal. Se rechaza un recurso de apelación afirmando:

“**SÉPTIMO.** Todo lo razonado con anterioridad conduce a la confirmación del Auto apelado, ya que el mismo decretó la no incoación del procedimiento jurisdiccional tras la preceptiva audiencia de las partes, sin que ninguna solicitara la continuación del procedimiento; además, no se aprecia, en los hechos invocados en este grado de apelación, indicios de existencia de supuesto alguno de responsabilidad contable, bien porque no existieron perjuicios económicos en algunos casos, bien porque las irregularidades fueron meramente formales, o incluso, en algún supuesto, porque, tras la fiscalización efectuada, y como consecuencia de los acuerdos de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, las deficiencias o irregularidades fueron solventadas; y, en fin, en último caso, porque el conocimiento de las irregularidades en la contratación administrativa corresponde a otros órdenes jurisdiccionales distintos del contable”.

H) Improcedencia del archivo de actuaciones por el Tribunal de Cuentas

Interesa el **Auto del TCu de 3 de marzo de 2004 dictado en el Recurso de apelación núm. 69/2003** interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis José G. y B. en nombre y representación de D. Antonio S. G., contra el Auto de 3 de julio de 2003, dictado en el procedimiento de Acción Pública núm. B-3/01, del Ramo de Corporaciones Locales, Madrid.

“**QUINTO.** Que la cuestión que debemos abordar seguidamente, y que constituye la esencia de la presente apelación, es si procede confirmar la resolución dictada por el juez a quo en el sentido de inadmitir el escrito de ejercicio de la acción pública o si, por el contrario, procede anular la misma y continuar, previa devolución, la tramitación del procedimiento de responsabilidad contable correspondiente. En relación con esto último debe decirse que si bien el apelante pide la tramitación del procedimiento previsto para los pagos indebidos, lo que acaba de ser expuesto en el Fundamento de Derecho anterior debe suponer reconducir dicha petición al procedimiento de reintegro por alcance, único que en el presente caso sería susceptible de ser incoado, si en su caso fuera procedente.

El Auto recurrido proclama en su parte dispositiva, en concordancia con lo razonado en el Razonamiento Jurídico Octavo del mismo, que los hechos denunciados no reúnen los requisitos necesarios para generar responsabilidad contable según se establece en los artículos 49 y 72 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por lo que procede inadmitir el escrito de acuerdo a lo previsto en el artículo 56.3 de dicha Ley.

El citado precepto establece que en el caso de que de las actuaciones fiscalizadoras no se desprendieran indicios de responsabilidad, o los que resulten no merecieren la calificación

de contable, o de que en el escrito en que se ejercite la acción no se individualizasen los supuestos de responsabilidad contable con referencia específica a cuentas determinadas, o a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos, se rechazará el escrito de ejercicio de la acción, previo el trámite de audiencia que el propio artículo establece.

Esto es, la vía procesal que ofrece el artículo 56.3 se encuentra prevista para los casos en que los antecedentes considerados carezcan de indicios de responsabilidad contable. Nótese que el legislador habla de ausencia de indicios lo que implica, *a sensu contrario*, que de haber indicios de dicha clase de responsabilidad no resultaría dable acudir a la vía que se contempla en el meritado precepto. También se aplica el artículo 56.3 en los supuestos de que el escrito de ejercicio de la acción carezca del necesario grado de concreción para que las actuaciones deban continuar, lo que *a contrario sensu* supone que la suficiente identificación de los hechos sobre los que se sustenta la pretensión, sin entrar en ese momento a considerar su veracidad, y de los preceptos que pudieran haber sido infringidos, torne en inviable la aplicación del remedio procesal previsto en el susodicho precepto.

La resolución que pudiera dictarse al amparo del artículo 56.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas no estaría facultada, de acuerdo a lo previsto por el legislador, para entrar a conocer y decidir sobre cuestiones de fondo, esto es, sobre si existe o no responsabilidad contable en determinados hechos y sobre quienes pudieran ser o no ser responsables contables, sino que, tal como esta Sala ha mantenido de manera constante, dicha vía procesal está orientada a evitar que prosperen intentos frívolos y carentes de fundamentación de promover juicios de responsabilidad contable. Abre dicho precepto la posibilidad de enervar las actuaciones en los casos en que la intrascendencia de los hechos en el campo de la responsabilidad contable o la inverosimilitud de los mismos torne en manifiestamente estéril la continuación del proceso, haciéndose así primar sobre el legítimo derecho de ejercicio de la acción el objetivo de no perturbar el orden jurídico, situación que se provocaría si se promoviese la actuación de los tribunales en contiendas procesales carentes a todas luces de fundamento o se hiciese soportar a cualquier ciudadano las molestias o inconvenientes de ser objeto de una acción procesal de manifiesta inviabilidad.

Siendo la antedicha solución procesal una singular alteración en la jerarquía de los valores constitucionalmente protegibles, en la medida en que el derecho de los ciudadanos a promover la acción de la justicia en defensa de sus intereses cedería frente a los principios de buena fe y economía procesal, esta Sala de Justicia ha interpretado con cautela y en sentido restrictivo dicho artículo 56.3, respaldando su aplicación sólo para aquellos supuestos en los que se produzca la situación que literalmente recoge la Ley, esto es, ausencia de indicios de responsabilidad contable o palmaria vaguedad o inconcreción del escrito de ejercicio de la acción. Para el resto de los supuestos esta Sala ha propugnado la prevalencia del principio *pro actione* o del *favor actionis*, habilitando así la posibilidad de que pueda abrirse un procedimiento judicial en el que las partes expongan sus pretensiones, propongan y utilicen los medios de prueba de que dispongan, y obtengan finalmente del juez una respuesta debidamente razonada y motivada que resuelva el fondo de la contienda. Cualquier resolución que al amparo del artículo 56.3 de la Ley 7/1988 excediera el terreno de lo que es una mera valoración indiciaria de los hechos considerados y entrara a resolver cuestiones que sólo deben serlo mediante una sentencia que ponga fin al proceso resolviendo todas las cuestiones planteadas, sería contraria al ordenamiento jurídico en la medida que evitaría el proceso resolviendo anticipadamente las pretensiones que en el mismo pudieran plantearse, defenderse y dilucidarse con las garantías y las posibilidades que un procedimiento declarativo ofrece. Con las reflexiones anteriores en mente

debe afirmarse que el Auto recurrido excede los límites permitidos por el artículo 56.3 de la Ley de 5 de abril de 1988, puesto que tanto en su Razonamiento Jurídico Octavo como en su Parte Dispositiva afirma que los hechos denunciados no son constitutivos de un presunto alcance y que los mismos no reúnen los requisitos establecidos en los artículos 49 y 72 de dicha Ley para generar responsabilidad contable, esto es, no se limita a valorar si los hechos controvertidos contienen o no indicios de responsabilidad contable, sino que resuelve la cuestión de fondo planteada por el actor público declarando la inexistencia de dicha clase de responsabilidad en los mismos.

(...) Por tanto, si bien esta Sala no puede entrar en valoraciones del fondo pues no ha habido aún juicio en primera instancia, si debe por el contrario considerar que los hechos objeto de la acción pública contienen suficientes indicios de responsabilidad contable, no siendo susceptible de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 56.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

SÉPTIMO. Que a la vista de lo expuesto solo cabe concluir que en el presente caso no nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 56.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de ausencia de indicios de responsabilidad contable, sino que considerando los antecedentes obrantes en Autos procede en aras del principio de tutela judicial efectiva y del *pro actione* acordar la incoación del juicio contable, abriéndose la posibilidad de que puedan formalmente ejercitarse las acciones que correspondan y poder así llegarse en su día a obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Todo ello debe llevar consigo la estimación del recurso y la revocación del Auto recurrido, sin que proceda la imposición de costas a la vista del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aplicable al presente recurso.

En su virtud vista la normativa citada y los preceptos de general aplicación

III. FALLO

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Luis G. y B., en nombre y representación de D. Antonio S. G., contra el Auto de 3 de julio de 2003 dictado por el Consejero de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, el cual se revoca en su integridad, acordándose la devolución de actuaciones a dicho Departamento a fin de que se proceda a la incoación del correspondiente juicio de responsabilidad contable. Sin costas”.

I) Improcedencia del enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas por ser competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

Así, en la Sentencia (STCu) núm. 13/2000, de 2 de octubre de 2000, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (en apelación en relación con los autos del procedimiento de reintegro por alcance núm. 91/97, del ramo de Corporaciones Locales, contra la Sentencia de 26 de octubre de 1999, dictada en primera instancia por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas...) reconoce que el Tribunal de Cuentas no puede entender del caso si hubiera sido competente para su enjuiciamiento la jurisdicción contencioso-administrativa:

“En relación con la pretensión planteada por el apelante Sr. ..., sobre nulidad de su nombramiento como Interventor del Ayuntamiento susodicho, hoy parte apelada, debe considerarse que se solicita de este Tribunal de Cuentas la revisión de un acto administrativo sometido al ordenamiento jurídico regulador del de las Administraciones Públicas, preten-

sión revisora que el artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 10 de julio de 1998, atribuye al conocimiento de los Juzgados y Tribunales integrados en este orden jurisdiccional, y que, por tanto, el artículo 16.b) de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982, excluye del ámbito de la jurisdicción contable. En virtud de lo expuesto, debe declararse la falta de jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse sobre la petición de nulidad del referido acto administrativo de nombramiento del referido apelante para tal cargo, por lo que no resulta posible a este órgano dar respuesta al planteamiento formulado por el mismo”.

J) Precisión de los sujetos que pueden ser responsables en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Cuentas

Interesa la Sentencia núm. 14 de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación núm. 3/2004, interpuesto contra la sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/1999, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid. Interesa en concreto la doctrina de la sentencia recurrida que la Sala considera válida.

“Conforme al artículo 2.b) de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982, el enjuiciamiento de la responsabilidad contable de **aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos** corresponde al Tribunal de Cuentas, señalándose en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento de 5 de abril de 1988, que las pretensiones de responsabilidad contable son predicables de cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. Por lo tanto, sólo pueden ser sujetos de responsabilidad contable **aquellos que tengan la condición de gestores de fondos públicos**, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

En relación con lo expuesto, la Sentencia de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 29 de julio de 1992 señala que pueden ser sujetos de responsabilidad contable, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la aludida Ley Orgánica del Tribunal, no cualquier persona, sino, solamente, **‘quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos’**, ya que de lo contrario la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública perjudicada, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales.

A mayor abundamiento, el artículo 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra ‘... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...’, debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos, sino también a todos aquellos que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores públicos. Dicha interpretación aparece, además, corroborada por los artículos 39 y siguientes de la propia Ley, en cuanto recogen como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

En el presente caso, la demanda interpuesta por D. Ángel A. N. se dirige contra D.ª Matilde M. y S., D. Aquiles A. M., D. Gregorio G. I., D.ª. Nieves F. C. y D. Arturo G. P., todos ellos en su

condición de alcaldes del Ayuntamiento cuando sucedieron los hechos. Asimismo se dirige contra los concejales D. Francisco C. P., D. Francisco S. de P., D. Arturo G. P., D. José María de la M. A. y D. Francisco A. de la J., y por último contra D. Manuel A. B., como Secretario del Ayuntamiento, y D.^a Blanca G. G. en su condición de Interventora de la corporación. La demanda interpuesta contra los anteriormente citados tiene por finalidad el reintegro de las cantidades abonadas al Secretario de la Corporación así como a D. Francisco A. de la J.

Para poder atribuir a los demandados la condición de gestores de caudales o efectos públicos y, por lo tanto, la condición de legitimados pasivos, es necesario, conforme a lo señalado anteriormente, analizar las distintas fases que componen la ordenación del gasto y del pago, así como la intervención de los demandados en las mismas. En este sentido, los artículos 165 y siguientes de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, y los artículos 52 y siguientes del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo I del Título VI de la LRHL en materia de presupuestos, establecen que la gestión de los gastos de las Entidades Locales se realizará a través de las fases de autorización del gasto, disposición o compromiso, reconocimiento y liquidación de la obligación, y ordenación del pago, siendo las mismas competencia del Alcalde-Presidente de la entidad, quien ostenta la condición de Ordenador del gasto y del pago de la Corporación que preside, conforme a lo dispuesto el artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Asimismo, en los artículos 194 y siguientes de la Ley de Haciendas Locales se regula la función de intervención, y en los artículos 175 y siguientes la de tesorería de las entidades locales, también regulada en el Real Decreto 1174/1987, por el que se establece el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

De los citados preceptos se deduce que una vez autorizado, comprometido, reconocido y liquidado el gasto, y ordenado el pago correspondiente por el Alcalde-Presidente de la entidad local, le corresponde al interventor la fiscalización o intervención previa del acto o expediente que dé lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, así como la intervención formal de la ordenación del pago y la intervención material del pago.

En consonancia con lo anterior, el artículo 169 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que los Ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los Interventores de las Entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente.

En el mismo sentido, y con carácter general, se pronuncia el artículo 142, párrafo 1º, del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria al establecer que: 'Están sujetos a la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública, además de las autoridades y funcionarios que adopten la resolución o realicen el acto determinante de aquélla, los Interventores y ordenadores de pagos con dolo, culpa, negligencia o ignorancia inexcusable, que no hayan salvado su actuación en el respectivo expediente, mediante observación escrita acerca de la improcedencia o ilegalidad del acto o resolución.'

A la vista de la normativa expuesta, resulta patente que en el proceso de disposición de fondos públicos corresponde al ordenador del gasto y al ordenador del pago la función directiva y ejecutiva en materia de contracción y reconocimiento de obligaciones, así como de impulso del proceso de satisfacción de las mismas, teniendo el interventor la

responsabilidad de controlar que tanto los gastos como los pagos ordenados se ajustan a la legalidad aplicable, pudiendo en el ejercicio de sus funciones presentar las notas de reparo que en su caso procedan, tratando de evitar que en el ciclo presupuestario se produzca cualquier clase de infracción normativa.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, de las personas demandadas por D. Ángel A. N., sólo los que lo fueron en cuanto a alcaldes o interventores del Ayuntamiento pueden ostentar la condición de legitimados pasivos en el presente procedimiento, no así los otros demandados, D. Francisco C. P., D. Francisco S. de P., D. José María de la M. A., D. Francisco A. de la J. y D. Manuel A. B., ya que los mismos ni intervinieron en la ordenación del gasto, ni en la ordenación del pago de las cantidades a que se refiere el presente procedimiento, ni tenían la condición de interventores o tesoreros del Ayuntamiento, únicas personas que podrían tener la condición de demandados, en cuanto que como claveros del Ayuntamiento estaban encargados de la gestión y manejo de sus fondos. Por lo tanto, el examen de las pretensiones del demandante deben quedar circunscritas a las posibles responsabilidades en que hubieran podido incurrir D.^a Matilde M. y S., D. Aquiles A. M., D. Gregorio G. I., D.^a Nieves F. C., D. Arturo G. P. y D.^a Blanca G. G., en su condición de alcaldes del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, y la última al haber ostentado el cargo de Interventora cuando sucedieron los hechos. Respecto de D. Arturo G. P. no sólo por los hechos acaecidos cuando era Alcalde del Ayuntamiento, sino también cuando ostentaba el cargo de concejal y fuesen posteriores al 21 de diciembre de 1995, en cuanto que con dicha fecha le fue delegada por el Alcalde la función de ordenación del pago y mientras dicha delegación duró”.

K) Prescripción en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Cuentas

Interesa la Sentencia núm. 14 de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 3/2004, interpuesto contra la sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid. Interesa en concreto la doctrina de la sentencia recurrida que la Sala considera válida.

“SÉPTIMO. Antes de entrar a conocer sobre el fondo del asunto, debemos pronunciarnos, con carácter previo, sobre la excepción de prescripción planteada por los demandados.

El fundamento de la prescripción extintiva de los derechos y acciones debe buscarse en la necesidad de acotar la incertidumbre jurídica que produce la inactividad, el silencio o el no ejercicio del derecho de una manera prolongada en el tiempo (SSTS de 22 de diciembre de 1950, 5 de julio de 1957 y 26 de abril de 1982). Es pues, la obligación de dotar de certeza a las relaciones jurídicas y, por tanto, de ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos, la verdadera razón que justifica la existencia de esta institución jurídica, aun a costa de ciertos resultados concretos injustos.

La apreciación de si cualquier acción general ha prescrito debe formularse a la vista de tres parámetros fundamentales, a saber, el plazo máximo señalado por la Ley para que la acción se ejercite, el momento en el que debe iniciarse el cómputo de dicho plazo perentorio, y, finalmente, los posibles acontecimientos a los que la legislación concede virtualidad interruptiva del plazo de prescripción, bien entendido, respecto de este último, que la interrupción de la prescripción supone de facto el inicio del cómputo del plazo completo de ejercicio de la acción, haciendo jurídicamente ineficaz el tiempo transcurrido desde que pudo ejercitarse la acción hasta que acontece el evento con fuerza interruptiva, diferenciándose en este particular el instituto de la prescripción del instituto de la caducidad de la acción.

En el ámbito de la responsabilidad contable los tres parámetros definidores de la posible prescripción de dicho tipo de pretensiones nos vienen dados por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. El párrafo 1º de dicho precepto establece que las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos que las originen.

Respecto a las causas de interrupción, el apartado 3 de la repetida Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, establece que ‘el plazo de prescripción se interrumpirá desde que se hubiere iniciado cualquier actuación fiscalizadora; procedimiento fiscalizador disciplinario o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable, y volverá a correr de nuevo desde que dichas actuaciones o procedimientos se paralicen o terminen sin declaración de responsabilidad’.

Son también razones de seguridad jurídica las que exigen que las posibles causas de interrupción figuren predeterminadas y tasadas en la Ley, e, igualmente, que su concurrencia se produzca con conocimiento formal del interesado. Sobre este último aspecto, a pesar del silencio de la Ley de Funcionamiento, es regla en nuestro derecho (así, artículo 132 de la Ley 30/1992, y artículo 66 de la Ley General Tributaria) su exigencia, y en este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Apelación con ocasión de la sentencia 5/1996, de 26 de febrero.

Así, pues, la incoación con conocimiento formal del interesado de un expediente o actuación, cualquiera que sea su naturaleza, que tenga por objeto hechos determinantes de la responsabilidad contable, producirá la interrupción del plazo de prescripción. Y, desde este mismo planteamiento, la iniciación de las actuaciones previas contempladas en los artículos 45, 46 y 47 de nuestra Ley de Funcionamiento, debidamente notificada a los interesados en su condición de tales interesados, interrumpirá el plazo ordinario de prescripción que, sin embargo, volverá a reanudarse cuando finalicen sin declaración de responsabilidad o cuando se encuentren paralizadas. Y es de significar, con relación a este último extremo, y de conformidad con la más moderna jurisprudencia –entre otras, Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1995 y 17 de mayo de 1996– y con la doctrina de la Sala de Apelación de este Tribunal –Sentencias de 26 de febrero de 1996 y 24 de julio de 1997, y Auto de 25 de marzo de 1998–, que la interrupción del plazo de prescripción tiene lugar no sólo en los casos de inactividad absoluta, sino también en los supuestos de producción de actos de trámite sin la necesaria exteriorización de los mismos, de tal suerte que para que los hechos interruptivos de la prescripción desplieguen sus efectos jurídicos es preciso, con base en el principio constitucional de seguridad jurídica, la pertinente notificación a los interesados.

En el presente caso, los hechos a que se refiere el ejercitante de la acción pública en su escrito de demanda abarcan desde 1986 al año 2000, en el caso de los referidos al Secretario, y desde 1997 a 1999 en el de los pagos realizados al Concejal D. Francisco A. de la J., siendo, por lo tanto, a partir de cada uno de esos años, y por las cantidades percibidas en ellos, cuando se inicia el cómputo del plazo de prescripción, y por lo tanto el que debe considerarse como *dies a quo*.

En cuanto a la interrupción del plazo de prescripción, si bien es verdad que el inicio de las actuaciones en este Tribunal tiene su origen en el escrito de D. Ángel A. N. de 5 de mayo de 1998, por el que ejercitaba la acción pública de responsabilidad contable, los

demandados no tuvieron conocimiento formal de la tramitación de las presentes actuaciones a que el mismo dio origen hasta que se les notificó la providencia de 6 de marzo de 2001, por la que se les emplazó para que compareciesen en las actuaciones, dándoles traslado de la demanda presentada, debiendo, por lo tanto, considerarse interrumpida la prescripción desde la notificación a los demandados de la citada resolución, salvo que se hubieren personado en las actuaciones con anterioridad, en cuyo caso debe tomarse dicha fecha a los efectos correspondientes, debiendo declararse, en consecuencia, prescritas las responsabilidades contables que se hubieren podido producir más allá de los cinco años anteriores a dichas fechas.

Por lo tanto, procede estimar parcialmente, conforme a lo señalado anteriormente, la excepción de prescripción planteada por los demandados respecto de los hechos anteriormente descritos, y en concreto declarar prescritas las posibles responsabilidades en que pudieran haber incurrido D.^a Matilde M. y S., D. Aquiles A. M. y D. Gregorio G. I. en su condición de Alcaldes del citado Ayuntamiento, al haber cesado en sus cargos respectivamente en los años 1987, 1990 y 1991, habiendo transcurrido, por lo tanto, más de cinco años entre dichos ceses y la notificación de la providencia de 6 de marzo de 2001, quedando circunscrita la exigencia de posibles responsabilidades contables a D.^a Nieves F. C. por los hechos acaecidos desde el 19 de marzo de 1996 hasta su cese como Alcaldesa; a D. Arturo G. P. por los hechos acaecidos desde el 29 de marzo de 1996; y a D.^a Blanca G. G. por los acaecidos desde el 20 de marzo de 1996, es decir, por aquellos hechos producidos en los cinco años anteriores a la notificación de la providencia de 6 de marzo de 2001 en el caso de D.^a Nieves F. C. y D.^a Blanca G. G., notificación que se llevó a cabo, respectivamente, el 19 y 20 de marzo de 2001, y en el caso de D. Arturo G. P., a contar desde el 29 de marzo de 2001, fecha en que su representante legal se personó en las actuaciones, y que es anterior a aquella en que se le notificó la providencia anteriormente citada”.

L) Improcedencia de reproducir en sede de apelación las alegaciones efectuadas en primera instancia

Interesa la Sentencia núm. 15/2008, dictada en el recurso de apelación 1/2007, interpuesto contra la sentencia de 4 de julio de 2006, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-101/02, del ramo de Corporaciones Locales (Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, SL), Málaga (Marbella):

“Sobre la técnica utilizada por estos dos recurrentes consistente en reproducir en sede de apelación las alegaciones efectuadas en primera instancia, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, Sentencia de 4 de febrero de 2004), tiene declarado que la misma no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable (así se habían pronunciado tanto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: Sentencias de 13 de noviembre de 1991 y de 20 de junio de 1990), como la de la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (sentencia de 24 de febrero de 1994 ...), ya que la segunda instancia responde a la necesidad de depuración de los resultados ofrecidos por la primera, en cuanto que la pretensión versa o tiene por objeto la impugnación de la resolución jurisdiccional o sentencia dictada por el órgano judicial a quo, y, por ello, exige que los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar en virtud de un juicio crítico racional la argumentación jurídica que sirva de soporte a la resolución impugnada, dado que ésta debió tener en cuenta –y en general así ocurre– los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición”.

En todo caso, las Actas de Liquidación provisional practicadas por los Delegados Instructores son apelables (Auto del Tcu de 14 de junio de 2002, que resuelve el recurso promovido al

amparo del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, declarando un presunto alcance).

M) Importancia de la prueba

Interesa igualmente la Sentencia núm. 15/2008, dictada en el recurso de apelación 1/2007, interpuesto contra la sentencia de 4 de julio de 2006, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-101/02, del ramo de Corporaciones Locales (Control de Limpieza, Abastecimiento y Suministros 2000, SL), Málaga (Marbella):

“Respecto a la prueba practicada en primera instancia, no se ha aportado ningún elemento valorativo que altere la calificación jurídica de los hechos probados como alcance de fondos públicos, en los términos en que ya se ha señalado en esta resolución, limitándose los recurrentes, también en esta cuestión de fondo, a reproducir los alegatos y razonamientos ya esgrimidos en aquella instancia; al no existir ningún otro soporte documental o justificación distinta a la aportada en dicha instancia procesal, no cabe sino ratificar, también, respecto a este extremo, los razonamientos y calificaciones de los hechos realizados por el juzgador de instancia, concluyendo, en consecuencia, que el ilícito contable producido es susceptible de ser incardinado en la figura jurídica del alcance de fondos públicos, y, en consecuencia, así debe ser calificado el mismo”.

N) Criterios legales, jurisprudenciales sobre la remuneración a electos locales y su control por el Tribunal de Cuentas y la jurisdicción contencioso-administrativa

En materia retributiva de cargos electos locales el punto de partida puede situarse en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley de Bases de Régimen Local, capítulo V (“Estatuto de los miembros de las Corporaciones locales” dentro del Título V, Disposiciones comunes a las entidades locales), artículo 75:

“1. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 14), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

2. Los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior. Dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las

Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

Los miembros de las Corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo.

3. Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma.

4. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

5. Las Corporaciones locales consignarán en sus presupuestos las retribuciones, indemnizaciones y asistencias a que se hace referencia en los cuatro números anteriores, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. Deberán publicarse íntegramente en el “Boletín Oficial” de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial”.

Ñ) La jurisprudencia del TS que afirma que la indemnización comprende también “la compensación de la prestación de un cargo municipal”, en el marco de una ratio de razonabilidad y del presupuesto legal del artículo 75 de la LBRL 7/1985

Es preciso profundizar en esta cuestión aludiendo a las fuentes normativas aplicables, de lo que concluiremos que el artículo 75 de la LBRL es la regulación clave actualmente en la materia, considerando la evolución normativa, por un lado, y el ROF, por otro lado.

Interesa la STS de 13 de diciembre de 2000. Según el TS, “en la materia ha habido distinta normativa, más restringida la primera, **Real Decreto 1531/1979** que sólo autorizaba a los miembros de las Corporaciones Locales a percibir gastos de representación y dietas por la asistencia a sesiones del Pleno, Comisión Permanente y Comisiones Informativas, y más liberalizadora la segunda, la hoy vigente **Ley 7/1985**, que en su artículo 75, además de permitir las retribuciones por dedicación exclusiva de algunos miembros de la Corporación, dispone que los ‘miembros de las Corporaciones Locales podrán percibir indemnizaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el Pleno de la Corporación’; si bien todo ello con un límite global, que en la actualidad es del uno por ciento del presupuesto según refiere la sentencia recurrida”. Es de significar, también, que el principio de jerarquía normativa, exige e impone, de una parte, la prevalencia de las previsiones de la Ley 7/1985 sobre las del **Real Decreto 2568/1986 (ROF)** citado, y de otra, que si el citado Real Decreto trata de desarrollar en su

artículo 13 las previsiones de la Ley en su artículo 75, en ningún caso se puede entender por aplicación de uno y otro precepto, que el artículo 13 citado restringe o limita las previsiones que la Ley ha hecho en su artículo 75”.

“Pues bien, a la luz de todo lo anterior, se puede y debe entender, que el concepto de indemnización a que se refiere el artículo 75 de la Ley 7/1985 no se agota con las indemnizaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto, de una parte, porque como se ha visto la norma de inferior jerarquía que trata de desarrollar una Ley no puede alterar o restringir su contenido, y de otra, principalmente porque mientras la Ley, en su artículo 75, habla con generalidad y sin ninguna limitación de indemnización el Real Decreto se refiere a indemnizaciones por gastos, y es sabido que la indemnización por estar destinada, tanto en su significado gramatical, usual o jurídico a resarcir un daño o perjuicio, este daño o perjuicio, *tanto puede venir, por un gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, como, en fin, por la ‘pérdida’ o dedicación de un tiempo a una actividad cuando se podía haber dedicado a otra actividad particular. De lo que fácilmente se puede inferir que la indemnización por gasto realizado, a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 2568/1986, no agota ni con mucho el concepto genérico y sin concreción alguna que de indemnización refiere la Ley 7/85*”.

“SEXTO. A la vista de lo anterior y como las indemnizaciones fijadas a los miembros de la Corporación y que se han impugnado en la litis lo son, unas, por mayor dedicación al cargo y responsabilidad, y otras, por dedicación parcial, y esa mayor dedicación y responsabilidad, se deduce sin mayor análisis y notoriamente de los propios cargos a que las mismas se refiere, y como en fin unas y otras se han fijado en unos términos razonables y sin superar el límite global al efecto establecido, no se puede aceptar por todo ello, que la sentencia recurrida haya infringido, al declarar ajustado a Derecho el acuerdo que tales indemnizaciones dispone, ni la Ley ni la jurisprudencia que se cita; pues, de una parte, esas indemnizaciones se ajustan al contenido expreso de la Ley 7/1985, artículo 75, que habla de la indemnización que acuerde el Pleno; de otra, no resultan afectadas por lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto 2568/1986, pues el tal precepto se refiere a las indemnizaciones por gasto que no son las fijadas por el acuerdo impugnado y en fin, esa asignación de indemnizaciones es conforme con la propia doctrina de esta Sala, en particular la Sentencia de 12 de febrero de 1991, que si bien proscribía las indemnizaciones sustentadas en un criterio de representatividad política y sin base en actividades concretas, por contrario imperio admite las sustentadas en actividades concretas y en el mayor trabajo o dedicación a la actividad municipal y ése es precisamente el supuesto de autos, en el que las indemnizaciones se otorgan por razón de la dedicación al cargo y por la mayor actividad y funciones que, respecto a los demás Concejales, obviamente han de desempeñar los Presidentes de Comisiones, Portavoces, Alcalde, etc., y por las funciones especiales que a determinados cargos incumben, máxime cuando ese régimen de retribución se hizo, según muestran las actuaciones, valorando las necesidades de la Corporación y las posibilidades económicas. Sin olvidar, respecto a los Alcaldes, que si los mismos por previsión de la Ley del Real Decreto citados, pueden percibir, por razón de su cargo, retribución por dedicación exclusiva, no hay obstáculo en admitir que la puedan percibir por dedicación parcial, siempre que ésta sea razonable, pues además la dedicación exclusiva, según las propias previsiones de la norma, no se puede imponer, al exigir la aceptación del interesado, Art. 13 núm. 4 del Real Decreto 2568/1986. Y sin que por último afecte a lo anterior el contenido de la sentencia citada por la parte recurrente

de 30 de abril de 1990, pues la misma valora un supuesto de retribución regido por la norma anterior y no por la aquí vigente Ley 7/1985, que como se ha expuesto altera y liberaliza en parte el régimen anterior”. “Quienes no ejerzan sus cargos en régimen de dedicación exclusiva podrán percibir indemnizaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el pleno de la Corporación”.

Significativo de la **STS de 13 de diciembre de 2000** (Id Cendoj: 28079130042000100666. recurso: 3526/1995) es que, primero, se refiere a un caso en que se dilucida si son legales compensaciones económicas a favor de cargos electos **sin régimen de dedicación exclusiva** (es decir, si el presupuesto de la Corporación podría fijar indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante, a percibir por los miembros de la misma que ejerzan responsabilidades de gestión y eventualmente otros Concejales con dedicación cualificada a los que no se haya reconocido dedicación exclusiva”).

Segundo, es significativo evidenciar que el argumento de la sentencia recurrida y casada era el de que, “si bien no existe inconveniente en que el Reglamento Orgánico Municipal fije una indemnización en el sentido expresado, no es menos cierto que el derecho a recibirla ha de estar condicionado en todo caso a que se acredite la realidad del daño emergente o lucro cesante en cada supuesto concreto, debiendo anularse el acuerdo combatido por cuanto supone otorgar una asignación fija y periódica en su vencimiento, desde el momento en que basta para su percibo acreditar el número de horas dedicadas, y no la existencia del daño emergente o lucro cesante”.

En cambio, para la parte recurrente en casación, “se viene a corroborar la inexistencia de cualquier concepto retributivo fijo y periódico que pudiese equipararse a una remuneración de tipo invariable, similar a un sueldo reconocido como compensación al mero ejercicio del cargo de Concejál, vetada por el sentido del artículo 13.5 del Reglamento de 1986 y la doctrina de esta Sala (Sentencias de 14 de octubre de 1997 y 20 de diciembre de 1999, entre las más recientes).

Pues bien, para el TS es conforme a Derecho “la indemnización de 2.100 pesetas por hora de dedicación, fijada en el acuerdo de 3 de diciembre de 1992, (que) puede ser considerada como remuneración por el perjuicio económico inferido a los Concejales-Delegados no sometidos a dedicación exclusiva, siquiera, para su percibo, no sea necesario acreditar la existencia de ese perjuicio económico en el caso concreto” porque ha de afirmarse “la legitimidad de las compensaciones económicas que acuerde el Pleno de la Corporación por la mayor dedicación y asunción de responsabilidades que supone el desempeño de actividades de gestión sobreañadidas al simple cargo de Concejál, ya que entonces su abono obedece a la realización de esas actividades extraordinarias, que precisamente en el caso de los Concejales-Delegados posibilitan el artículo 21 de la Ley de Bases y 43 del RD 2568/86 (Sentencia de esta misma Sala de 18 de enero de 2.000). La mayor dedicación que ello implica justifica el otorgamiento de la indemnización como compensación a la pérdida del eventual beneficio económico que podría reportar la realización de otras actividades de índole particular, sin que ello signifique que haya de dejar de ponderarse la cuantía de la compensación otorgada (...)”.

En términos similares se mueve la **STS de 10 de julio de 2000** (recurso de casación 7791/1994) cuando estima el recurso de casación interpuesto:

“**TERCERO.** La sentencia de instancia no parece seguir el criterio interpretativo expuesto porque hace derivar del artículo 13.6 ROF que los miembros de las Corporaciones que no

tengan dedicación exclusiva sólo pueden percibir ‘asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte en la cuantía que señale el Pleno’, sin admitir que éste, **en uso de la autonomía local, pueda fijar otra clase de indemnización que corresponda al concepto antes expuesto** y que respete, además de las exigencias formales en la adopción del acuerdo plenario, los límites materiales relacionados en el anterior fundamento jurídico. Por ello, ha de casarse la sentencia y, resolviendo lo pertinente, dentro de los términos del debate procesal, como exige el artículo 102.1.3º LJCA, ha de distinguirse:

1º) El apartado d) y el inciso del apartado h) del punto 7º del acuerdo plenario del Ayuntamiento que fue impugnado en instancia, que se refieren a la **percepción de 50.000 pesetas mensuales por los corporativos que tuvieran otorgada alguna delegación, y que, pudiéndose considerar como indemnización de la mayor dedicación que comporta el desempeño del específico cargo, puede entenderse que se adoptó, en el ejercicio de la autonomía local, dentro de los límites establecidos en el artículo 75 LBRL, y que por ello se ajustan al ordenamiento jurídico.**

2º) El apartado e) relativo a determinadas percepciones de los grupos políticos, sin embargo, debe entenderse que establece una forma de financiación de los grupos políticos, constituidos por los miembros de la Corporación conforme al artículo 23 ROF, que no tiene cobertura legal en la LRBRL, ni en el ROF, y que no puede ampararse en el ámbito de la autonomía local. Dichas normas no prevén una subvención o forma asimilada de financiación que se traduzca en percepciones de cantidades fijas y mensuales, según el número de miembros con alguna delegación. Percepciones que tampoco pueden encuadrarse en la previsión del artículo 27 ROF porque, como tuvimos ocasión de recordar en sentencia de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7792), se refiere a que los grupos municipales, en la medida de las posibilidades, puedan disponer de un despacho o local, en sede de la entidad local, y también, en la medida de las posibilidades, de una infraestructura mínima de medios personales y materiales, pero no da cobertura a percepciones fijas por dichos grupos como las que contempla el apartado del acuerdo que se analiza.

CUARTO. Las razones expuestas justifican que, acogiendo el motivo de casación aducido, se case la sentencia de instancia impugnada, y, resolviendo lo procedente, se estime sólo parcialmente el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto, declarando válido el apartado d) y el inciso del apartado h) “y la percepción de 50.000 pesetas mensuales” del punto 7º del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almuñécar, de fecha 6 de julio de 1991, anulando, por el contrario, el apartado e) del mismo acuerdo; sin que, conforme al artículo 102.2 LJCA, se aprecien circunstancias para la imposición de las costas causadas en primera instancia, debiendo abonar la recurrente las costas por ella causada en este recurso”.

0) Régimen jurídico de dietas e indemnizaciones por desplazamientos

Las afirmaciones del texto pueden completarse con una serie de reglas que se deducen del trabajo de M.E. SERRANO FERRER, “Las Remuneraciones de los Miembros de las Corporaciones Locales”, en: www.administracionpublica.com, de 9 de agosto de 2007):

1. “El Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, es de aplicación ‘al personal al servicio de las Corporaciones Locales, tal y como prevé su legislación específica’”.

2. “Y en relación con las cuantías establecidas en esta norma tenemos que diferenciar el régimen de funcionarios y el del personal electivo. En relación con los primeros, la Corporación se tiene que limitar a aplicar la Ley sin poder introducir modificaciones. Sin embargo, respecto del personal electo, las normas de aplicación general para las Administraciones Públicas se complementarán con las aprobadas por el Pleno, por lo que nada impide que al aprobarse las retribuciones, indemnizaciones y asistencias se fijen cuantías o condiciones distintas.

3. No obstante, debe guardarse la debida proporcionalidad y responder a criterios razonables, recomendando que estas indemnizaciones, referidas a dietas de manutención, alojamiento y gastos de viaje, se atengan a lo regulado con carácter general para la Administración del Estado en la normativa antes citada, siendo suficiente que en las **bases de ejecución del presupuesto o en acuerdo** del Pleno se diga que estas indemnizaciones en su cuantía y regulación serán las fijadas en la citada normativa, asimilando a los miembros de la Corporación a uno de los Grupos del Anexo I del Real Decreto 462/2002. Nada impide que a través de la propia autorregulación del órgano plenario, se establezca el régimen general de indemnizaciones por razón del servicio que para los funcionarios recoge el Real Decreto 462/2002, contemplando expresamente el grupo a que se asimilan los miembros de la Corporación a efectos de percepción de dietas”.

4. En el caso de que el Pleno Corporativo no adopte acuerdo alguno al respecto, caben dos posibilidades de dar cumplimiento al artículo 13 del ROF en cuanto a indemnización a los Corporativos: 1) Indemnizar por el importe realmente gastado y justificado. 2) Considerar de aplicación con carácter supletorio el Real Decreto 462/2002”.

5. “Sin embargo, se destaca la conveniencia de proceder a la regulación de esta materia en Pleno, dada su importancia y trascendencia”.

6. “El TS en Sentencia de 20 de diciembre de 1999 nos recuerda que ‘el legislador y el titular de la potestad reglamentaria han dotado a las Corporaciones Locales de un margen de libertad para remunerar a sus miembros, libertad que no puede entenderse como absoluta sino limitada a los términos genéricos de las normas jurídicas de carácter general’. El régimen de retribuciones de los Corporativos será, pues, el que expresamente apruebe el Pleno de la Corporación, respetando las normas comentadas. La aprobación por el Pleno puede realizarse a través de la aprobación de una norma de carácter reglamentario, que puede ser el propio Reglamento Orgánico. También se pueden incluir disposiciones de esta naturaleza en las **Bases de Ejecución del Presupuesto Anual**, Bases que de acuerdo con el artículo 9 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, contendrán cuantas disposiciones se consideren necesarias para una acertada gestión, estableciendo cuantas prevenciones se consideren oportunas o convenientes para la mejor realización de los gastos. También puede el Pleno adoptar acuerdo de aprobación del régimen de indemnizaciones de los Corporativos, acuerdo que exigirá mayoría simple, sin necesidad de que este acuerdo deba revestir un carácter reglamentario. Pero en este caso habrá que actuar con mucha cautela porque supone en definitiva una excepción a su aprobación por medio de Reglamento Orgánico o Bases de Ejecución del Presupuesto anual y habrá que tener en cuenta que siempre deberá existir crédito presupuestario suficiente y este solamente puede existir si se incluye en el presupuesto (inicial o modificado), que, necesariamente, tiene que aprobar el Pleno. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1995 referente a asignaciones económicas por asistencia a órganos colegiados de que formen parte los miembros de la Corporación, en síntesis viene a decir que la asignación de diferentes cantidades como dietas por la asistencia a los órganos colegiados (Alcalde, Tenientes de Alcalde y concejales de área o Presidentes de Comisiones Informativas y demás concejales)

es contraria a Derecho por contravenir el artículo 13.6 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Porque, como señala el Tribunal, la asistencia no supone necesariamente mayor trabajo por la preparación de las sesiones para quien ejerce cargos de mayor responsabilidad, pues la conducta exigible de los miembros de la Corporación, tanto los que forman parte del equipo de gobierno municipal como los demás, es una diligencia extrema en el estudio de los asuntos examinados por los órganos colegiados. En la actualidad puede reconocerse, como se ha indicado, dedicación exclusiva o parcial, si el contenido de sus tareas así lo demanda para remunerar en mayor cantidad a unos concejales que a otros”.

P) En particular, la regulación de la indemnización por kilometraje

Según artículo 1 de la Orden EHA/3770/2005, de 1 diciembre, la cual “se actualiza el importe de la indemnización a percibir como gasto de viaje por el uso de vehículo particular en comisión de servicio, prevista en el artículo 18.1 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, que queda fijado en 0,19 euros por kilómetro recorrido por el uso de automóviles y en 0,078 euros por el de motocicletas”. Sin embargo, como ya nos consta, respecto del personal electo, las normas de aplicación general de las Administraciones Públicas pueden complementarse con las aprobadas por el Pleno, por lo que nada impide que al aprobarse las retribuciones, indemnizaciones y asistencias se fijen cuantías o condiciones distintas.

Q) Las dietas y gastos de desplazamiento en las sentencias del Tribunal de Cuentas

A efectos prácticos, conviene observar cómo esta regulación sobre dietas se ha aplicado por el Tribunal de Cuentas. Así, en la Sentencia (STCu) núm. 13/2000, de 2 de octubre de 2000, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (en apelación en relación con los autos del procedimiento de reintegro por alcance núm. 91/1997, del ramo de Corporaciones Locales, contra la Sentencia de 26 de octubre de 1999, dictada en primera instancia por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas) examina primero los presupuestos de la responsabilidad contable, estableciendo sus requisitos, ya que no toda responsabilidad contable es objeto de enjuiciamiento y, una vez concluye que un presupuesto es el ilícito o infracción del ordenamiento, examina cuál es la regulación en la materia de dietas:

“SEGUNDO. Que procedemos seguidamente al examen de la pretensión de responsabilidad contable que se encuentra planteada en el presente pleito, cuestión perteneciente al orden jurisdiccional contable, y que versa sobre posibles daños ocasionados a los fondos públicos titularidad del Ayuntamiento de..., a consecuencia de una controvertida percepción de dietas por alojamiento y manutención por parte de Don ..., hoy apelante, a la sazón Alcalde de dicha Corporación en la época en que acontecieron los hechos enjuiciados. El análisis de la pretensión resarcitoria deducida por el Ayuntamiento demandante, hoy apelado, requiere la previa identificación del bloque normativo regulador de las denominadas ‘indemnizaciones por razón del servicio’, en donde se contemplan tanto las situaciones generadoras del derecho a la percepción de dietas, como los requisitos de su obtención,

como, finalmente, la acreditación o justificación de que todo el proceso ha resultado ajustado a Derecho. **Tengamos presente que la responsabilidad contable contiene como uno de sus elementos constitutivos la existencia de un ilícito contable, esto es, que la acción u omisión generadora del daño a los caudales públicos suponga una infracción del ordenamiento jurídico.** Por tanto, de cara al examen de lo anterior debe analizarse la legislación aplicable al particular.

‘El artículo 75.2 y 3 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece (...). El artículo 13.5 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales establece (...)’. En el caso particular que nos ocupa, atendido el período temporal en el que los hechos se incardinan, la percepción de dietas por alojamiento y manutención se encontraba regulada por el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, aplicable a las Corporaciones Locales de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 2º, completado por la Orden Ministerial de 23 de mayo de 1985, de vigencia parcial hasta la entrada en vigor, el 12 de noviembre de 1994, de la Orden Ministerial de 11 de noviembre de 1994 que la derogó completamente.

Dado que las controvertidas percepciones de indemnizaciones por razón del servicio por parte del apelante Sr. ... tuvieron lugar entre los años 1991 y 1995, puede decirse que las anteriores al 12 de noviembre de 1994 se regularon por el **Real Decreto de 4 de marzo de 1988** y por la parte vigente de la Orden de 23 de mayo de 1985, en tanto que las posteriores se regularon por el mencionado Decreto y por la Orden de 11 de noviembre de 1994.

Debe además decirse que si bien los apelantes invocan como marco rector de las citadas percepciones las respectivas Bases de ejecución de los sucesivos presupuestos municipales, como regulación alternativa al régimen general de las Administraciones Públicas y en su opinión de preferente aplicación, lo cierto es que las citadas Bases para los años 1991 al 1995, ambos incluidos, cuyos correspondientes testimonios figuran unidos a la Pieza separada de prueba del Sr. ..., se remiten todas ellas al mencionado Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, en concreto a las dietas correspondientes al grupo 2 para los años 1991 al 1994 y las señaladas para el grupo 1 para el ejercicio de 1995, por lo que la remisión de los apelantes a las citadas Bases del Ayuntamiento demandante nos lleva, a su vez, a la normativa antedicha de general y obligada aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas.

TERCERO. Que el Real Decreto de 4 de marzo de 1988, aplicable según lo dicho al supuesto de autos, establece las condiciones en que se devengaría el derecho a percibir dietas por alojamiento y manutención, prescribiendo los apartados 4, 5 y 6 del artículo 10 lo siguiente: ‘4. En las comisiones cuya duración sea igual o inferior a un día natural no se percibirán gastos de alojamiento ni de manutención, salvo cuando la salida sea anterior a las catorce horas, en que se percibirá el 50 por 100 de los gastos de manutención y cuando se trate de personal de vuelo efectuando su comisión al servicio de Altos Cargos de la Administración, que podrá percibir gastos de alojamiento correspondientes a un solo día. 5. En las comisiones cuya duración sea menor de veinticuatro horas, pero comprendan parte de dos días naturales, podrán percibirse gastos de alojamiento correspondiente a un solo día y los gastos de manutención en las mismas condiciones fijadas en el siguiente apartado para los días de salida y regreso. 6. En las comisiones cuya duración sea superior a veinticuatro horas se tendrá en cuenta: a) En el día de salida se podrán percibir gastos de alojamiento pero no gastos de manutención, salvo que la hora fijada para iniciar la comisión sea anterior a las catorce horas, en que se percibirá el 100 por 100 de dichos

gastos, porcentaje que se reducirá al 50 por 100 cuando dicha hora de salida sea posterior a las catorce horas pero anterior a las veintidós horas. b) En el día de regreso no se podrán percibir gastos de alojamiento ni de manutención, salvo que la hora fijada para concluir la comisión sea posterior a las catorce horas, en cuyo caso se percibirá el 50 por 100 de los gastos de manutención. c) En los días intermedios entre los de salida y regreso se percibirán dietas enteras'. En cuanto a la justificación de las dietas percibidas, la Orden de 23 de mayo de 1985 establecía en su artículo 2.5.a) lo siguiente en lo relativo a las dietas de alojamiento: '5.a) Los gastos de alojamiento se justificarán con factura original acreditativa de su importe que, en todo caso, incluido el de facturación hecha por agencia de viajes, deberá especificar, separadamente de la manutención, la cuantía correspondiente a alojamiento, a efectos de la justificación de esta última'. Y la misma Orden regulaba en el artículo 2.2.uno.6. lo referente a la justificación de la dieta de manutención: '6.a) En el caso previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 10 del Real Decreto 1344/1984, será preciso que previamente se haya hecho constar expresamente en la comisión de servicios la necesidad de pernoctar fuera de la residencia habitual o de regresar a la misma en hora posterior a la terminación de la jornada normal de trabajo, respectivamente, en cuyo caso bastará para la justificación exigible de tales circunstancias declaración jurada, o promesa por la conciencia y honor del interesado. b) En los casos en que la hora de regreso de la comisión de servicios hubiera obligado a realizar la cena fuera de la residencia habitual, podrá justificarse el abono del total establecido para gastos de manutención en la misma forma a que se refiere el apartado a) anterior, siempre que en la comisión de servicio se hubiera hecho constar la posibilidad del regreso en las circunstancias citadas. c) Idéntico procedimiento al anterior se seguirá cuando se autoricen la comisión de servicio para ser realizadas en jornadas de tarde y se precise justificar el abono del 50 por 100 del importe establecido para manutención'. Con la publicación de la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1994, que deroga la de 23 de mayo de 1985, el régimen de justificación de las dietas de alojamiento y manutención se torna más exigente, y se concreta, en lo que ahora nos interesa, en los apartados 2.2.1, 2.2.3.a) y 2.2.4: '2.2.1. Requisitos generales de justificación. Una vez realizada la comisión de servicios, y dentro del plazo de diez días, el interesado habrá de presentar ante la Pagaduría o Habilitación los siguientes documentos: a) Orden de la comisión de servicio, o copia de la misma, firmada por las autoridades que la proponen y autorizan. b) Declaración del itinerario seguido y de la permanencia en los diferentes puntos, con indicación precisa de los días y horas de salida y llegada. c) Cuenta justificativa detallada, firmada por el interesado, acompañada de todos los justificantes originales y reflejándose en la misma las cantidades que correspondan por alojamiento, por manutención y por gastos de locomoción, separadamente. d) Certificación del titular del órgano que propuso la orden de comisión de haberse realizado ésta. En todos los casos de justificación de indemnizaciones, tanto por dietas o pluses como por gastos de viaje, el exceso de lo gastado sobre las cuantías vigentes en cada momento correrá a cargo del comisionado'. '2.2.3. Dietas y pluses por alojamiento: a) Los gastos de alojamiento se justificarán con la factura original, acreditativa de su importe, expedida por los correspondientes establecimientos hoteleros, que deberá contener, además, el nombre o denominación completa, domicilio y código de identificación fiscal de la empresa; fechas correspondientes a los días en que se haya pernoctado, relación de los servicios prestados con sus respectivos importes, así como la especificación reglamentaria del IVA; y que, en todo caso, deberá reflejar separadamente la cuantía correspondiente a alojamiento a efectos de la justificación de esta última'. '2.2.4. Dietas y pluses por manutención: a) Para la justificación de dietas y pluses por manutención el 50 por 100 en el supuesto del

apartado 4 del artículo 10 del Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, en relación con la exigencia prevista en su artículo 4.2, sólo podrá justificarse la circunstancia de que la comisión de servicios lo es con derecho a dietas cuando la misma tenga su inicio antes de las catorce horas y su finalización, posterior a dicha hora, se produzca después de la conclusión de la jornada única de trabajo si se trata de jornada continuada o de la jornada de la mañana si se trata de jornada partida, siendo necesario además que la autoridad que dé la orden considere que, en efecto, la duración de la comisión y su hora de finalización exigen realizar dichos gastos de manutención. En ningún caso podrá justificarse indemnización, por gastos de manutención en este supuesto cuando la comisión, habiendo comenzado antes de las catorce horas, hubiera finalizado también antes de esa hora. b) En los casos excepcionales en que la hora de regreso de la comisión de servicio obligue a realizar la cena fuera de la residencia habitual, podrá justificarse el abono hasta el total establecido para gastos de manutención, mediante factura o recibo del correspondiente establecimiento, siempre que en la orden de comisión se hubiera hecho constar la posibilidad, asimismo excepcional, del regreso en las circunstancias citadas’.

‘De acuerdo a la normativa expuesta el régimen de dietas por alojamiento y por manutención podría extractarse de la siguiente manera: A) Las dietas por alojamiento se devengarían en comisiones de servicio de duración inferior a veinticuatro horas, pero que comprendieran parte de dos días naturales, así como en las comisiones de servicio de duración superior a veinticuatro horas. La justificación de los gastos correspondientes habría de hacerse en todo caso con la factura original expedida por los correspondientes establecimientos hoteleros. B) Las dietas de manutención en las comisiones de servicio de duración inferior a veinticuatro horas se devengarían al cincuenta por ciento de su importe diario siempre que la hora de comienzo de la comisión fuera anterior a las catorce horas del día correspondiente y la hora de finalización posterior a dichas catorce horas. En las comisiones de duración superior a veinticuatro horas, se devengaría el cien por cien de la manutención el día de salida si ésta tuviera lugar antes de sus catorce horas, devengándose el cincuenta por ciento en otro caso; el día de regreso se devengaría el cincuenta por ciento si el mismo se produjera después de sus catorce horas; y los días intermedios se devengaría el cien por cien de la manutención. En las comisiones de servicio de duración inferior a las veinticuatro horas, pero comprensivas de dos días naturales, la dieta de manutención se devengaría según las reglas del día de salida y del día de regreso aplicables a las superiores a veinticuatro horas.

Pasando al capítulo de la justificación, la correspondiente a los gastos de alojamiento habría de hacerse en todo caso con la factura original expedida por los oportunos establecimientos hoteleros.

En cuanto a la justificación de los gastos de manutención resultaba suficiente, hasta la entrada en vigor de la Orden de 11 de noviembre de 1994, la declaración jurada o promesa por la conciencia y honor del interesado, siendo necesario a partir del 12 de noviembre de 1994 la presentación de una declaración del itinerario seguido con la indicación precisa de los días y horas de salida y llegada, así como una cuenta justificativa detallada, firmada por el interesado, y justificación documental del gasto de manutención cuando la hora de regreso hubiera obligado a realizar la cena fuera de la residencia habitual.

CUARTO. Que en el caso concreto que se analiza en los presentes autos se ha planteado por el Ayuntamiento de... pretensión de responsabilidad contable en relación con la falta de justificación de cantidades percibidas en concepto de dietas por alojamiento y por manutención, pues si bien se percibieron asimismo cantidades por gastos de transporte, resulta ser ésta cuestión pacífica para los litigantes en la medida en que se acepta por todos

ellos la realidad de las comisiones de servicio, así como la veracidad de los itinerarios que constan en los correspondientes mandamientos de pago.

Consta en los autos del presente procedimiento que durante el período al que los hechos se refieren el hoy apelante percibió un total de setecientos once mil novecientas veintinueve (711.929,-) pesetas en concepto de dietas para alojamiento y dos millones veintisiete mil doscientas (2.027.200,-) pesetas en concepto de dietas para manutención de las que ciento ochenta y cinco mil (185.000,-) pesetas correspondían al año 1991, seiscientos sesenta y cinco mil (665.000,-) pesetas a 1992, quinientas diez mil (510.000,-) pesetas a 1993, doscientas ochenta y seis mil (286.000,-) pesetas a 1994 y trescientas ochenta y una mil doscientas (381.200,-) pesetas a 1995.

Resulta también acreditado en autos que la documentación que soporta las anteriores disposiciones de fondos está exclusivamente constituida por los respectivos mandamientos de pago librados por el propio Sr. ..., en su condición de ordenador de pagos, y firmados por el Sr. ..., como Interventor, sin que aparezcan unidos a los mismos justificantes de tipo alguno acreditativos de la inversión de los fondos entregados.

Resultando necesario, según lo visto en los Fundamentos de Derecho precedentes, que las dietas para gastos de alojamiento se habrían de justificar en todo caso mediante las facturas correspondientes expedidas por los establecimientos hoteleros, **es evidente que no resulta debidamente acreditada la inversión de dichos fondos**, esto es, las indicadas más arriba Setecientos once mil novecientas veintinueve (711.929,-) pesetas, por lo que procedería su reintegro, ratificándose por esta Sala en este particular el contenido de la Sentencia apelada, encontrándose, por tanto, ajustado a Derecho el criterio seguido por el juez a quo.

En lo que concierne a las percepciones en concepto de dietas por manutención resulta acreditado en autos que los mandamientos de pago librados con posterioridad al 11 de noviembre de 1994, esto es bajo la vigencia de la Orden Ministerial de dicha fecha, carecen de la correspondiente declaración precisa de los días y horas de salida y llegada, así como de la cuenta justificativa detallada, a que se refieren los apartados a) y b) del punto 2.2.1 de dicha Orden, por lo que deben considerarse asimismo injustificados surgiendo, en su virtud, la obligación de reintegro de dichas cantidades, mostrando a este respecto esta Sala asimismo su conformidad con la Sentencia de primera instancia.

En cuanto a las dietas también por manutención que corresponden a los mandamientos de pago anteriores a la entrada en vigor de la Orden de 11 de noviembre de 1994, debe decirse que la justificación de las mismas no requería la presentación de las correspondientes facturas, contrariamente a lo que afirma el juzgador a quo, sino tan sólo la oportuna declaración jurada o promesa del interesado a que se refería el artículo 2.2.uno.6 de la Orden de 23 de mayo de 1985. Si bien es cierto que ninguno de los referidos mandamientos contiene tal declaración jurada o promesa, no es menos cierto que con la exigencia de esto lo que pretendía el Legislador era obtener una declaración unilateral formal emitida por el interesado a la que se le atribuía el efecto jurídico de ser justificativa del derecho a percibir la dieta correspondiente, y de la que podrían derivarse otros efectos si a posteriori se comprobara la falsedad de dicha declaración, y que, huyendo de un excesivo rigorismo y formalismo, no es necesario realizar un gran esfuerzo de ponderación y atemperación para atribuir a los propios mandamientos de pago firmados por el apelante, Sr. ..., en su doble condición de ordenador de pagos y de comisionado perceptor de los fondos, y expresivos del lugar y fecha de la comisión, el carácter de declaración unilateral formal de la realidad del desplazamiento y de su destino con un valor equivalente al de una, excesivamente formalista, declaración

jurada. Interpretación positiva que se ve reforzada en el supuesto de autos por el hecho de que la parte demandante, Ayuntamiento de..., no sólo no discute la realidad de los viajes realizados y la de los destinos declarados, sino que admite expresamente que los mismos existieron, no reclamando reintegro de cantidad alguna recibida en concepto de gastos de desplazamiento. De acuerdo a lo anterior deben considerarse justificadas las siguientes percepciones por dietas de manutención anteriores al 12 de noviembre de 1994: a) En los desplazamientos de menos de veinticuatro horas el cincuenta por ciento de la dieta recibida para manutención. b) En los desplazamientos de duración superior a las veinticuatro horas el cien por cien de la dieta de manutención del día de salida, el cincuenta por cien de la correspondiente al día de regreso, y, en su caso, el cien por cien de la de los días intermedios. El resto de las dietas recibidas para atender la manutención deben considerarse injustificadas, con la correspondiente obligación de reintegro a cargo del perceptor, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que finalmente se declare.

QUINTO. Que la falta de justificación de la inversión de los fondos librados a D. ... en concepto de indemnizaciones por razón del servicio supone un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de ..., en la medida que nos encontramos en el supuesto de hecho que el artículo 72.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, conceptúa como alcance.

La condición de gestores de los fondos públicos alcanzados de los hoy apelantes, Sres. ... y ... respectivamente, deriva de ostentar el primero, como Alcalde de la Corporación, la condición de ordenador del gasto y de ordenador del pago siendo por tanto competencia suya la disposición de los fondos municipales, y de ejercer el segundo las funciones de Interventor del Ayuntamiento y encargado por tanto del control de legalidad de todas las operaciones de autorización del gasto, reconocimiento de obligaciones, y ordenación formal y material de todos los pagos municipales.

La conducta observada por ambos, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, **careció de la diligencia exigible** en la medida en que dada su condición de gestores públicos debieron haber observado respetuosamente la legalidad aplicable a las operaciones consideradas, cuyo conocimiento resultaba obligado para ambos, dejándose llevar, por el contrario, por una actitud relajada que supuso una infracción del ordenamiento jurídico, y un daño a los fondos públicos cifrable en las cantidades percibidas como dietas que, a la postre, resultaron injustificadas.

Concurren, por tanto, todos los elementos integradores de la responsabilidad contable a que se refiere el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, debiendo ratificarse la declaración de responsabilidad contable directa de D. ... y de responsabilidad contable subsidiaria de D. ..., formuladas ambas por el juzgador de primera instancia, sin perjuicio de lo que respecta del segundo se dirá más adelante.

SEXTO. Que la cifra del alcance debe quedar definitivamente establecida en la suma de los siguientes tres partidas:

1.ª El importe de todas las dietas percibidas por el Sr. ... en concepto de alojamiento durante el período al que se refieren los hechos enjuiciados, esto es, setecientos once mil novecientas veintinueve (711.929,-) pesetas; 2.ª el importe de las dietas percibidas por aquél por el concepto de manutención con posterioridad al 11 de noviembre de 1994 y hasta la finalización del período considerado en autos; y 3.ª el importe al que asciendan las dietas por él recibidas en concepto de manutención desde el comienzo de los hechos enjuiciados hasta el 11 de noviembre de 1994 que se consideran injustificadas de acuerdo al criterio sentado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Sentencia.

El importe de partidas 2.ª y 3.ª habrá de fijarse en ejecución de Sentencia.

SÉPTIMO. Que la declaración de D. ... como responsable contable subsidiario debe ser objeto de ciertas consideraciones.

Ya se ha dicho que este Tribunal de Cuentas no puede entrar a considerar la posible ilegalidad de su nombramiento como Interventor del Ayuntamiento de ... al tratarse de una cuestión sometida a otro orden jurisdiccional distinto del contable, pero no debe ser indiferente al enjuiciamiento contable las circunstancias en que se produjo el acceso del Sr. ... a la función interventora, en la medida que las mismas podrían modular el grado de diligencia que podría serle exigido en el ejercicio de su cargo pudiendo, a su vez, moderar la culpabilidad que se le imputaría, con las consecuencias que de ello se derivaría para la determinación de los perjuicios que le serían susceptibles de reclamación.

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982, establece en su artículo 38.4 que respecto de los responsables subsidiarios la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa. De otro lado el mismo cuerpo legal prevé en su artículo 40.2, en relación con la responsabilidad subsidiaria, que cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de las obligaciones exigibles a un gestor de fondos públicos, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse fuera desproporcionado con el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de dicha Ley.

De acuerdo al Reglamento del Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, aprobado por Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, la función interventora definida en su artículo 4 está reservada a funcionarios con habilitación nacional, lo que se estructura en el artículo 20 de dicho Reglamento, y a los que se exige una cualificación adecuada que se verifica por medio del proceso de selección y formación de tales funcionarios regulado en los artículos 21 al 25 de la referida norma. Y si bien el artículo 42.1.c) permite que las Corporaciones Locales en supuesto de ausencia o enfermedad puedan habilitar para dichas funciones con carácter accidental a uno de sus funcionarios suficientemente capacitado, posibilidad abierta también para los casos de puesto vacante siempre que se cumplan los requisitos del número 2 de dicho artículo, la utilización de dicha vía debe ser excepcional y con observancia del procedimiento previsto en el Reglamento, lo que no consta en autos que se hiciera, además de tener un claro carácter de provisionalidad y brevedad temporal que tampoco se respetó en el caso que nos ocupa, puesto que el nombramiento accidental del Sr. ... se prolongó durante quince años.

Resulta incuestionable que el hoy apelante no tenía la condición de funcionario con habilitación temporal ni la cualificación exigible a éstos, y que tampoco había pasado por los procesos de selección y formación reglamentariamente previstos, habiendo quedado acreditado en autos que cuando fue nombrado Interventor ostentaba la condición de auxiliar administrativo del Ayuntamiento, cuya cualificación se le exigió para ingresar en la Corporación.

La anterior circunstancia debemos ponerla en conexión con los hechos enjuiciados en el presente procedimiento, de los que surge la responsabilidad contable. Nos encontramos ante el tema de la justificación de unos importes percibidos por el entonces Alcalde en conceptos de dietas para gastos de alojamiento y de manutención, cuestión esta sometida a una legislación ciertamente dispersa y que si no plantea grandes problemas interpretativos en lo concerniente al concepto de alojamiento, puesto que los asertos de las normas son explícitos y con continuidad en su tratamiento, sí los plantea, por el

contrario, en lo que afecta a los gastos de manutención, pues la dificultad de las expresiones contenidas en las normas y la mutación temporal de su régimen plantea dudas interpretativas de las que son claro exponente el hecho de que la solución a la que ha llegado esta Sala de Justicia difiera de la interpretación dada en su momento por el juez a quo.

Situada la afirmación precedente en el contexto del ejercicio de unas funciones ciertamente cualificadas por una persona carente de la condición requerida para el desempeño de las mismas, debe producir como resultado, de acuerdo a los principios de equidad y proporcionalidad, el uso por esta Sala de Justicia de la potestad moderadora de la responsabilidad subsidiaria para la que habilitan los citados artículos 38.4 y 40.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y en su virtud limitar dicha responsabilidad de D. ... al importe de las dietas por alojamiento percibidas y no justificadas, esto es, a setecientos once mil novecientos veintinueve (711.929,-) pesetas, que sólo lo serían exigibles cuando la responsabilidad directa de D. ... no hubiera podido hacerse efectiva.

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación, LA SALA ACUERDA el siguiente

III. FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el Recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.^a ..., en nombre y representación de D. ..., y por la Procuradora de los Tribunales D.^a ..., en nombre y representación de D. ..., contra la Sentencia dictada el 26 de octubre de 1999 por el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento de este Tribunal, la cual revocamos en parte, debiendo quedar fijada la cuantía del alcance en la cifra a que se refiere el fundamento de Derecho Sexto de la presente Sentencia, y que se determinará finalmente en ejecución de Sentencia, declarándose la responsabilidad contable directa por el importe total del alcance de D. ... y la responsabilidad contable subsidiaria respecto de la cifra de setecientos once mil novecientos veintinueve (711.929,-) pesetas de D. ..., más los intereses que legalmente corresponda en cada caso, y sin condena en costas en ninguna de las dos instancias al haber sido en cada una de ellas parcial la estimación de las respectivas pretensiones.

R) Aplicación jurisprudencial de la normativa de la indemnización por kilometraje en el Tribunal de Cuentas

En cuanto a la aplicación jurisprudencial de la normativa de la indemnización por kilometraje, es ilustrativa la sentencia de la **Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas núm. 13/2006 de 24 de julio de 2006**, dictada en el Recurso de apelación 19/2005 (Procedimiento de reintegro 69/2002, Ramo: Corporaciones Locales):

“De la prueba practicada, y cuyo resultado ha quedado plasmado en el Hecho Probado Tercero, resultan no justificados los siguientes gastos:

a) Los desplazamientos efectuados por el Alcalde, DON LUCIO M. M., producidos en los años 1995, 1996 y 1997, por importe de CIENTO OCHENTAY UNA MIL CUATROCIENTAS CUARENTA PESETAS (181.440,- Pts.), que en la actualidad representan MIL NOVENTA EUROS CON CUARENTA Y OCHO CÉNTIMOS (1.090,48 euros). El motivo de tal rechazo se debe a que la documentación aportada como pretendido justificante de los gastos solamente hace constar días y kilómetros recorridos, pero sin que exista prueba justificativa de los mismos, al no haberse acreditado el motivo por el que se realizaron tales desplazamientos. A este respecto, hay que manifestar también, que la posterior declaración, en prueba de

interrogatorio de parte, en la que el Sr. M. M. manifestó que debía realizar tales desplazamientos al depósito de agua o a la dehesa municipal, no puede sustituir al requisito formal de expresa constancia de la motivación del kilometraje percibido. Si bien el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, establece, en su artículo 13.5, el derecho a percibir indemnizaciones por los gastos ocasionados en el ejercicio de su cargo, para que éstos puedan ser abonados se requiere que sean efectivos y exista una justificación documental de los mismos. En este sentido, la Orden de 31 de julio de 1985, que regula la indemnización y uso de vehículos particulares por razón del servicio, exige, en el artículo 3.1.b): 'que al justificarse la realización del servicio se acredite la adecuación del recorrido efectuado al itinerario previsto, con detalle del kilometraje, la matrícula, marca y demás características del vehículo utilizado'; este requisito no ha quedado acreditado, pues la sola cita a los kilómetros recorridos, sin especificación del itinerario, con vulneración de los artículos precitados, viene a confirmar la falta de justificación de tales pagos.

Y así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 217.3 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en lo que hace referencia a la carga de la prueba, el Sr. M. M. no ha acreditado que tales desplazamientos se debieran a actuaciones derivadas de su cargo en la Corporación municipal; en este sentido, su manifestación en sede de interrogatorio de parte, de que los mismos obedecían a desplazamientos por razón del servicio, no puede subsanar la ausencia de prueba documental, que hubiera acreditado que dichos gastos fueran precisamente para tales cometidos”.

Asimismo, la **Sentencia núm. 16/2006 de 24 de julio de 2006 de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas dictada en el recurso de apelación 16/2006**, interpuesto contra la Sentencia de 14 de noviembre de 2005, en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A77/02 (Corporaciones Locales/Ayto. de Marbella/Actividades Deportivas 2000 S.L./Málaga):

“**SÉPTIMO.** La segunda irregularidad a que se refiere el Ministerio Fiscal en su escrito de demanda, es el abono por la referida sociedad en el ejercicio 1999 de 1.900.000 Pts. (equivalente a 11.419,23 euros), por gastos de kilometraje del personal de la citada sociedad, que se incluyen en la nómina de cada trabajador, sin que tampoco conste justificación acreditativa de esta partida.

Alegan los demandados que la sociedad Actividades Deportivas 2000, S.L. venía abonando a sus trabajadores unas cantidades por kilometraje como consecuencia de la puesta a disposición de la empresa de sus vehículos particulares para los desplazamientos a los numerosos centros deportivos de Marbella, siendo obligación inherente al contrato de los referidos trabajadores el realizar el servicio y visitas con carácter diario, realizándose el abono del kilometraje por acuerdo entre trabajador y empresa, estipulándose entre ambas partes el precio del kilómetro de acuerdo con las reglamentaciones y ordenanzas de trabajo.

En el presente caso, aun cuando obra en autos relación de los perceptores en el año 1999 de la indemnización por gastos de kilometraje, y los importes percibidos por cada uno de ellos, dicho resumen es el único documento unido a las actuaciones en relación con dichos abonos, sin que se haya aportado por los demandados ningún otro documento en el que se recojan ni los desplazamientos concretos realizados por el personal, ni los kilómetros recorridos, ni las fechas de los mismos u otro elemento, salvo la manifestación de que dichos trabajadores tenían que desplazarse a las distintas instalaciones deportivas, que acredite que el abono de dichas cantidades fuera ajustado a derecho, máxime cuando además en los documentos aportados del año 1998, a que anteriormente nos hemos referido, en los que constan individualizadas las dietas y los gastos por kilometraje, se pone de manifiesto que de las doce personas que recibieron abonos por kilometraje, ocho de ellas recibieron el mismo importe. Se ha generado, por lo tanto, una falta

de justificación en la aplicación dada a los fondos públicos, al haberse abonado a diversos empleados de la citada sociedad una cantidad en concepto de kilometraje, sin que conste en autos documento alguno que justifique dicho pago, no obrando en autos ni los desplazamientos efectuados, ni las fechas, ni la distancia recorrida, ni ningún otro documento probatorio al respecto, salvo la mera referencia a la existencia de diversas instalaciones deportivas a lo largo de todo el término municipal de Marbella a las que debían desplazarse los trabajadores, habiéndose generado en consecuencia un alcance en los fondos públicos que asciende a la cantidad de 1.923.583 Ptas. y el consiguiente perjuicio para los fondos de la Corporación, que no obstante debe quedar reducida a la cantidad de 1.900.000 Pts. (equivalente a 11.419,23 euros) al ser éste el importe reclamado exclusivamente por el Ministerio Fiscal.

En la prueba practicada en primera instancia, resulta que el único documento que obra en autos en relación con el abono de dichos gastos, en el ejercicio 1999, es la relación de perceptores de estas retribuciones y su cuantía anual (folio 84 de las Actuaciones Previas). Este documento contiene una mera enumeración de trabajadores (bajo la rúbrica de productores) en la que se incluyen los siguientes importes en pesetas (bajo la rúbrica de Kms.): (...)

Esta relación de trabajadores y retribuciones no incorpora ningún otro documento que recoja desplazamientos concretos, ni fechas o kilómetros recorridos, o cualquier otro elemento que permita precisar y justificar la aplicación de los fondos públicos que se utilizaron para pagar a cada uno de ellos, por lo que, en ningún caso, se puede apreciar en apelación, que este documento justifique, por sí mismo, los pagos realizados.

Tampoco se puede considerar soporte suficiente para justificar la utilización de los fondos públicos la alegación realizada por los recurrentes de que los trabajadores debían desplazarse a las distintas instalaciones deportivas municipales para cumplir con sus obligaciones, constando en autos una relación de instalaciones deportivas en distintas zonas del municipio y copias de los contratos de trabajo de cada uno de los trabajadores. Sin embargo, la relación de instalaciones deportivas y el contenido de los contratos de trabajo no pueden acreditar la realidad, ni la cuantía o el momento de los desplazamientos concretos de cada uno de los trabajadores. No se puede dar a estos documentos el carácter de documentación justificativa de los concretos pagos que se realizaron y dieron origen a la responsabilidad contable. Aceptar esta argumentación de los recurrentes permitiría, con estos documentos, justificar cualquier cuantía de los pagos por desplazamientos que se hubiera hecho a cualquier trabajador ya que, con esta justificación, no se identifican las personas concretas ni los kilómetros y momentos en los que se generan los derechos de cobro.

El resto de la prueba incorporada a autos, y de la que los recurrentes pretenden hacerse valer para justificar los pagos que se reclaman, tampoco contiene una justificación adecuada de los mismos. Así, consta en autos (folios 716 y siguientes del expediente administrativo de las Actuaciones Previas) los contratos de trabajo correspondientes a los ejercicios 1998 y 1999, pero en ninguno de ellos se establece mención alguna sobre gastos de kilometraje. Tampoco se pueden aceptar como documentos justificativos de los pagos por kilometraje que se hicieron a los trabajadores de la sociedad municipal, en el ejercicio 1999, las nóminas de los trabajadores correspondientes al ejercicio de 1998, que los recurrentes invocan, y que son las únicas que constan en autos (folios 609 a 715 de las Actuaciones Previas). No existe ningún otro soporte documental, incorporado al procedimiento, ni alegado por los recurrentes, que permita justificar los pagos que dieron origen a la responsabilidad contable. De esta valoración de la prueba practicada se puede concluir, confirmando el criterio de la Sentencia de primera instancia, que ha existido un alcance en los fondos públicos de la sociedad municipal por los pagos de kilometraje en el ejercicio 1999, ya que no se han aportado los necesarios soportes documentales que justifiquen la aplicación de esos

fondos, concurriendo, además, en estos hechos, los demás elementos constitutivos de la responsabilidad contable como se ha razonado en el fundamento anterior”.

S) Recepción y reconocimiento por el Tribunal de Cuentas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que proceden las indemnizaciones que compensen la pérdida del eventual beneficio económico que podrían reportar otras actividades

Interesa la Sentencia núm. 14 de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 3/2004, interpuesto contra la Sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid.

“NOVENO. En cuanto a las cantidades abonadas a D. Francisco A. de la J. en el período 1996-1999, consta acreditado en autos, tanto en las Actuaciones Previas como en la Pieza probatoria de D. Ángel A., que el mismo percibió del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, del patronato de Cultura, y de la empresa municipal de la vivienda de Boadilla del Monte S.A., las siguientes cantidades: (...) Total: ... 8.411.594 pts. ... 5.975.745 pts.

D. Francisco A. de la J. ostentó el cargo de Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Boadilla del Monte cuando sucedieron los hechos a que se refiere el presente procedimiento, ostentando, asimismo, el cargo de Consejero Delegado de la empresa municipal de la vivienda de Boadilla del Monte desde el 1 de noviembre de 1997, fecha en que firmó un contrato de alta dirección con D.^a Nieves F. C., en su calidad de Presidenta de la Junta General y del Consejo de Administración de la citada empresa, hasta el 2 de julio de 1999, fecha en que ambas partes dieron por resuelto el mencionado contrato, conforme consta a los folios 363 y siguientes de las actuaciones previas.

La Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 establece en su artículo 75, redactado conforme a la Ley 9/1991, de 22 de marzo, y con anterioridad, por tanto a la redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, que los miembros de las Corporaciones Locales sólo percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, si bien en el apartado segundo de dicho artículo se establece que podrán percibir indemnizaciones en la cuantía y condiciones que acuerde el Pleno de la Corporación, que se consignarán en los respectivos presupuestos.

La retribución a que se refiere dicho precepto debe entenderse como sueldo, mientras que la indemnización debe entenderse como resarcimiento, cantidad que se paga por el trabajo concreto que se realiza, al ser una cantidad que se entrega para compensar un daño sufrido directamente por el perjudicado. El sueldo se caracteriza por ser fijo en su cuantía y la periodicidad en su vencimiento, en cambio la indemnización se fija en función del daño materialmente producido en el patrimonio del sujeto que lo padece, de manera que el evento del que se deriva se configura como un *prius* necesario de la indemnización.

La citada Ley, antes de su nueva redacción por la Ley 11/1999, era precisa en la medida en que establecía que sólo podrían percibir un sueldo, por el ejercicio de sus cargos, aquellos miembros de las corporaciones locales que desempeñasen su actividad con

dedicación exclusiva. Si no existía dedicación exclusiva, no podía articularse sueldo alguno, ni entregarse a cuenta de los presupuestos municipales, con carácter general, cantidades fijas, periódicas y mensuales, fundamentalmente, para evitar dislates presupuestarios y abonos de difícil justificación. Resta por añadir que la exclusividad supone una incompatibilidad retributiva, según se desprende de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, o lo que es lo mismo, supone la imposibilidad de percibir más de una retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Organismos, empresas y Entes de ellas dependientes, como así se recoge en el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, incluidas las pensiones de jubilación o retiro por Derechos pasivos o por cualquier Régimen de la Seguridad Social, todo ello, sin perjuicio de actividades privadas, o de otras ocupaciones marginales, que no causando detrimento a su dedicación preferente a la Corporación y que siendo remuneradas, pueda el Pleno de la Corporación declararlas compatibles.

La norma es clara y terminante. **El sueldo y la indemnización son dos conceptos distintos, en modo alguno indeterminados, pues son dos categorías jurídicas perfectamente definidas**, de modo que no puede articularse como indemnización lo que no es sino un sueldo y viceversa. El intento de configurar una retribución al margen del sistema (conceptuada como una indemnización), no persigue sino obviar la mecánica de las incompatibilidades que la ley establece, aparte de otros efectos nocivos, cuales son la finalidad de evitar, aunque sólo sea parcialmente, la regularización Fiscal de dos fuentes de renta.

El citado artículo 75 de la Ley de Bases de Régimen Local ha sido completado y desarrollado, como hemos señalado anteriormente, por el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, en el que se regulan los derechos económicos de los miembros de las corporaciones locales, distinguiendo entre miembros que desarrollen sus responsabilidades corporativas en régimen de dedicación exclusiva, que tendrán derecho a recibir retribuciones y deben ser dados de alta en el régimen general de la Seguridad Social, y miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva, que tendrán derecho a percibir asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de órganos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno. Asimismo, se establece que los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñan cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las administraciones públicas y las que en este sentido apruebe el Pleno corporativo, así como a percibir asistencias cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación Local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal, o de Tribunales de pruebas para selección de personal.

En el presente caso, consta acreditado en autos que D. Francisco A. de la J. percibió del Ayuntamiento de Boadilla del Monte y del Patronato de Cultura, conforme consta a los folios 26 y siguientes de la pieza de prueba de D. Ángel A., diversas cantidades entre los años 1996 y 1999 **por los conceptos de Asistencias al Consejo del Patronato, a Comisiones y Plenos del Ayuntamiento, por reuniones como vocal de Tribunales y por reuniones para valoración de concursos**. Consta asimismo acreditado en autos no sólo las cantidades percibidas, sino la fecha, el importe individualizado, el concepto, la aplicación presupuestaria y demás datos de orden interno, habiendo percibido cada año importes totales diferentes por dichos conceptos, debiendo calificarse en consecuencia dichas cantidades, en lo que a esta jurisdicción se refiere para la exigencia de responsabilidades

contables, no como retribuciones o sueldo, sino como indemnizaciones, que deben considerarse ajustadas a derecho al no tener dedicación exclusiva el anteriormente citado, no habiéndose producido vulneración alguna de las normas presupuestarias o contables en el abono de las citadas cantidades que den lugar a la existencia de ilícito contable, y menos aún ausencia de numerario o de justificación que determinen la existencia de un alcance en los fondos públicos.

Respecto de las cantidades abonadas a D. Francisco A. de la J. en concepto de ‘indemnización por delegado de área, dedicación especial y concejal’, consta acreditado en autos que **fueron periódicas y fijas en su cuantía**, abonándose mensualmente desde julio de 1995 a julio de 1999, y aun cuando con carácter general se ha venido negando la posibilidad de que los Concejales que no desempeñasen sus cargos con dedicación exclusiva pudieran percibir remuneración alguna por el mero desempeño de su cargo, equiparándose al concepto de indebida remuneración cualquier cantidad recibida que no tuviera por objeto compensar los gastos o perjuicios efectivamente realizados o sufridos en el ejercicio de su cargo, ello no es óbice para que, como reiteradamente viene reconociendo la jurisprudencia, entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero y 13 de diciembre de 2000, pueda reconocerse la legalidad y legitimidad de aquellas compensaciones económicas que sean acordadas por el Pleno de la Corporación por asunción de responsabilidades o mayor dedicación por el desempeño de actividades de gestión añadidas al cargo de Concejal, ya que en este caso su abono obedece a la realización de dichas actividades extraordinarias, que precisamente en el caso de los Concejales Delegados se regulan, entre otros, en el artículo 43 del Real Decreto 2568/1986, en el que se diferencia entre delegaciones genéricas de áreas o materias determinadas, para la dirección y gestión de los servicios correspondientes, y las especiales, cuya finalidad es la dirección y gestión de asuntos determinados incluidos en áreas concretas.

Como acertadamente recogen las citadas sentencias, el concepto de indemnización a que se refiere el artículo 75 de la Ley 7/1985 no se agota con las indemnizaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 2568/1986, de una parte porque se trata de norma inferior, y de otra porque mientras la Ley se refiere de una forma genérica y sin limitación a la indemnización, el citado Real Decreto regula exclusivamente la indemnización por gastos, y es sabido que la indemnización, tanto en su significado gramatical como usual y jurídico, está destinada a resarcir un daño o un perjuicio, que puede derivarse tanto de un gasto realizado, como de una ganancia dejada de obtener como consecuencia del desarrollo de un trabajo o dedicación que impide la obtención de otro ingreso durante el tiempo en que aquél se lleva a cabo, de lo que claramente se puede inferir que la indemnización por gastos realizados a que se refiere el anteriormente citado artículo 13 no agota el concepto de indemnización de la Ley 7/1985.

A la vista de lo anterior, no cabe sin concluir que la mayor dedicación al cargo y responsabilidad, justifican el otorgamiento de indemnizaciones que compensen la pérdida del eventual beneficio económico que podría reportar la realización de otras actividades de índole particular, sin que ello signifique que haya de dejar de ponderarse la cuantía de la compensación a otorgar. La cuestión realmente estriba en determinar si el daño ha de preceder necesariamente a la compensación, o si por el contrario cabe pensar en una valoración global de los perjuicios que se van a producir y su fijación de forma abstracta, habiéndose pronunciado la jurisprudencia en el sentido de que si bien lo normal, sobre todo cuando se indemnice la asistencia a sesiones, es que el servicio sea antecedente de la indemnización, cabe que en los casos en que la asunción

del cargo comporte ineludiblemente la responsabilidad de su ejercicio, como ocurre en los supuestos de delegación de servicios, se fije anticipadamente y de forma global la indemnización a percibir, máxime cuando la cuantificación del beneficio económico dejado de percibir no puede fijarse en la mayor parte de los casos con la deseada exactitud, lo que abre la posibilidad y la conveniencia de fijar una cifra concreta que sirva de módulo indemnizatorio, que aun cuando fuese abonada mensualmente es claramente distinguible del sueldo como retribución laboral, como lo demuestra el hecho de que no tenga ni siquiera que superar en su cuantía al salario mínimo interprofesional (caso concreto de la sentencia del TS de 18 de enero de 2000).

Por lo tanto, y por lo que al presente caso se refiere, teniendo en cuenta que las indemnizaciones abonadas en concepto de ‘Delegado de área, dedicación especial y concejal’ lo son por la mayor dedicación al cargo y responsabilidad, que se deduce sin mayor análisis y notoriamente de la delegación de ciertas funciones a su favor, y del propio cargo que desempeñaba, el abono de dichas cantidades debe considerarse, a los efectos de esta jurisdicción, ajustado a Derecho, no habiéndose producido ilícito contable alguno, y menos aún ausencia de numerario o de justificación que determinen la existencia de un alcance en los fondos públicos, siendo compatible su percepción con el resto de cantidades que le fueron abonadas por el Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en los artículos 75 de la Ley 7/1985 y 13 del Real Decreto 2568/1986”.

T) Casuística: posibilidad de que el Ayuntamiento asuma los gastos de colegiación del Secretario del Ayuntamiento que defiende a la Corporación como abogado, presuponiéndose la necesidad de colegiación del Secretario (Sentencia núm. 14 de 14 de junio de 2004, dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el recurso de apelación 3/2004, interpuesto contra la Sentencia de 19 de mayo de 2003, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance núm. A-31/99, del ramo de Corporaciones Locales, Madrid)

Se enfrenta esta sentencia a un recurso de apelación sobre posibles pagos indebidos realizados por el Ayuntamiento de Boadilla del Monte por las actuaciones de defensa jurídica llevadas a cabo por el Secretario de la Corporación. Ello lleva a que el Tribunal de Cuentas valore si el Sr. A. podía llevar a cabo dicha función o resultaba ilícita, concluyendo el Tribunal la posibilidad de esta defensa letrada (...).

“Otra cuestión sería la necesidad o no de estar colegiado para poder desarrollar dicha función. El artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (actual artículo 551.3) establece que la representación y defensa de los Entes Locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones Públicas, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda, expresión similar a la del artículo 221.2 del Real Decreto 2568/1986. En cuanto al artículo 439.2 de la citada LO del Poder Judicial (actual artículo 544.2) indica que ‘la colegiación de los abogados será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones Públicas o Entidades Públicas, por razón de dependencia funcional o laboral’. Una interpretación rigorista de estos artículos eximiría de la colegiación únicamente a los letrados o abogados al servicio de las Administraciones Públicas, pero no a los que siendo funcionarios públicos hayan sido habilitados como letrados al servicio de dichas Administraciones, como ocurre con los Secretarios de Corporaciones Locales; en cambio, una interpretación más flexible excluiría de colegiación a cualquier funcionario público que estuviera habilitado para actuar ante los Tribunales, si dispusieran de la titulación de Licenciado en

Derecho. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que existe jurisprudencia que ha obligado a la colegiación de los Secretarios de Entidades Locales cuando han actuado en defensa de la Corporación Local, tal como se expone en la Sentencia de 10 de febrero de 2003 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, donde la Sala manifiesta que la Corporación ‘pretende actuar en el presente recurso de casación a través de un Abogado colegiado y no mediante un letrado de sus servicios jurídicos, entendido como Cuerpo o Escala de funcionarios a los que está encomendada la defensa del Ayuntamiento, pues de la mentada certificación municipal lo que realmente se desprende es que la Sra. ... es la Secretaria General del Ayuntamiento, lo que es distinto de la condición de Letrado Consistorial integrado en el Servicio Jurídico propiamente dicho de la Corporación, ... por lo que es preceptiva la intervención de procurador’. Es decir, dicha Sentencia no desestima la intervención de la Secretaria como Abogada del Ayuntamiento, aunque la asimila a Abogada colegiada y le obliga a que actúe junto a procurador, en interpretación del artículo 23.2 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y al contrario que ocurre respecto a los letrados que sirven en sus respectivos Servicios Jurídicos, que representan y defienden a las correspondientes instituciones públicas, sin necesidad de intervención adicional de procurador.

Por otro lado, la colegiación conllevaba formalizar el ingreso en la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía y el alta en Licencia Fiscal (o Impuesto de Actividades Económicas) (...), lo cual implicaba atender todos aquellos que fueran exigidos conforme a la normativa vigente y derivados de la colegiación exigida por los tribunales, gastos que, por otro lado, la propia Interventora de la Corporación había señalado que se atendieran con cargo a la partida de “Gastos de defensa jurídica” del Capítulo II del presupuesto de Gastos (folio 57 de las Actuaciones Previas).

(...) En consecuencia, esta Sala no estima que se haya producido infracción presupuestaria y contable alguna en esta actuación del Ayuntamiento de Boadilla”.

El Derecho de petición

PABLO GARCÍA MANZANO

Magistrado del Tribunal Supremo jubilado y
Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional

Resumen

EL DERECHO DE PETICIÓN

La Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, determina el modo de ejercer este derecho, reconocido como fundamental en el artículo 29 de la Constitución, así como los efectos que de su ejercicio se derivan. En esta norma, el legislador orgánico plasma en el derecho positivo la interpretación doctrinal contenida en los distintos pronunciamientos que sobre el derecho de petición ha emitido el Tribunal Constitucional para adaptar la regulación anterior —que databa de 1960— a la nueva perspectiva democrática y a

ese reconocimiento como derecho fundamental que supuso la Constitución de 1978.

El presente artículo analiza pormenorizadamente los aspectos fundamentales de esta regulación —la especial peculiaridad del objeto, los sujetos legitimados para el ejercicio, el iter procedimental y la especial garantía jurisdiccional del derecho de petición— desde la auctoritas que otorga al autor su condición de Magistrado emérito del supremo intérprete de nuestra Carta Magna.

Abstract

THE RIGHT OF PETITION

The Organic Law 4/2001, of November 12, that regulates the right of petition, determines the way of exercising this right, recognized as fundamental in the article 29 of the Constitution, as well as the effects derived of its exercise. In this norm, the organic legislator depicts in the positive right the doctrinal interpretation contained in the different pronouncements that has emitted the Constitutional Tribunal about the right of petition to adapt the previous regulation -that dated of 1960- to the new

democratic perspective and to that recognition as fundamental right that supposed the Constitution of 1978.

The present article analyses in a detailed way the fundamental aspects of this regulation -the special peculiarity of the object, the legitimate subjects for the exercise, the procedural iter and the special jurisdictional guarantee of the right of petition- from the auctoritas that grants the author its condition of professor emeritus of the supreme interpreter of our Constitution.

Sumario:

I. Objeto. A) Consideraciones generales. B) Desarrollo por el legislador orgánico.

C) La pauta de la doctrina constitucional. D) Peculiaridades del objeto. **II. Sujeto**

activo o titularidad del derecho. A) Es uno de los puntos polémicos desde su

plasmación por el constituyente en el artículo 29.1. B) Personas jurídico-privadas.

C) ¿Pueden ser titulares las personas jurídico-públicas? D) Peculiaridades de algunos

sujetos. a) Militares. a') Prohibición de peticiones colectivas. b') Con arreglo a la

legislación específica. b) Internos en establecimientos penitenciarios. **III. Tramitación y**

contestación. IV. Garantía jurisdiccional.

I. OBJETO

A) Consideraciones generales

El apartado 1.º del artículo 29 CE enuncia, de manera escueta, el derecho fundamental de petición. Lo hace determinando, tan sólo, el sujeto o titular, las modalidades individual y colectiva y la mínima forma escrita, defiriendo al legislador el resto de la regulación, como derecho de configuración legal.

El primer problema, pues, es el de indagar su objeto o contenido esencial que el precepto parece darlo por supuesto, en una hipótesis y, en otra, que se trata de un derecho que se agota por su mero ejercicio.

Esta inespecificidad del objeto viene dada, quizás, por su residualidad, por ser una última forma de relación –no conflictual– entre los ciudadanos y los poderes públicos, residual por cuanto es el derecho constitucional que asiste a aquéllos cuando no disponen de tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Y es que en la petición no se ponen en juego derechos ni intereses legítimos protegidos, sino que se apela a la discrecionalidad absoluta (libertad plena de decisión) o al ámbito de lo graciable para obtener algo a lo que no se tiene derecho.

B) Desarrollo por el legislador orgánico

El desarrollo del derecho fundamental en este punto por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre (LODP), suscita algunas cuestiones que pasamos a exponer.

Llama la atención, en primer término, la insistente conexión entre derecho de petición e inexistencia de procedimiento en sus tres modalidades: parlamentario, administrativo y judicial (proceso judicial).

Para el legislador de desarrollo la existencia de procedimiento específico en alguno de estos tres ámbitos despoja a la solicitud de la naturaleza de derecho de petición. Así podría, en prin-

cipio, inferirse de la regulación contenida en los artículos 3 y 8 de la LODP. Podríamos decir, si ello fuera así, que la concreción del derecho fundamental, el acotamiento de su objeto, se hace descansar en lo procedimental; si el ordenamiento jurídico ha previsto un procedimiento especial o *ad hoc* para dar curso a solicitudes del ciudadano éstas no podrán sustanciarse como peticiones del artículo 29.

Pero pensamos que esto sólo es cierto en parte. En rigor, a nuestro juicio, lo que se excluye –delimitación negativa– del derecho de petición no es la solicitud con procedimiento propio, sino la solicitud que, *por fundamentarse en título o respaldo jurídico*, origina la existencia de un procedimiento propio, jurisdiccional o administrativo, aparte del parlamentario.

Así viene a ponerlo de relieve el artículo 8, en su primer párrafo, para declarar inadmisibles “aquellas cuya resolución *deba ampararse en un título específico* distinto al establecido en esta Ley que deba ser objeto de un procedimiento...”. Lo determinante no es, pues, el procedimiento sino el título de pedir.

Esta configuración legal del objeto, que viene a coincidir, como veremos, con su conceptualización por la jurisprudencia constitucional, viene a enervar en cierto modo la tesis sostenida por algún autor (I. FERNÁNDEZ SARASOLA, mayo-agosto 2002, págs. 202 y ss.) en el sentido de que el legislador de desarrollo habilita para una disminución del objeto, incluso por vía reglamentaria, mediante la creación de nuevos procedimientos.

Lo que, en mi opinión, es criticable en el acotamiento del objeto y, en definitiva, del derecho fundamental es la visión excesivamente procedimental de la LODP, que trasciende de todos sus preceptos en esta materia.

C) La pauta de la doctrina constitucional

El legislador de desarrollo ha configurado el derecho fundamental con base en la doctrina constitucional, singularmente plasmada en las SSTC 242/1993 y 161/1988, FJ 5.º

El acotamiento positivo lo refiere a solicitudes, quejas y sugerencias, lo que exige considerar, de una parte, que las formulaciones pueden revestir otras modalidades y, de otra, que algunas denominaciones son discernibles de otras con el mismo *nomen iuris*, como las solicitudes. Las formuladas a la Administración por interesados, promoviendo así un procedimiento, no son en rigor peticiones: artículo 70 de la Ley 30/1992.

De manera condensada, la STC 161/1988, de 20 de septiembre (Sala Primera, recurso de amparo 161/1987, Ponente Díaz Eimil) delimita el derecho fundamental en los siguientes términos:

“(…) permite dirigir (...) peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado”.

Por su parte, de modo más pormenorizado, la STC 242/1993, de 14 de julio (Sala Primera, recurso de amparo 862/1990, Ponente: Mendizábal Allende) pone el acento en la delimitación negativa:

“En tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido”.

Lo que acota la petición como derecho fundamental autónomo es la ausencia de pretensión. Cuando las personas naturales o jurídicas ejercitan pretensiones —en el sentido procesal—, bien ante la Administración o bien ante la jurisdicción, no se está ante el derecho de petición.

Por ello, éste no puede tener como destinatarios, por principio, a los órganos jurisdiccionales incluido el Tribunal Constitucional, cuyas decisiones se sustentan siempre en el ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, entre otras resoluciones, en su ATC 46/1980.

D) Peculiaridades del objeto

El derecho de petición se caracteriza, además, por un rasgo o elemento que no contempla el texto del artículo 29 CE, pero que es un arrastre histórico que aparece hoy recogido en el artículo 1.1 LODP, al decir éste: “y sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario”, con la excepción de que con ocasión de su ejercicio se incurra en delito o falta.

Esta cláusula de indemnidad que para algún autor, como L.M.^a DÍEZ-PICAZO (*Sistema de Derechos Fundamentales*, 2003, pág. 359), trae causa de la STC 242/1993 y viene a incorporar la prohibición de cualquier tipo de represalias sobre el peticionario, es significativa de la base histórica de este derecho fundamental.

La excepción ha de contraerse, como es obvio, a tipos penales de delitos o faltas, sin comprender a las sanciones administrativas disciplinarias. Esta reacción “administrativa” queda impedida, para no dar lugar a situaciones que ha reseñado L. MARTÍN-RETORTILLO comentando una jurisprudencia preconstitucional (en *Bajo el signo de la Constitución*, 1983, págs. 350 y ss.).

Otra peculiaridad que reviste el objeto de este derecho fundamental es, cabalmente por su compleja delimitación, la de la posibilidad de transmutación del objeto, como ha puesto de relieve en la doctrina I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op. cit.*). Así lo recoge la Disposición Adicional Primera de la LODP, cuando habilita para transformar en derecho de petición a las Cámaras una iniciativa legislativa popular inadmitida por defectuosa. Esta solución, a la inversa, es decir, transformando en recurso de amparo lo que se formulaba como petición ante el Tribunal Constitucional la adoptó éste en su ATC 46/1980, de 13 de octubre, en que se inadmitió a trámite como amparo constitucional una petición dirigida con base en el artículo 29 CE al Alto Tribunal.

II. SUJETO ACTIVO O TITULARIDAD DEL DERECHO

A) Es uno de los puntos polémicos desde su plasmación por el constituyente en el artículo 29.1

Ya en el Proyecto de Constitución el Senador L. Martín-Retortillo propuso una enmienda que extendía el derecho de petición a los extranjeros y que, acogida por la Comisión Constitucional del Senado, fue después suprimida por la Comisión Mixta que volvió al texto originario, limitado a los “españoles”.

Como ha señalado I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op. cit.*) la doble naturaleza de este derecho, a caballo entre la participación política y la libertad civil, ha propiciado las divergencias respecto de su titularidad: si solamente los españoles, como señala el artículo 29, “todos los españoles”, o si, por el contrario, una titularidad universal que comprendería también a los extranjeros.

En la doctrina anterior a la LODP, y a pesar de la restricción a los españoles contenida en la preconstitucional Ley de 22 de diciembre de 1960, se propugnó su extensión a los extranjeros. Así, F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS (“El Derecho de Petición y la Iniciativa Legislativa”, *Cuadernos de Documentación*, 1980) lo entiende extensivo a los extranjeros, por cuanto a éstos se les reconoce un medio de mayor eficacia como es el derecho a la impugnación administrativa y jurisdiccional de los actos administrativos; argumento este no atendible dado que la tutela judicial efectiva descansa en el concepto de “lesión” y viene referida a los derechos e intereses legítimos cualquiera que sea su titular.

Con planteamiento más riguroso, B. COLOM PASTOR (*El derecho de petición*, Madrid, 1997, págs. 98 y ss.) ya anticipaba la posibilidad de que la ley orgánica de desarrollo lo extendiera, como ha ocurrido, a los extranjeros, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Norma Fundamental que atribuye a aquéllos el disfrute en España de los derechos y libertades públicas “en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Así, pues, la vigente Ley Orgánica 4/2001 ha extendido la titularidad, en su artículo 1, a “toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad”, solución acogida positivamente por I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op. cit.*), porque así se ve reforzada la participación de los extranjeros en los asuntos públicos, siendo así que pueden ostentar derechos participativos de mayor fuste como el de sufragio.

Con independencia de lo plausible de la solución extensiva del derecho fundamental, lo cierto es que se hace con la mayor equiparación, es decir, sin condicionamiento alguno que hubiera permitido la ley de configuración del derecho fundamental, como ha interpretado la jurisprudencia constitucional (STC 107/1984, de 23 de noviembre), sin atender a posibles conexiones de residencia o de vinculaciones patrimoniales en España.

Lo que suscita alguna crítica es la justificación que para dicha extensión a los extranjeros se plasma en la Exposición de Motivos de la LODP. Se dice allí que el derecho abarca a cualquier persona natural o jurídica prescindiendo de su nacionalidad, “como cauce de expresión en defensa de los intereses legítimos y como participación ciudadana en las tareas públicas”.

Pues bien, el derecho analizado no está instrumentado como mecanismo de protección de intereses legítimos, los cuales habilitan a “toda persona”, nacional o extranjera, para ejercitar otro derecho más consistente, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva, instando su protección a los Tribunales, al amparo del artículo 24 del texto constitucional. Por otra parte, la alusión a la participación ciudadana en la cosa pública vale también para mantener la norma constitucional en su ámbito subjetivo reducido a los españoles, pues sólo a éstos se les confiere el estatus de ciudadanía.

B) Personas jurídico-privadas

Por lo que atañe a las personas jurídicas de derecho privado, el legislador de desarrollo les ha atribuido la titularidad del derecho de petición en su artículo 1.º, prescindiendo también de su nacionalidad.

Esta explicitación de considerar titulares del derecho a personas jurídico-privadas se acomoda a la doctrina constitucional, a partir de las SSTC 137/1985 y 64/1988, dada la naturaleza de este derecho participativo que no es incompatible con los fines específicos de estas personas. En la doctrina, así lo entiende P. CRUZ VILLALÓN, quien afirma que según la primera de dichas sentencias el contenido del artículo 19.3 de la Ley Fundamental alemana debe considerarse vigente en nuestro ordenamiento, precepto que dispone: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por la propia naturaleza de éstos, les sean aplicables” (P. CRUZ VILLALÓN, en “La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución”, CEPC, 1999).

Con independencia de las personas jurídicas privadas, que son sujetos individuales del derecho fundamental, ha de considerarse que también pueden ejercitarlo los “grupos sociales” aunque no revistan personificación jurídica. Esta apertura a los grupos se halla respaldada por el artículo 9.2 CE y por la doctrina constitucional, de la que es muestra la citada STC 64/1988.

Esta apertura de la titularidad a los grupos sociales viene recogida en la propia Exposición de Motivos de la LODP, al señalar que la norma de configuración legal entronca con las tendencias mayoritarias “que proclaman una mayor participación de los ciudadanos, y de los grupos en que se integran, en la cosa pública”.

C) ¿Pueden ser titulares las personas jurídico-públicas?

La titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídico-públicas sigue siendo una *vexata questio*, no dilucidada, o no dilucidada de manera definitiva por la jurisprudencia constitucional, que se ha enfrentado con el problema desde la perspectiva del recurso de amparo promovido por Entes públicos alegando vulneración del derecho a tutela judicial efectiva. Los pronunciamientos se han desenvuelto en este ámbito, considerando a los Entes públicos desde la perspectiva del proceso judicial. Muestra de una posición restringida de este derecho son las SSTC 175/2001, del Pleno, con cuatro votos particulares, y 173/2002 y 58/2004, ambas de la Sala Segunda.

Por lo que concierne al derecho de petición habría que distinguir entre peticiones a las Cámaras (artículo 77 CE) en que, al no mostrarse la identificación de entes pertenecientes a un mismo Poder Público, cabe que “autoridades constituidas” —en la expresión de P. CRUZ VILLALÓN— o las Administraciones Públicas formulen peticiones a las Cortes Generales o a las Asambleas de las Comunidades Autónomas y, de otra parte, las peticiones a los demás destinatarios en que la admisión de la titularidad por parte de sujetos públicos ha de ser más restringida, por cuanto la participación política se predica esencialmente de la ciudadanía.

Ello no obstante, ya la vieja y derogada Ley de 22 de diciembre de 1960, reconocía como peticionarias a las Corporaciones, y lo admite también en la doctrina B. COLOM PASTOR (*op. cit.*) señalando como eventuales titulares del derecho a las Corporaciones de base asociativa, como los Colegios Profesionales y las Administraciones territoriales, citando el caso resuelto por la STS de 9 de febrero de 1987 (Ar. 2921), en que el Municipio de Valdoviño instó del Gobierno su desnuclearización, “lo que es perfectamente posible ya que significa únicamente el ejercicio del derecho de petición”, según dice la sentencia.

Más discutible es que, como afirma este autor, la facultad reconocida en el artículo 87.2 CE a las Asambleas autonómicas sea manifestación del derecho de petición; tratándose más bien de una modalidad singular de iniciativa legislativa.

D) Peculiaridades de algunos sujetos

a) Militares

El artículo 29.2 CE restringe en un doble sentido el ejercicio del derecho de petición por miembros de las Fuerzas Armadas (FAS) y de los Institutos Armados y Cuerpos sometidos a disciplina militar: se prohíben las peticiones colectivas y el ejército queda sujeto en su ejercicio a lo dispuesto por su legislación específica.

a') Prohibición de peticiones colectivas

El Anteproyecto de Constitución, siguiendo el antecedente constitucional de 1931, prohibía a las fuerzas armadas el ejercicio del derecho. En el trámite parlamentario se admitió el ejercicio tan sólo individual de este derecho por los sujetos militares.

La prohibición de peticiones colectivas es recogida en la normativa específica de las Fuerzas Armadas y en los Institutos Armados y Cuerpos sometidos a disciplina militar, y da lugar a dos clases de represión, penal y disciplinaria.

En este sentido, la formulación de peticiones colectivas por militares en número de cuatro o más, en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad constituye delito de sedición militar penado con prisión, pena igualmente aplicable a las demás peticiones colectivas, tan sólo degradadas a la vía disciplinaria si la trascendencia fuera mínima (artículo 92 del Código Penal Militar). En esta vía disciplinaria se sancionan como infracciones administrativas (faltas disciplinarias) no sólo la formulación de peticiones colectivas, sino también cuando la petición sea contraria a la disciplina o basada en aseveraciones falsas, y las peticiones con publicidad o a través de los medios de comunicación social, tal como prescriben las Leyes Orgánicas de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1988, artículo 8 que sanciona las faltas graves) y de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991, también recogida en el elenco de faltas graves de su artículo 8).

La petición individual pero incurso en alguno de estos tipos disciplinarios podrá ser sancionada por autoridades insertas en la Administración militar o pertenecientes al Cuerpo de la Guardia Civil, hasta con la corrección de arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar.

Esta panoplia de medios represivos suscita la cuestión de si con ellos se está afectando, de modo limitativo, al contenido esencial del derecho de petición, cuestión que examinaremos más adelante.

En orden a las peticiones colectivas, parece pertinente distinguir, como hace P. CRUZ VILLALÓN (op. cit.), entre peticiones colectivas y “en nombre colectivo”, pues mientras las primeras aluden a una pluralidad de individuos, las segundas, que plantean problemas más graves, serían las presentadas por “colectivos” o grupos de la más diversa índole, no reductibles, como es obvio, a una mera pluralidad de individuos. A este respecto, si bien ambas modali-

dades parecen encajar en la prohibición constitucional, ha de tenerse en cuenta el fenómeno del asociacionismo profesional recientemente admitido en el ámbito de la Guardia Civil. En efecto, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, que regula el Estatuto de los miembros de la Guardia Civil reconoce, en sus artículos 9 y 36, el derecho de asociación profesional de los Guardias Civiles, y a las asociaciones profesionales que a su amparo se constituyan, les faculta para realizar propuestas “y dirigir peticiones relacionadas con sus fines a las autoridades competentes en los términos que reglamentariamente se determinen”.

Por cierto, en esta norma estatutaria el límite que suponen los ilícitos disciplinarios se predica expresamente del derecho fundamental de libertad de expresión y de información de los Guardias Civiles, tal como recoge su artículo 7.1. No así sucede con el derecho de petición reconocido en el artículo 13 que, tras señalar como única posible la modalidad individual, afirma que el ejercicio del derecho fundamental será “en los casos y con las formalidades que señala la legislación reguladora del derecho de petición”, lo que, a su vez, remite a la legislación específica para este Cuerpo, conforme al artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2001.

b') Con arreglo a la legislación específica

Esta determinación constitucional no es, en sí misma, a diferencia de la formulación individual, una restricción en el ejercicio del derecho respecto de los demás ciudadanos, pero la remisión que se efectúa por el artículo 29.2 CE a una legislación singular para el estamento militar, entendida esta expresión en el sentido de los Cuerpos, Fuerzas e Institutos armados a que se refiere el precepto constitucional, dicha remisión, decimos, puede propiciar una regulación o modulación del derecho fundamental que no sólo, como sería lo constitucionalmente adecuado, establezca modalidades procedimentales (caso paradigmático es el cursarlas por “conducto reglamentario”), para acomodarse a los principios de disciplina y jerarquía que pautan la Institución castrense ex artículo 10 de la Ley 85/1978 de Reales Ordenanzas, sino que pueda incorporar límites excesivos o no proporcionados al ejercicio del derecho fundamental, es decir, a su contenido esencial.

La doctrina se muestra concorde en considerar como contenido esencial de este derecho fundamental la llamada garantía de indemnidad, es decir, el que su ejercicio no se vea constraído por coerción alguna procedente de los Poderes Públicos.

La garantía de indemnidad, enunciada en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2001, reproduciendo la contenida en la preconstitucional Ley 92/1960, asegura al peticionario la proscripción de toda consecuencia jurídica dañosa o desfavorable que traiga causa de su petición, con la única excepción de que ésta, en sí misma, constituya delito o falta penalmente tipificada.

Se plantea así la cuestión de si la tipificación de ilícitos disciplinarios para los militares, en relación con la presentación por éstos de peticiones individuales (la prohibición de las colectivas se tipifica como delito por el Código Penal Militar, como ya advertimos), es un límite al contenido esencial de la garantía de indemnidad que excede de lo permitido por el legislador del desarrollo del derecho, al prever éste como única reacción jurídica constitucionalmente aceptable la represión penal, por constituir el contenido de la petición delitos o faltas cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción penal mediante sentencia.

Los reproches disciplinarios contenidos en las Leyes de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, que sancionan como faltas graves en tipificación, además, muy abierta “hacer peticiones contrarias a la disciplina”, o “hacer peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados” apoderan a las autoridades de la Admi-

nistración militar, no a los jueces, para sancionar conductas no delictivas, con imposición de sanciones que pueden llegar a ser privativas de libertad: arresto hasta dos meses en establecimiento disciplinario militar.

Cabe plantear, pues, si las normas disciplinarias militares que tipifican conductas derivadas de aspectos formales de la petición ejercitada por militares, menoscaban la garantía de indemnidad, conforme a la doctrina sobre límites de los derechos fundamentales contenida en la STC 102/2001, de 23 de abril, Sala Primera, referida al ámbito castrense y a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas.

b) Internos en establecimientos penitenciarios

Las peculiaridades contenidas en la Ley General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre), a las que se remite la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2001, para este colectivo, se producen en el ámbito de la Administración penitenciaria, en cuanto sometidos a relación de sujeción especial.

En tanto que ciudadanos, y en virtud del artículo 25.2 CE, y artículo 3 de la citada Ley Orgánica 1/1979, los reclusos gozan del derecho fundamental de petición, en cuanto éste no resulte limitado expresamente por el fallo condenatorio, por el sentido de la pena o por la Ley penitenciaria. Así lo entendió en la etapa preconstitucional, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de marzo de 1977 (Ar. 1813), al señalar que “el derecho de petición no es facultad de que se hallen privados los reclusos”.

Los artículos 50 de la Ley Penitenciaria y 53 de su Reglamento, Real Decreto 190/1996, recogen las singularidades del derecho de petición de los internos respecto de su tratamiento o del régimen del establecimiento: presentación no sólo por escrito sino en forma verbal, funcionarios de la Administración penitenciaria destinatarios de la petición, incluyendo entre éstos a los Jueces de Vigilancia cuando el objeto de la petición o queja afecte a los derechos fundamentales del peticionario, así como la obligación de notificar por escrito a los internos las resoluciones que se adopten sobre su petición.

III. TRAMITACIÓN Y CONTESTACIÓN

La LODP ha sometido el ejercicio del derecho de petición a trámite formalizado, en una prolija regulación que toma la pauta de los verdaderos procedimientos administrativos, en ocasiones de forma inadecuada.

Tras el acuse de recibo (el único deber impuesto al órgano destinatario por la derogada Ley 92/1960), y la posible subsanación de defectos, la Ley abre una fase de admisión a trámite, que obliga al receptor a deslindar su ámbito competencial, y a discernir si lo pedido tiene o no amparo en el ordenamiento jurídico y ante qué órganos administrativos o jurisdiccionales, lo que ha de establecer en plazo máximo de cuarenta y cinco días.

Llama la atención que en el procedimiento administrativo común o *stricto sensu* no se configura esta fase como propia de éste, sino que la inadmisión de la solicitud es una de las formas o contenidos de la resolución final del procedimiento según dispone el artículo 98.4 LRJ-PAC. Esta fase de admisión previa es, pues, más propia de los procesos y recursos judiciales, como se comprueba en los artículos 51 LJCA y 403 LEC.

Pero el giro importante se produce respecto del deber de contestar que se impone a la institución u órgano destinatario, sujeto a plazo máximo de tres meses, conforme determina el artículo 11.1 LODP.

En cuanto a esta obligación de “contestar”, que no de resolver, procede señalar:

– Que ya en la etapa preconstitucional y bajo la vigencia de la Ley de 22 de diciembre de 1960, alguna sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), como la de 10 de abril de 1987, estimó pertinente una resolución decisoria que estime o deniegue la pretensión formulada, con invocación del artículo 53.1 CE, estableciendo el deber no sólo de acusar recibo sino de emitir contestación. Esta sentencia fue elogiosamente comentada por P. GONZÁLEZ SALINAS (en Civitas REDA, abril/junio 1987), que propugna el control jurisdiccional sobre las resoluciones de peticiones graciabiles.

– No procede aplicar aquí el artificio técnico del silencio administrativo, como se infiere del artículo 43.1 LRJ-PAC, porque no estamos ante derechos e intereses legítimos susceptibles, en su contenido, de protección jurisdiccional; ni cabe, por ello, hablar de contestaciones presuntas en ningún sentido, sino de omisión de la contestación debida, frente a la que se articula, según veremos, un cauce jurisdiccional.

– La regulación legal se acoge a la concepción amplia del derecho de petición, pues no se limita a establecer el deber de respuesta sino que impone la obligación de “atenderla”, con una efectividad que no se exige de las resoluciones administrativas, en cuanto al deber de atenderlas (es decir, de acceder a lo pedido) acompaña el de “adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad”, incluyendo el impulso para elaborar disposiciones generales. Esta configuración del derecho fundamental excede, según algún autor (I. FERNÁNDEZ SARASOLA, en su *op. cit.*) de su contenido esencial, lo que acaba por convertir el derecho participativo en un derecho de prestación, juicio que compartimos.

Es importante resaltar que el ámbito de las disposiciones reglamentarias es propicio a que se produzcan peticiones individuales, o de los grupos u organizaciones sociales afectadas, tendientes a lograr que el Gobierno o los Ejecutivos autonómicos desarrollen por vía reglamentaria leyes emanadas de sus respectivos Parlamentos —usualmente reglamentos ejecutivos—, o bien modifiquen o deroguen estas regulaciones infralegales.

En la doctrina, algún autor (M. CALVO CHARRO, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995) ha distinguido, en esta temática, entre actos graciabiles sólo sujetos al derecho de petición (cuando la ley habilitante no contenga remisión normativa alguna, o lo haga en términos de absoluta libertad para el Gobierno de aprobar normas reglamentarias) y actos debidos cuando la Ley fija plazos imperativos para el desarrollo reglamentario, sosteniendo en este último caso la posibilidad de control jurisdiccional ante esta pasividad administrativa.

Ello no obstante, este tipo de soluciones no encajan en el limitado control de la inactividad administrativa previsto en el artículo 29 LJCA, y pugna también de *lege data* con el limitado alcance que en el ámbito de lo normativo, aunque se aprecie nulidad, se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, al prohibirle el artículo 71.2 LJCA la redacción de los preceptos que sustituyan a los anulados.

La única vía de reacción jurídica contra estas omisiones normativas sería, pues, la del ejercicio del derecho de petición ante los Gobiernos u órganos apoderados de competencias normativas, lo que, al menos, daría lugar a una “contestación” que justificase las razones o motivos

para, en su caso, no acceder a dictar la normativa en cuestión, conforme al artículo 11.3 de la LODP.

IV. GARANTÍA JURISDICCIONAL

El artículo 12 LODP dispensa al derecho de petición la tutela judicial que señala el artículo 53.2 CE, es decir, la llamada “protección reforzada” escalonada en las dos vías del procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios y el ulterior amparo constitucional.

Pero lo hace de manera limitativa y, desde luego, desde una perspectiva puramente procedimental, quizás por la falta de derecho del peticionario a obtener lo solicitado. Es, por ello, criticable, y así lo ha hecho en la doctrina I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op.cit.*), que el mencionado precepto haya acotado los actos que en la vía del procedimiento de protección de derechos fundamentales ante la Jurisdicción contencioso-administrativa pueden ser objeto de recurso, como si las lesiones al derecho de petición no pudieran tener origen diverso al de los tres supuestos acotados en dicho artículo 12.

Quedan fuera de estos casos, la ausencia por el órgano destinatario de acuse de recibo y, sobre todo, la iniciación de cauces sancionadores contra el peticionario atentatorio a la esencial garantía de indemnidad.

Para acomodar el acotamiento indicado al propio artículo 53.2 CE (la sumariedad implica cognición limitada, pero debe cubrir toda clase de lesión a los derechos fundamentales en juego) y al artículo 24.1 sobre la efectiva tutela judicial, podría entenderse que el legislador únicamente ha indicado tres supuestos de hipotética lesión sin descartar otros posibles que el peticionario pueda recurrir en la vía preferente y sumaria de los artículo 114 y siguientes de la LJCA, es decir, en el llamado “amparo judicial”.

Lo que se somete a control jurisdiccional es el procedimiento o los aspectos formales del derecho fundamental concernido. La inadmisibilidad implica un juicio en materia competencial, por entender que es errónea la apreciación por el órgano destinatario de su falta de competencia, o bien por entender que el cauce del procedimiento al que se remite el órgano destinatario (parlamentario, administrativo o judicial) no es el adecuado para sustanciar la petición. La contestación con ausencia de requisitos formales, singularmente la falta de adecuada motivación para denegar el acceso a lo pedido, o bien contestación por la que se accede pero a la que no se incorpora la medida oportuna para la efectividad adecuada, desembocará en sentencia que condene al órgano a emitir una nueva contestación en forma.

Finalmente, y por lo que atañe a la omisión del deber de contestar dentro del plazo máximo de tres meses (deber de contestar y notificar en dicho plazo que prescribe el artículo 11.1 LODP), se trata de supuesto de inactividad no comprendido en los dos recogidos en el artículo 29 LJCA. La impugnación de la pasividad administrativa, aun la no formalizada en los términos del citado artículo 29, encuentra actualmente sustento en la inclusión de las omisiones, junto a las disposiciones, actos jurídicos y la vía de hecho, como modalidades de actuaciones potencialmente causantes de lesión a los derechos fundamentales en la vía de amparo constitucional y, por ende, en la vía previa judicial de protección por los Jueces y Tribunales ordinarios. Así resulta de la reforma de los artículos 41.2 y 43.1 de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modificaron estos preceptos en el sentido ampliatorio expuesto.

La sentencia que recaiga en esta modalidad lesiva condenará a la institución u órgano silentes a emitir la contestación omitida, y para ello podrá establecer un plazo determinado tal como le faculta el artículo 71.1.c) LJCA.

En definitiva, la protección o garantía jurisdiccional de este derecho fundamental se agota en su ejercicio, en una tramitación (empleamos esta denominación puesto que no se trata de un auténtico procedimiento administrativo) adecuada y, sobre todo, en la cláusula de indemnidad.

A propósito de esta última, cabe preguntarse si las sanciones disciplinarias impuestas a miembros de las Fuerzas Armadas e Institutos armados de naturaleza militar, derivadas del ejercicio de este derecho de petición, exigen para su reparación el cauce del procedimiento especial de la Ley 29/1998, al que remite genéricamente el artículo 12 LODP, o bien, si como parece más pertinente, los militares así sancionados han de utilizar el cauce específico del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario previsto en los artículos 518 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. A este respecto, hemos de recordar que ya en la STC 113/1995, Pleno (Ponente: García-Mon y González-Regueral), declaró, afirmando la constitucionalidad de los artículos 453 y 518 de la Ley Procesal Militar, que “ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el artículo 53.2 CE a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto”. En esta misma línea insistió poco después la STC 161/1995, Sala Primera (Ponente: Cruz Villalón).

Con todo, compartimos la opinión realista, anclada en el limitado contenido de este derecho fundamental, de L.M.^a DÍEZ-PICAZO (*op. cit.*), al señalar que “(...) dado que en este terreno se tiene derecho a pedir pero no a obtener lo pedido, resulta poco probable que personas sensatas decidan iniciar un largo recurso contencioso-administrativo simplemente para lograr una contestación, cuyo contenido luego no podría ser controlado por juez alguno”, tras esta afirmación insiste en que la verdadera y efectiva protección del derecho fundamental de petición reside en la llamada garantía de indemnidad.

La configuración constitucional y legal de este derecho no ha propiciado, por ello, que las lesiones a éste causadas, y sus contornos precisos hayan llegado al Tribunal Constitucional en sede de recurso de amparo constitucional. Es expresiva, a este respecto, la indicación contenida en la Memoria de dicho Tribunal correspondiente al año 2007, en que al reseñar las sentencias de Sala sobre los derechos y libertades fundamentales se contiene esta tan sucinta como expresiva indicación: “No hubo ninguna sentencia sobre el derecho de petición reconocido en el artículo 29 de la Constitución”.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. a) Igualdad de trato. b) Derecho a vacaciones anuales retribuidas. D) Libre circulación de capitales. a) Ventajas fiscales. b) Convenios para evitar la doble imposición. c) Tributación de los grupos de sociedades. d) Excepciones.

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 miembros. Esta vez podemos congratularnos del desbloqueo de la negativa de Irlanda tras la celebración del referéndum el 2 de octubre de 2009, ahora con un resultado afirmativo. Asimismo el “sí” irlandés ha desbloqueado, también, la actitud obstruccionista que planteaba la República Checa, con lo cual el Tratado reformador de Lisboa entrará en vigor el 1 de diciembre de 2009. Precisamente en el momento de cerrar esta crónica (20 de noviembre de 2009) hemos conocido los nombres del primer Presidente de la Unión, Herman van Rompuy, que hasta ahora había sido el primer ministro belga. Por su parte, será ministra de Asuntos Exteriores de la Unión la británica Catherine Ashton.

En otro orden de cosas, Islandia presentó oficialmente su solicitud de adhesión a la Unión Europea el 23 de julio de 2009. Se espera que las negociaciones de adhesión sean rápidas con lo cual Islandia podría convertirse en el Estado miembro número 28 a mediados de 2010.

Y, por último, La UE roza los 500 millones de habitantes. La población de la UE se sitúa en 499,8 millones de habitantes en 2008 tras crecer el 0,6%. Europa se convierte así en la tercera potencia demográfica tras China e India.

2. PRINCIPIOS GENERALES

De acuerdo con jurisprudencia reiterada del TJCE, el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto (Sentencias de 15 de marzo de 2005, Bidar, C-209/03, Rec. p. I-2119, apartado 31, y de 12 de julio de 2005, Schempp, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 15 y jurisprudencia citada).

En particular, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cualquier ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 12 CE, que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad, en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario.

Entre estas situaciones figuran, en particular, las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros reconocida en el artículo 18 CE (Sentencia de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, Rec. p. I-11613, apartado 24).

Pues bien, la STJCE de 1 de octubre de 2009, asunto C-103/08, resuelve una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 12 CE, planteada en el marco de un litigio entre el Sr. Gottwald y la Bezirkshauptmannschaft Bregenz (autoridad administrativa de distrito de Bregenz) respecto de una multa que se le impuso al no haber abonado el peaje de carreteras.

Para el Tribunal, un nacional de un Estado miembro, como el Sr. Gottwald, puede invocar el derecho a no ser objeto de discriminación por razón de su nacionalidad, consagrado en el artículo 12 CE, cuando ejerce su libertad de circulación y de residencia en el territorio comunitario para pasar sus vacaciones en otro Estado miembro.

A este respecto, se deduce de la jurisprudencia que las normas sobre igualdad de trato entre nacionales y no nacionales no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualesquiera otras formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzcan de hecho al mismo resultado (véanse, en particular, las Sentencias de 23 de enero de 1997, Pastoors y Trans-Cap, C-29/95, Rec. p. I-285, apartado 16; de 19 de marzo de 2002, Comisión/Italia, C-224/00, Rec. p. I-2965, apartado 15, y de 30 de junio de 2005, Tod's et Tod's France, C-28/04, Rec. p. I-5781, apartado 19).

Para el TJCE, éste es el caso, en particular, de una medida que establece una distinción basada en el criterio de la residencia, en cuanto que éste implica el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros, en la medida en que los no residentes son con mayor frecuencia no nacionales.

I. Derecho Comunitario

En el caso de autos, la normativa controvertida en el litigio principal se basaba precisamente en este tipo de criterio, toda vez que reserva la concesión de la viñeta anual gratuita únicamente a las personas discapacitadas que tienen su domicilio o residencia habitual en Austria.

Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho comunitario, tal trato discriminatorio sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (véanse, en particular, las Sentencias de 11 de julio de 2002, D'Hoop, C-224/98, Rec. p. I-6191, apartado 36; y García Avello, antes citada, apartado 31).

En cuanto al requisito relativo a la existencia de consideraciones objetivas de interés general, el Gobierno austriaco alegó que la medida controvertida en el litigio principal tenía por objeto promover la movilidad y la integración social de personas que, por su discapacidad, no pueden utilizar el transporte público y que, en consecuencia, dependen del uso de un vehículo privado. De este modo, dicha medida se dirigía, como lo demuestra la validez anual de la viñeta, a personas que deben utilizar la red de carreteras con cierta frecuencia. Por tanto, en su opinión, el requisito relativo al domicilio o a la residencia habitual era la manifestación de un cierto grado de integración de los beneficiarios de la viñeta gratuita en la sociedad austriaca.

A este respecto, el Tribunal declara en su Sentencia de 1 de octubre de 2009 que tanto la promoción de la movilidad y la integración de las personas discapacitadas como la voluntad de garantizar la existencia de un determinado vínculo entre la sociedad del Estado miembro de que se trata y el beneficiario de una prestación como la controvertida en el litigio principal pueden constituir consideraciones objetivas de interés general que pueden justificar que los requisitos de concesión o de pago de dicha prestación puedan afectar a la libertad de circulación de los ciudadanos de ese Estado miembro.

No obstante, es necesario que también se cumpla el requisito de proporcionalidad. Según reiterada jurisprudencia, una medida es proporcionada cuando, siendo idónea para la consecución del objetivo perseguido, no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzarlo. Más concretamente, en lo que atañe a la exigencia de una vinculación del beneficiario de una prestación a la sociedad del Estado miembro en cuestión, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar, respecto de prestaciones que no se rigen por el Derecho comunitario, como la controvertida en el litigio principal, que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en cuanto a la fijación de los criterios para valorar una vinculación del mencionado tipo (Sentencia Tas-Hagen y Tas, apartado 36).

De este modo, la jurisprudencia ha admitido, en determinadas circunstancias, que las normativas nacionales pueden exigir, para acreditar la existencia de un cierto grado de integración, que el beneficiario de la prestación en cuestión haya estado domiciliado o haya residido durante un cierto período en el Estado en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia, antes citada, Bidar, apartado 59).

En relación con una medida como la controvertida en el litigio principal, destinada a favorecer los desplazamientos habituales en territorio austriaco de personas discapacitadas con el objetivo de integrarlas en la sociedad nacional:

“(...) el domicilio o la residencia habitual son, por tanto, criterios aptos para establecer la existencia de un vínculo de estas personas con la sociedad del Estado miembro de que se trata, que puede, en particular, diferenciarlos, como ha señalado el Abogado General en el

punto 71 de sus conclusiones, respecto de otras categorías de usuarios que utilizan la red de carreteras de dicho Estado miembro únicamente de manera puntual o temporal.

Además, procede señalar que, en el caso de autos, la normativa nacional controvertida en el litigio principal no somete la concesión de la viñeta de peaje gratuita a ningún requisito suplementario vinculado a un período mínimo durante el cual la persona en cuestión deba fijar su domicilio o residencia habitual en Austria.

Las consideraciones expuestas en los apartados preferentes en cuanto a la proporcionalidad de los requisitos de domicilio y de residencia habitual en relación con los objetivos perseguidos por la normativa nacional controvertida en el litigio principal son válidas, máxime si se considera que, como explicó el Gobierno austriaco en la vista sin que le haya contradicho en este punto el resto de interesados que formularon observaciones al Tribunal de Justicia, dichos requisitos se interpretan en sentido amplio, de modo que otros factores de vinculación permiten establecer un vínculo suficiente con la sociedad austriaca a fines de la concesión de la viñeta gratuita.

En particular, como ha precisado dicho Gobierno en la vista, una persona discapacitada que, aunque no haya establecido su domicilio o su residencia habitual en Austria, se desplace regularmente a dicho país por motivos profesionales o personales también tiene derecho a la viñeta de peaje a título gratuito.

En estas circunstancias, es preciso señalar que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no va más allá de lo necesario para cumplir los objetivos que persigue.

En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 12 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita la concesión a título gratuito de una viñeta de peaje anual a las personas discapacitadas que tengan su domicilio o residencia habitual en el territorio de dicho Estado miembro, incluyendo también a las que se desplazan regularmente a dicho Estado por motivos profesionales o personales” (STJCE de 1 de octubre de 2009, apartados 36 a 41).

3. FUENTES

En el período de referencia, no hay novedades que destacar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de fuentes comunitarias.

No obstante, pueden citarse varios pronunciamientos que reiteran el momento de constatación del incumplimiento de un Estado de la obligación de adaptar su Derecho al comunitario. Dicho momento vendrá determinado por la situación normativa que tuviera el Estado al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado, sin que tenga ningún efecto cualquier cambio que tenga lugar con posterioridad (SSTJCE de 19 de mayo, As. C-313/08, Comisión c. Italia –FJ 12º–, de 16 de julio, As. C-574/08, Comisión c. Bélgica –FJ 9º–, de 24 de septiembre, As. C-504/08, Comisión c. España –FJ 6º– y de 1 de octubre, As. C-549/08, Comisión c. Irlanda –FJ 10º–, todas de 2009).

De otro lado, la STJCE de 18 de junio de 2009, As. C-487/07, L’Oréal y otros, recuerda que el marco jurídico y fáctico de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia viene determinado por el órgano jurisdiccional remitente, de modo que el Alto Tribunal comunitario no puede cuestionar las apreciaciones de carácter fáctico –FJ 33º–.

Finalmente, la STJCE de 7 de julio de 2009, As. C-558/07, SPCM y otros, se refiere a la aplicación del principio de proporcionalidad a las disposiciones comunitarias. De este modo, dicho principio, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo –FJ 41º–.

4. RECURSOS

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

En la presente crónica de jurisprudencia observamos nuevamente un número creciente en las sentencias recaídas en recursos de anulación y omisión. Si bien esto sucede, sin embargo, aparecen en ellas pocas referencias nuevas e importantes que modifiquen la situación jurisprudencial existente. No obstante, señalamos algunas de estas sentencias para dar noticia de la jurisprudencia que emana de las instancias judiciales comunitarias. Por ejemplo, respecto el recurso de omisión, la referencia más precisa la encontramos en el fundamento jurídico ducentésimo quincuagésimo tercero de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia recaída el día 7 de octubre de 2009, asunto T-420/05, Vischim/Comisión, cuando este Tribunal de Primera Instancia afirmaba que los requisitos de admisibilidad de un recurso de omisión, establecidos por el artículo 232 CE, no se cumplen cuando la institución demandada, tras haber sido requerida para actuar, define su postura sobre este requerimiento con anterioridad a la interposición del recurso.

Respecto los recursos de anulación, una primera sentencia que podemos recordar es la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Octava), de 1 de julio de 2009, recaída en los asuntos acumulados T-81/07, T-82/07 y T-83/07, KG Holding/Comisión, cuando el Tribunal de Primera de Primera Instancia en el fundamento jurídico cuadragésimo sexto de su sentencia determina que no pueden, por sí mismas, ser objeto de un recurso de anulación las apreciaciones formuladas por la Comisión en los motivos de su decisión. La motivación solamente puede ser sometida al control de legalidad del juez comunitario en la medida en que, tratándose de la motivación de un acto lesivo, constituya el soporte necesario de la parte dispositiva de dicho acto o si, al menos, esta motivación puede alterar la naturaleza de lo decidido en la parte dispositiva del acto en cuestión.

En relación con el Reino de España podemos recordar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 9 de septiembre de 2009, asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02, Diputación Foral de Álava/Comisión, en la cual el Tribunal de Primera Instancia desestimó los recursos T-86/02 a T-88/02, por medio de los cuales se pretendía la anulación de las Decisiones 2003/28/CE, 2003/86/CE y 2003/192/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativas a sendos regímenes de ayudas ejecutados por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Álava (T-86/02), en Vizcaya (T-87/02) y en Guipúzcoa (T-88/02) (DO 2003, L 17, p. 20; DO 2003, L 40, p. 11, y DO 2003, L 77, p. 1, respectivamente) en forma de exención del impuesto sobre sociedades. Así como sobreseyó los recursos T-30/01 a T-32/01, por medio de los cuales se interponía un recurso de anulación de la decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2000 de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, con respecto a los beneficios fiscales otorgados mediante unas disposiciones adoptadas por la Diputación Foral de Álava, la

Diputación Foral de Guipúzcoa y la Diputación Foral de Vizcaya, en forma de exención del impuesto sobre sociedades para determinadas empresas recientemente creadas. Ciertamente la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal puede producir efectos jurídicos autónomos susceptibles de un recurso de anulación pero al haber confirmado el Tribunal de Primera Instancia la legalidad de las decisiones de la Comisión, que ya son definitivas, en las que se ordena suprimir los regímenes fiscales controvertidos y recuperar las ayudas, los demandantes no tienen ya interés en obtener la anulación de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal.

Igualmente podemos recordar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Sexta), de 9 de septiembre de 2009, asunto T-437/05, Brink's Security Luxembourg/Comisión, en la cual dicho Tribunal determinó que es admisible con carácter excepcional un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión que deniega la comunicación de la composición del comité de evaluación de una licitación de contratos comunitarios cuando en su respuesta al requirente no se le comunica que puede solicitar una solicitud confirmatoria por parte del Secretario General de la Comisión, quien debe responder en un plazo de quince días. Si no fuera así la Comisión podría eludir el control del juez comunitario gracias a un vicio formal que le es imputable. De la jurisprudencia se desprende que, al ser la Comunidad Europea una comunidad de Derecho cuyas instituciones están sometidas al control de la conformidad de sus actos con el Tratado, la regulación procesal aplicable a los recursos de los que conoce el juez comunitario debe interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que la aplicación de dicha regulación contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables.

En su Sentencia de 1 de octubre de 2009, asunto C-370/07, Comisión/Consejo, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda), recordó que la Comisión no está obligada a justificar un interés en ejercitar la acción para interponer un recurso de anulación contra decisiones desprovistas de la mención de su base jurídica en el marco de la Conferencia de las Partes de la CITES (Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres), celebrada en La Haya del 3 al 15 de junio de 2007.

En su Sentencia de 7 de octubre de 2009, asunto T-420/05, Vischim/Comisión, el Tribunal de Primera Instancia recordó que, según reiterada jurisprudencia, constituyen actos que pueden ser objeto de recurso de anulación, a efectos del artículo 230 CE, las medidas que producen efectos jurídicos obligatorios que pueden afectar a los intereses del demandante, modificando de forma caracterizada la situación jurídica de éste. En principio, las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión definitiva no constituyen, por tanto, actos impugnables. No obstante, de la jurisprudencia se desprende que los actos adoptados durante el procedimiento preparatorio que constituyen por sí mismos el último término de un procedimiento especial distinto del que debe permitir a la Comisión pronunciarse sobre el fondo y que producen efectos jurídicos obligatorios que pueden afectar a los intereses del demandante modificando de manera caracterizada la situación jurídica de éste, son actos impugnables.

No quisiéramos finalizar esta crónica de jurisprudencia sin recordar a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ex magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y abogado general del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tras su reciente fallecimiento el día 12 de noviembre de 2009 a la edad de sesenta años. A él se debe la recentísima fundamentación del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) en su Sentencia de 12 de noviembre

I. Derecho Comunitario

de 2009, asunto C-192/08, Telia Sonera Finland, sobre la reserva en exclusiva a los operadores de redes públicas de comunicaciones de la posibilidad de invocar la obligación de negociar en materia de interconexión de redes. Como tributo a su persona traemos sus conclusiones presentadas el 28 de abril de 2005 en los asuntos acumulados C-346/03 y C-529/03, Azteni y otros, en el que desarrolla el recurso de anulación con las siguientes palabras:

“68. El recurso de anulación se creó con una finalidad doble: vigilar el respeto del derecho comunitario por las Instituciones y defender los derechos de los demandantes (personas físicas y jurídicas, Estados miembros e Instituciones).

69. Su objeto está limitado a los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, a los del Consejo, a los de la Comisión y a los del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, así como a los del Parlamento Europeo ‘destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros’ (artículo 230 CE, párrafo primero). Además, se permite introducir recursos de anulación contra los acuerdos del Consejo de Gobernadores y del Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones [artículo 237 CE, letras b) y c)].

70. Los motivos para fundar el recurso se circunscriben a la incompetencia, a los vicios sustanciales de forma, a la violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución y a la desviación de poder (artículo 230 CE, párrafo segundo). Los dos primeros se refieren a la legalidad externa, pudiendo suscitarse de oficio, los dos últimos conciernen a la legalidad interna y deben invocarse por los interesados.

71. La restricción en la legitimación para interponer el recurso se erige en una de sus principales características. A diferencia de los demandantes privilegiados –los Estados miembros, el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo–, al Tribunal de Cuentas y al Banco Central Europeo se les abre este cauce únicamente en defensa de sus prerrogativas y a las personas físicas o jurídicas sólo se les deja discutir las decisiones de las que sean destinatarias o las que, aun revistiendo la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otras personas, les afecten directa e individualmente (artículo 230 CE, párrafos tercero y cuarto).

b) La legitimación de los particulares

72. De lo expuesto se deduce que el derecho de acceso de los particulares al Tribunal de Justicia se restringe por dos vías: limitando los actos contra los que reclamar y exigiendo unas cualidades personales al efecto.

i) Actos impugnables

73. La primera limitación excluye la impugnación directa de las disposiciones generales, pues únicamente se consiente respecto de las decisiones. No cabe, pues, frente a reglamentos, salvo que encubran una decisión, ya que en este caso, según la jurisprudencia, la elección de la forma del acto no cambia su naturaleza.

74. No obstante, resulta complicado deslindar los supuestos en los que una actuación es recurrible. Interesa recordar que, según la sentencia Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes y otros/Consejo, el criterio básico de distinción se encuentra en el ámbito de aplicación, pues la decisión tiene limitados sus destinatarios, mientras que el reglamento se destina a categorías consideradas en abstracto y en su conjunto. Ahora bien, el amplio alcance y, por consiguiente, la naturaleza normativa de una resolución no se ponen en tela de juicio por la posibilidad de determinar con mayor o menor precisión el número o, incluso, la identidad de los sujetos sobre los que se proyecta en un momento

dado, siempre que conste que obedece a una situación objetiva fáctica o jurídica definida por el acto en concordancia con su finalidad.

75. Por otro lado, no puede obviarse que, de hecho, las decisiones dirigidas a los Estados miembros suelen tener carácter normativo, ya que se conciben de manera general y abstracta para situaciones delimitadas según parámetros neutros.

ii) La afectación directa e individual

76. Para que una persona acceda al recurso de anulación comunitario no basta con que se dirija contra una disposición susceptible de recurso, sino que, como indiqué en las conclusiones presentadas en el asunto Comité de empresa de la Société française de production y otros/Comisión, ‘sólo la condición cumulativa de la afectación directa e individual del particular no destinatario de la decisión confiere legitimación para intentar la impugnación’ (punto 15).

77. En cuanto a la afectación directa, tiene lugar, en principio, cuando se aprecia una relación de causa-efecto entre la resolución y la modificación de la posición jurídica subjetiva del interesado, aunque en ocasiones requiera medidas de ejecución adoptadas por las autoridades nacionales.

78. Sobre el otro condicionante, cobra todo su valor la doctrina expuesta por primera vez en la sentencia Plaumann/Comisión, reiteradamente mantenida, de que a los sujetos distintos de los destinatarios del acto comunitario no les concierne individualmente, salvo si ‘les afecta como consecuencia de ciertas cualidades particulares o de una situación de hecho que les caracteriza en relación a cualquier otra persona y les individualiza de forma análoga al destinatario’.

79. En esta línea, la sentencia Van der Kooy y otros/Comisión ha declarado que una empresa no puede oponerse, en principio, a una decisión de la Comisión por la que se prohíben unos incentivos sectoriales, si sólo le incumben debido a su pertenencia al ramo de que se trata y a su condición de beneficiario potencial de dicho régimen, puesto que son medidas de alcance general, previstas para situaciones determinadas objetivamente, que implican efectos jurídicos para una categoría de sujetos considerados de manera general y abstracta (apartado 15). Por el contrario, como afirma la sentencia Italia y Sardegna Lines/Comisión, antes referida, se reúne el imperativo de encontrarse afectado individualmente cuando se ostenta la cualidad de beneficiario de la ayuda (apartados 34 a 36”).

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

No se cansa el Tribunal de Justicia –y no debemos hacerlo nosotros–, de recordar algunos de los elementos que constituyen su reiterada jurisprudencia en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere; aunque tampoco de precisarla y perfeccionarla, introduciendo algunos seña-

lados matices de los que nos proponemos dar cuenta en las páginas que siguen. Situación muy distinta, desde luego, a la de la temática cautelar, respecto de la que nada nuevo cabe decir o puntualizar, pues ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia se ha referido a este tópico en el período de tiempo que comprende esta crónica.

Tres son los argumentos que merecen nuestro comentario en lo que concierne al mecanismo prejudicial, a saber: a) los motivos o causas de inadmisión de las cuestiones prejudiciales; b) la posibilidad de reapertura de la fase oral del procedimiento; y c), por razones obvias, las sentencias de este tipo que tienen su origen en peticiones formuladas por órganos jurisdiccionales españoles.

En cuanto a lo primero, esto es, *los motivos de inadmisión prejudicial*, constituyen, al menos desde un punto de vista cuantitativo, el más significado de los argumentos a tratar. Estamos, en efecto, ante la temática prejudicial más recurrente y destacada de todas, como lo demuestra el hecho cierto de que de las más de cincuenta sentencias dictadas por la Corte comunitaria en los últimos tres meses y aquí analizadas, más de doce, esto es, aproximadamente un veinticinco por ciento de ellas, han abordado este tema de un modo u otro. De lo cual, dicho sea entre paréntesis, cabe extraer una primera lectura y es que los motivos de inadmisión prejudicial se han convertido en la principal alegación presentada por las partes en este tipo de procedimientos para tratar de impedir que las cuestiones de fondo sean conocidas y resueltas por el Tribunal de Justicia. Circunstancia ésta que merece ser destacada y de la que, en nuestra opinión, son responsables principalmente las partes, pero también y aunque en menor medida el propio Tribunal.

En efecto, de un lado, las partes parecen empeñadas en desconocer –interesada o desinteresadamente– que el planteamiento de una cuestión prejudicial goza de una presunción de pertinencia que sólo con carácter excepcional, y verificada la concurrencia de una serie de motivos estrictamente tasados, es posible desvirtuar. Pero también y de otro lado, a este estado de cosas ha contribuido y contribuye el propio Tribunal de Justicia, al no dejar suficientemente claro en sus pronunciamientos el alcance, contenido, significado o casos en los que es posible invocar aquellos motivos de inadmisión. El resultado es, como ya antes hemos dicho, que el número de pronunciamientos prejudiciales en los que se enfrenta a la cuestión de la inadmisibilidad no deja de aumentar.

Pero retomemos el hilo expositivo de esta crónica para dar cuenta, en lo que sigue, de los aspectos más significados de algunas de aquellas sentencias a las que antes me refería y donde se ha abordado la temática de la inadmisión.

La primera de ellas, dada su ejemplaridad y su tenor cuasi didácticos, es la **STJCE de 17 de julio de 2009, Gómez Limón, As. C-537/07**, en la que la Corte Comunitaria nos recuerda (apdos. 24 y 25), tal vez como aviso a navegantes: a) que en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 234 del TCE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional; b) que, asimismo, 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; c) que, por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse; d) que, no obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia también ha declarado que en supuestos excepcionales le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez

nacional se dirige a él con objeto de verificar su propia competencia; y e) que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando concurre alguno de los siguientes motivos, a saber:

- Que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.
- Que el problema suscitado lo sea de naturaleza hipotética o meramente consultiva.
- Que el Tribunal de Justicia, dado lo parco de la descripción de los hechos y fundamentos de Derecho de algunas resoluciones de remisión prejudicial, no disponga de los elementos necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

Circunstancias éstas que, dicho sea de paso y en el caso concreto, no comparecen, por lo que (apdo. 29 de la Sentencia) la Corte Comunitaria concluye declarando la admisibilidad de la cuestión prejudicial discutida. Idéntica conclusión e idéntico razonamiento a los que llega en la práctica totalidad del resto de sentencias analizadas durante estos meses y objeto aquí de estudio. Así, por ejemplo, en la **STJCE de 10 de septiembre de 2009, Severi, As. C-446/07**; o en la **STJCE Eurawasser, As C-206/08**, de la misma fecha.

Ahora bien, dicho esto, no es menos cierto que varias de aquellas sentencias merecen cuando menos un comentario aparte, pues introducen algún matiz digno de ser destacado. Es el caso de la **STJCE de 16 de julio de 2009, Futura Immobiliare y otros, As. C-254/08**, en la que, frente a la alegación de una de las partes en el procedimiento (el Ayuntamiento de Casoria, Italia), en el sentido de que una de las cuestiones planteadas en el procedimiento prejudicial tenía un carácter meramente hipotético al versar sobre la interpretación de una directiva comunitaria carente de aplicabilidad directa (apdo. 26 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia precisa y objeta (apdo. 34) que esta circunstancia no resulta relevante, dado que, a tenor del artículo 234 del TCE, aquel Tribunal es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad Europea, y ello *con independencia de que éstos sean directamente aplicables o no*. Por lo tanto (apdo. 35 de la Sentencia), sí que procede –afirma el Tribunal– responder a la cuestión planteada.

Un segundo pronunciamiento prejudicial digno de ser reseñado es el contenido en la **STJCE de 16 de julio de 2009, Mono Car Styling, As. C-12/08**, donde la Corte comunitaria puntualiza que “el hecho de que existan divergencias jurisprudenciales en el seno de un Estado miembro a la hora de determinar cómo debe ser interpretada una norma o precepto también de Derecho interno, pero relacionado con una norma o precepto comunitario, no es óbice para entender que una cuestión prejudicial que verse sobre estos últimos pueda considerarse hipotética” (vid. apdo. 30 de la Sentencia). En su consecuencia, y en este caso (apdo. 31), procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial formulada.

Del mismo modo, y al hilo de la **STJCE de 8 de septiembre de 2009, Budejovicky Budvar, As. C-478/07**, el Tribunal de Justicia tiene ocasión de especificar que “el carácter hipotético de una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no deriva, necesariamente, del mero hecho de su aparente similitud o equivalencia con otra cuestión prejudicial presentada por otro órgano jurisdiccional del mismo Estado y ya respondida por la Corte comunitaria anteriormente”. No debe excluirse, en efecto y según nos recuerda acertadamente el Tribunal de Justicia (apdos. 65 y 66 de la Sentencia), la posibilidad de que

la segunda petición de pronunciamiento prejudicial pueda obedecer a una hipótesis distinta, a un planteamiento distinto de órgano jurisdiccional distinto, de suerte tal que quepan dos interpretaciones diferentes de una misma norma o acto comunitario igualmente verosímiles y necesarias ambas para dar adecuada respuesta a un litigio principal. Por consiguiente (apdo. 69 de la Sentencia), la cuestión prejudicial en el caso considerado debe entenderse admisible.

El Alto Tribunal comunitario, en fin, aprovecha la ocasión que le brinda la **STJCE de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Baw International, As. C-42/07** para establecer que “no existe una necesaria identidad o equivalencia entre la alegación de falta de elementos de hecho en la petición de decisión prejudicial y el agotamiento de todas las vías de averiguación de los mismos por parte del órgano jurisdiccional interno”. En otras palabras, y en opinión siempre del Tribunal de Justicia (apdo. 41 de la Sentencia), lo que cabe exigir a este tipo de órganos y a sus peticiones de decisión prejudicial es que faciliten los elementos fácticos necesarios para que la Corte pueda cumplir su misión de ofrecerles una respuesta útil y, asimismo, para que las partes (en particular los Estados) dispongan de los datos suficientes para poder, en su caso, presentar sus observaciones y alegaciones. No resulta obligado, sin embargo, que aquellos órganos y sus respectivas peticiones hayan efectuado todas las constataciones fácticas y apreciaciones jurídicas que les permite su Ordenamiento interno de un modo agotador. De lo que se deduce que basta que el litigio principal, así como sus principales implicaciones para el Ordenamiento comunitario, se desprendan de la petición de decisión prejudicial para declarar su admisibilidad. Algo que ocurre en este caso (vid. apdos. 42 y 43 de la Sentencia estudiada), según el parecer de la Corte Comunitaria, lo que determina que sea declarada admisible.

De todo lo expuesto hasta aquí cabe concluir, en síntesis, que toda cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia obtendrá, en principio, adecuada respuesta, salvedad hecha de aquellos supuestos en los que, ya sea por la parquedad de la petición de decisión prejudicial, ya sea por su carácter hipotético o meramente consultivo, ya sea por la falta de ligazón entre el Derecho Comunitario y la cuestión formulada por el órgano interno, lo aconsejable sea justo lo contrario, la no-respuesta, y siempre a título de excepción.

Y lo contrario, justamente, es lo que se verifica en la **STJC de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius, As. C-567/07**, única de las sentencias dictadas en los últimos tres meses donde el Tribunal de Justicia declara inadmisibile una de las cuestiones formuladas (la séptima) en la petición de decisión prejudicial que la origina. Así es, constituyendo un *rara avis* entre las sentencias prejudiciales, sucede que en este asunto concreto y respecto del séptimo de los interrogantes planteados (todos las demás son objeto de respuesta), el Tribunal de Justicia opina que el órgano jurisdiccional remitente no le da: “... un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita...” (apdo. 51 de la Sentencia). De un lado, porque ni de la resolución de remisión prejudicial ni de las observaciones formuladas por las partes en el proceso principal resulta posible inferir si existe norma alguna de Derecho comunitario implicada (apdo. 54); y, de otro lado, porque el asunto controvertido parece versar exclusivamente sobre un factor del todo interno como lo es (apdo. 55 de la Sentencia) si cabe o no impugnar una decisión de no otorgamiento de una autorización que ha sido adoptada por un órgano administrativo nacional (neerlandés). Con base en este razonamiento, al Tribunal de Justicia (apdo. 56 de la Sentencia) no le queda más opción que declarar la inadmisibilidad de la séptima cuestión planteada.

Pero volvamos sobre nuestros pasos y exploremos ahora el segundo de los argumentos señalados al comienzo de esta crónica, a saber: las peticiones de reapertura de la fase oral del

procedimiento. Petición de reapertura que se halla contenida en la ya mencionada **STJCE de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Baw International, As. C-42/07**, y donde el Tribunal de Justicia no hace sino confirmar la que viene siendo su reiterada jurisprudencia sobre esta materia: que este tipo de peticiones, salvo excepción, deben ser rechazadas.

Así sucede, de hecho, en esta sentencia. De modo casi ritual, la Corte comunitaria expone a su través (apdos. 29 a 34): que si bien es cierto que tiene competencia para ordenar de oficio (a propuesta del Abogado General o a instancia de las partes) la reapertura de la fase oral de un procedimiento prejudicial (conforme al artículo 61 de su Reglamento), no lo es menos que para ello debe considerar que no está suficientemente informada sobre un asunto o que éste debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida con carácter previo entre las partes. Pero ocurre que, de ordinario –y esta sentencia constituye un buen ejemplo de ello–, el Tribunal de Justicia se considera suficientemente informado para responder a la cuestión planteada, a lo que se añade que ninguna norma procedimental le impone que deba tener en cuenta las observaciones que una de las partes en el proceso (en este caso Bwin) realice a las conclusiones del Abogado General correspondiente. De ello se colige –y es regla general no escrita–, que el Tribunal de Justicia declare (apdo. 35 de la Sentencia) que no procede acordar la reapertura de la fase oral del procedimiento.

Tercer y último tópico digno de mención en esta crónica, lo son las sentencias prejudiciales que han tenido origen en las peticiones formuladas por órganos jurisdiccionales españoles, y ello por dos razones fundamentales. La primera es que no es demasiado frecuente que un “juez español” acuda al Tribunal de Justicia para inquirirle acerca de la validez o la interpretación de una norma o precepto comunitario, como sí ocurre en la **STJCE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, As. C-40/08**; o en la **STJCE de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda, As. C-277/08**, de las que poco más cabe decir.

La segunda, en cambio, es que resulta menos acostumbrado aún que una petición de decisión prejudicial española dé lugar a algún tipo de matiz significativo en esta materia, como sucede con la ya comentada al inicio, **STJCE de 17 de julio de 2009, Gómez Limón, As. C-537/07**; y, en la que ahora más nos interesa, con la **STJCE de 1 de octubre de 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite, As. C-505/07**. En efecto, en este segundo asunto, la petición de pronunciamiento prejudicial que formula el “juez español” no sólo se relaciona –por enésima vez– con uno de los motivos de inadmisión, sino que además ayuda a su más adecuado entendimiento. En concreto sucede que, al hilo de la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español atinente al Reglamento (CE) núm. 952/97, de 20 de mayo, relativo a las agrupaciones de productores y sus uniones, y derogado en la fecha en la que se dicta la sentencia recurrida ante el Alto Tribunal Español, la Corte comunitaria tiene ocasión de pronunciarse sobre si puede o debe considerarse hipotética una cuestión prejudicial que versa, justamente, sobre la interpretación de un norma o precepto comunitario ya derogado.

Pues bien, la respuesta del Tribunal de Justicia es que cuando se verifica esta circunstancia (apdos. 27 y 28 de la Sentencia), es preciso distinguir entre la vigencia de la norma o precepto (lo que no determina por sí sola la inadmisión de una cuestión prejudicial sobre ella) y su relevancia (cuya ausencia sí determinaría la inadmisión de dicha cuestión). Y ocurre, justamente, que en este caso concreto la cuestión prejudicial formulada por el “juez español” versa sobre una norma derogada pero que, a juicio de la Corte comunitaria, no ha perdido su

significación. Hecho éste que determina, en fin (apdo. 29 de la Sentencia), que deba declararse la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español.

E) Medidas cautelares

Ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia ha abordado esta interesante temática durante el período que comprende esta crónica, por lo que nada nuevo cabe señalar al respecto.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 30 de julio al 20 de noviembre de 2009), se han dictado un total de tres sentencias en esta materia. Se trata en primer lugar de la **STJCE (Sala Tercera) de 3 de septiembre de 2009, AHP Manufacturing BV, As. C-482/07**, en este fallo, cuyo origen es una cuestión prejudicial, se enjuicia un tema de patentes en especialidades farmacéuticas. La sentencia en sí no aporta un pronunciamiento novedoso, además de tratarse de un supuesto de hecho de cierta complejidad técnica. En concreto se analiza por parte del Tribunal la interpretación del Reglamento (CEE) núm. 1768/92 del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección (CCP) para los medicamentos, y del Reglamento (CE) núm. 1610/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se crea un CCP para los productos fitosanitarios.

Se discutía la posible colisión e incompatibilidad entre ambos certificados. Para el Tribunal, no obstante, el artículo 3.c) del Reglamento (CEE) núm. 1768/92, leído a la luz del artículo 3.2 del Reglamento (CE) núm. 1610/96 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se conceda un certificado complementario de protección al titular de una patente de base para un producto para el que, en el momento de presentarse la solicitud de certificado complementario de protección, ya se han expedido uno o varios certificados complementarios de protección a favor de uno o varios titulares de otra u otras patentes de base.

En segundo lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 27 de octubre de 2009, ČEZ as, As. C-115/08**, también fruto de una cuestión prejudicial, resulta interesante porque tiene varias derivaciones medioambientales. En concreto se analizan las perturbaciones transnacionales o los riesgos de perturbaciones ligados a las radiaciones ionizantes que afectaban a unos terrenos agrícolas situados en Austria, debido a la explotación por ČEZ de una central nuclear situada en Temelin (República Checa). La sentencia analiza, además de la normativa del Tratado EURATOM, el tema de las autorizaciones concedidas a la empresa que explota la central nuclear.

La conclusión a la que llega el TJCE es 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 nacional 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.

No obstante, esta sentencia se cierra con lo que es ya casi una cláusula de estilo en la resolución de cuestiones prejudiciales. 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. 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 (S. de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97).

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Segunda) de 19 de noviembre de 2009, Kemikalieinspektionen, As. C-288/08**, tiene también por objeto una cuestión prejudicial sobre la interpretación de ciertas disposiciones de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios.

El supuesto de hecho concreto era el siguiente: Nordiska Dental fabrica una aleación para amalgamas dentales e importa, con este fin, mercurio empaquetado. Esta empresa realiza las dos terceras partes de sus ventas en la UE. Los productos que comercializa llevan el marchamo “CE” previsto en la Directiva 93/42. Durante el mes de julio del año 2005, Nordiska Dental, que quería exportar amalgamas dentales, solicitó a la Administración sueca (Kemikalieinspektionen) que la eximiera, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2009, de la prohibición de exportar con carácter comercial mercurio y compuestos químicos que contengan mercurio establecida en el Reglamento. Esta empresa ya había disfrutado de esta exención en dos ocasiones respecto a dos períodos anteriores. Sin embargo, la Administración sueca denegó dicha solicitud. Nordiska Dental interpuso un recurso contra esta decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo, que estimó parcialmente su recurso, al considerar que una prohibición, como la prevista en el Derecho sueco, de exportar amalgamas dentales que contengan mercurio a los demás Estados miembros de la Unión y a los Estados parte del EEE era contraria a la Directiva 93/42 o al artículo 29 TCE. En cambio, dicho órgano jurisdiccional consideró que tal prohibición, en la medida en que se refiere a las exportaciones a terceros países, no es contraria al Derecho comunitario.

El TJCE resuelve el asunto en el sentido de entender que el artículo 4.1 de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la legislación sueca controvertida en el asunto principal, que establece, por motivos relativos a la protección del medio ambiente y de la salud, una prohibición de exportar con carácter comercial amalgamas dentales que contengan mercurio y que lleven el marchamo “CE” previsto en dicha Directiva.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 30 de julio al 20 de noviembre de 2009), se han dictado un total de ocho sentencias del TJCE en la materia, resolutorio, que trataremos de resumir. Destaca el elevado número de pronunciamientos con derivaciones en materia de contratos públicos.

En primer lugar la STJCE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2009, Bwin/Liga Portuguesa de Fútbol Profesional, As. C-42/07, que a pesar de su nombre nada tiene que ver con el mediocre, alienante y vulgar mundo del fútbol profesional. En concreto esta sentencia analiza una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial penal portugués en materia de restricciones a los juegos de azar por Internet. En Portugal, el principio general que rige en materia de juegos de azar es el de prohibición, si bien el Estado se reserva la posibilidad de autorizar, con arreglo al régimen que considere más adecuado, la explotación directa de uno o de varios juegos por un organismo del Estado o directamente dependiente de él o de conceder esta explotación a entidades privadas, con ánimo de lucro o sin él, a través de licitaciones convocadas con arreglo al Código de procedimiento administrativo. Los juegos de azar en forma de loterías, loto y apuestas deportivas se conocen en Portugal con la eufemística denominación de juegos sociales (*jogos sociais*) y su explotación se confía sistemáticamente a la (sic) Santa Casa.

En 2003, el marco jurídico relativo a las loterías, los juegos tipo loto y las apuestas deportivas fue adaptado para dar respuesta a los desarrollos técnicos que permitían ofrecer juegos mediante soporte electrónico, en particular por Internet. Estas medidas se establecen en el Decreto-ley portugués núm. 282/2003, de 8 de noviembre de 2003. Esta normativa tiene por objeto autorizar a la Santa Casa a distribuir sus productos en soporte electrónico y, por otra parte, extender el derecho exclusivo de explotación de la Santa Casa a los juegos ofrecidos mediante soporte electrónico, en particular por Internet, prohibiendo, por tanto, la utilización de estos medios a los demás operadores. Prohibir algo en Internet es como poner puertas al campo.

Por su parte, Bwin es una conocida empresa de juegos en línea con domicilio en Gibraltar. Propone juegos de azar en su sitio de Internet, pero no cuenta con ningún establecimiento en Portugal. Sus servidores para la oferta en línea se encuentran en Gibraltar y Austria. Todas las apuestas son realizadas directamente por el consumidor en el sitio de Internet de Bwin o mediante cualquier otro medio de comunicación directa. Las apuestas dinerarias se satisfacen mediante tarjeta bancaria o por otros medios de pago electrónico. El importe de las eventuales ganancias se computa en la cuenta de apuestas abierta por Bwin a nombre del jugador, quien puede utilizar este dinero para seguir jugando o solicitar que se le transfiera a su cuenta bancaria.

El artículo 49 TCE exige suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (S. de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98). Además, la libre prestación de servicios beneficia tanto al prestador como al destinatario de servicios. Sin embargo, los juegos de azar son algo especial. La normativa en materia de juegos de azar se cuenta entre los ámbitos en que se dan considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los

Estados miembros. A falta de armonización comunitaria en la materia, corresponde a cada Estado miembro apreciar en estos ámbitos, conforme a su propia escala de valores, las exigencias que supone la protección de los intereses afectados (SS. de 20 de noviembre de 2001, Jany y otras, C-268/99, y de 6 de marzo de 2007, Placanica).

El mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades competentes del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que éstas pretenden garantizar (SS. de 21 de septiembre de 1999, Läära y otros, C-124/97, y de 21 de octubre de 1999, Zenatti, C-67/98). Los Estados miembros son, por lo tanto, libres para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido. Sin embargo, las restricciones que impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad (sentencia Placanica, antes citada).

Por ello, el TJCE confirmó las limitaciones de la legislación portuguesa. El artículo 49 TCE no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que impide a operadores como Bwin International Ltd, establecidos en otros Estados miembros donde ofrecen legalmente servicios análogos, proponer juegos de azar por Internet en el territorio de dicho Estado miembro.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, As. C-206/08**, resuelve también una decisión prejudicial surgida del litigio entre dos empresas y cuyo objeto era la interpretación del concepto de “concesión de servicios” en el sentido 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 (los conocidos como “sectores excluidos”).

Se trata de una sentencia que aporta reflexiones interesantes en materia de contratos, en concreto sobre el suministro de agua potable. 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 (véanse, en este sentido las Sentencias Parking Brixen; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia). Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (SS. de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03 y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia). En este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Para el TJCE, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como “concesión de servicios”, en el sentido del artículo 1.3.b) de la

I. Derecho Comunitario

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, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios.

En tercer lugar, la STJCE (Sala Segunda), de 10 de septiembre de 2009, Eschig, (asunto C-199/08), analiza nuevamente una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, y dimanante de un litigio entre un particular y una aseguradora. El artículo 4.1.a) de la Directiva 87/344/CEE debe interpretarse en el sentido de que, cuando un número considerable de tomadores del seguro se haya visto perjudicado por un mismo hecho, el asegurador de la defensa jurídica no puede reservarse el derecho de elegir al abogado de todos los asegurados afectados.

En cuarto lugar, en la STJCE (Sala Segunda) de 1 de octubre de 2009, Comisión/Bélgica, As. C-219/08, que finalmente es desestimatoria, la Comisión pretendía que se declarase el incumplimiento belga del artículo 49 TCE al exigir, en el supuesto de desplazamiento de trabajadores de terceros países por empresas comunitarias en el marco de una prestación de servicios condicionada a:

- una autorización previa al ejercicio de la actividad económica;
- que el permiso de residencia expedido por el Estado en que está establecido el empresario tenga una validez de al menos tres meses posterior a la finalización de la prestación;
- que un trabajador haya estado al servicio del mismo empresario prestador de servicios al menos durante los seis meses anteriores.

Sin embargo, el TJCE confirma la validez de la norma belga. Una normativa nacional adoptada en un ámbito que no haya sido objeto de armonización comunitaria y que se aplique indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de que se trate puede estar justificada, pese a su efecto restrictivo de la libre prestación de servicios, si responde a razones imperiosas de interés general y siempre que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que esté establecido, que la referida normativa sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo. El Tribunal ha declarado que la obligación de que el prestador de servicios efectúe una simple declaración previa acreditando que los trabajadores de que se trata se encuentran en situación regular, especialmente en cuestiones de residencia, permiso de trabajo y cobertura social, en el Estado miembro en el que dicha empresa los tenga en plantilla, no excede de lo necesario para prevenir los abusos a que puede dar lugar el ejercicio de la libre prestación de servicios (S. de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo, C-445/03).

En quinto lugar, la STJCE (Sala Primera) de 6 de octubre de 2009, Comisión/España As. C-153/08, muy interesante por cuanto el Tribunal constata un incumplimiento por parte de España de la normativa comunitaria, en concreto en lo que respecta a la fiscalidad de los juegos de suerte, envite o azar. En concreto el artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE

núm. 285, de 29 de noviembre 2006, p. 41734; en lo sucesivo, “Ley del Impuesto sobre la Renta”), que determina las rentas exentas del impuesto sobre la renta, dispone lo siguiente: “Estarán exentas las siguientes rentas: (...) ñ Los premios de las loterías y apuestas organizadas por la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado y por los órganos o entidades de las Comunidades Autónomas, así como de los sorteos organizados por la Cruz Roja Española y de las modalidades de juegos autorizadas a la Organización Nacional de Ciegos Españoles. (...)”.

Utilizando prácticamente los mismos fundamentos y jurisprudencia que en la STJCE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2009, Bwin (analizada en este mismo número), el Tribunal declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones del artículo 49 TCE y del artículo 36 del Acuerdo sobre el EEE de 2 de mayo de 1992, al mantener en vigor una legislación fiscal que exime de impuestos los premios obtenidos al participar en las loterías, juegos y apuestas organizados en el Reino de España por determinados organismos públicos y entidades establecidos en dicho Estado miembro y que ejercen actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro, sin aplicar la misma exención a los premios de las loterías, juegos y apuestas organizados por organismos y entidades establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE que ejerzan actividades del mismo tipo.

En sexto lugar, la STJCE (Sala Tercera) de 15 de octubre de 2009, Acoset As. C-196/08, surge de una cuestión prejudicial derivada de un litigio entre una empresa y la Administración italiana, relativa a la decisión de la Administración italiana de anular el procedimiento de licitación para la selección del socio privado minoritario en la sociedad de economía mixta adjudicataria directa del servicio integrado de aguas (“servizio idrico integrato”) en la provincia de Ragusa.

Esta sentencia resulta igualmente interesante por las afirmaciones que aporta en materia de contratos públicos. Los artículos 43, 49 y 86 TCE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras —como el que se examina en el litigio principal— a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones.

En séptimo lugar, la STJCE (Sala Cuarta) de 15 de octubre de 2009, Hochtief y Linde-Kca-Dresden As. C-138/08, donde se vuelve a plantear un caso interesante en materia de contratación pública, en concreto en materia de contrato de obras. La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 22 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, así como la relación jurídica transitoria entre esta Directiva y 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. El litigio principal versaba sobre un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público de obras por un

I. Derecho Comunitario

importe superior al umbral comunitario. Enfrenta a dos empresas establecidas en Alemania, Hochtief AG y Linde-Kca-Dresden GmbH, con la KTKD. La entidad adjudicadora del contrato, el Ayuntamiento de Budapest, interviene en dicho litigio en apoyo de la KTKD.

El TJCE comienza recordando que antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, no cabe censurar a los Estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a lo dispuesto en aquélla (SS. de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04). Resultaría contrario al principio de seguridad jurídica determinar el Derecho aplicable en el asunto principal atendiendo a la fecha de adjudicación del contrato, cuando la infracción del Derecho comunitario alegada se achaca a una decisión que ya se había adoptado antes de la fecha mencionada en el apartado anterior de la presente sentencia (S. de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, C-337/98).

La Directiva 93/37 tiene la finalidad de lograr el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos (SS. de 16 de septiembre de 1999, *Fracasso y Leitschutz*, C-7/98; de 27 de noviembre de 2001, *Lombardini y Mantovani*, C-285/99 y C-286/99; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, y de 7 de octubre de 2004, *Sintesi*, C-247/02). Para cumplir el objetivo de lograr el desarrollo de una competencia efectiva, la Directiva 93/37 tiende a organizar la adjudicación de los contratos de tal manera que la entidad adjudicadora pueda comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa, basándose en criterios objetivos.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara que la Directiva 2004/18/CE no es aplicable a una decisión adoptada por una entidad adjudicadora, con motivo de la adjudicación de un contrato público de obras, antes de la expiración del plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva. Por su parte, el artículo 22.3 de la Directiva 93/37/CEE debe interpretarse en el sentido de que cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado y el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado para el procedimiento de que se trata, la entidad adjudicadora puede, no obstante, continuar con la tramitación del procedimiento invitando al candidato o candidatos adecuados a negociar las condiciones del contrato. Finalmente, la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe interpretarse en el sentido de que se cumple la obligación de velar por que la competencia real quede garantizada cuando la entidad adjudicadora utilice el procedimiento negociado en las condiciones recogidas en el artículo 7.2, de dicha Directiva.

Por último, la STJCE (Gran Sala) de 17 de noviembre de 2009, **Presidente del Consiglio dei Ministri As. C-169/08**, en la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Corte Costituzionale italiana. En concreto se le pregunta al TJCE sobre una normativa italiana que establece un impuesto sobre las escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo que únicamente se exige a los operadores que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional.

La cuestión es respondida en sentido negativo. El artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma tributaria de una autoridad regional como la establecida en la Ley núm. 4 de la Región de Cerdeña, de 11 de mayo de 2006, que contiene disposiciones diversas sobre ingresos, recalificación de gastos, medidas sociales y de desarrollo, en su versión de la Ley núm. 2 de la Región de Cerdeña, de 29 de mayo de 2007, que contiene disposiciones sobre el presupuesto anual y plurianual de la Región (Ley presupuestaria de 2007),

por la que se establece un impuesto regional sobre las escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo, que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fuera del territorio regional.

Por su parte, el artículo 87.1 TCE debe interpretarse en el sentido de que una norma fiscal de una autoridad regional por la que se establece un impuesto sobre las escalas, como el controvertido en el litigio principal que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional, constituye una ayuda de Estado a las empresas que tienen su domicilio fiscal en ese mismo territorio.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 30 de julio al 20 de noviembre de 2009), tan sólo se han dictado dos sentencias del Tribunal sobre esta materia. Se trata de la **STJCE (Sala Cuarta) de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal, As. C-438/08**. La sentencia, cuya fundamentación jurídica es realmente breve y concisa, declara el incumplimiento por parte de la República Portuguesa de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 TCE, al haber impuesto restricciones a la libertad de establecimiento de los organismos de otros Estados miembros que pretendan ejercer en Portugal la actividad de inspección de vehículos, en particular a través de la supeditación de la concesión de las autorizaciones al interés público, la exigencia de poseer un capital social mínimo de 100.000 euros, la limitación del objeto social de las empresas y la imposición a sus socios, gerentes y administradores de determinadas normas en materia de incompatibilidad.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Cuarta) de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, As. C-536/07**, analiza otra derivación de la normativa comunitaria sobre contratos. Procede declarar que el objetivo fundamental del contrato principal era la edificación de los pabellones de que se trata conforme a las necesidades especificadas por la ciudad de Colonia. Además, dichos pabellones 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-GbR, en condición de contratista, con independencia de que ésta decidiera realizar la obra por subcontratación (S. de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C 399/98), y la ciudad de Colonia, en cuanto que poder adjudicador. Por consiguiente, dicho contrato ha de calificarse como contrato público de obras en el sentido del artículo 1.a) de la Directiva 93/37. Esta conclusión no queda desvirtuada por el argumento de la República Federal de Alemania, basado en que el importe total de la renta que debía abonarse a GKM-GbR en concepto de alquiler, que habría de alcanzar finalmente unos 600 millones de euros, supere con mucho el coste de la construcción de las obras, cifrado en unos 235 millones de euros, demuestra que el elemento “prestación de servicios” prevalece en la operación de que se trata. En efecto, el elemento determinante para la calificación de un contrato como el controvertido es el objeto principal de éste 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, carece de la entidad suficiente y no afecta a la calificación del contrato controvertido.

La sentencia declara en esta ocasión un incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7.4 y 11 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al haber celebrado la ciudad de Colonia, el 6 de agosto de 2004, un contrato con la sociedad inmobiliaria Grundstücksgesellschaft Köln sin recurrir al procedimiento de adjudicación de contratos establecidos en dichas disposiciones.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Igualdad de trato

La STJCE de 10 de septiembre de 1009, Comisión c. Alemania, As. C-269/07, ha declarado que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 39 de la CE, y del artículo 7, apartado 2 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, así como del artículo 18 de la CE, al establecer y mantener las disposiciones relativas a las pensiones complementarias en los artículos 79 a 99 de la Ley federal sobre el impuesto de la renta (Einkommensteuergesetz), en la medida en que dichas disposiciones: a) deniegan a los trabajadores fronterizos y a sus cónyuges el derecho a una ayuda para ahorro-pensión, si no son sujetos pasivos del impuesto por obligación personal en dicho Estado miembro; b) no permiten que el capital acumulado se invierta en la adquisición o la construcción de una vivienda para uso personal del beneficiario si el inmueble no está situado en Alemania, y c) exigen la devolución de dicha ayuda si cesa la sujeción al impuesto por obligación personal en ese mismo Estado miembro.

La cuestión más importante que resuelve esta sentencia es la calificación de la ayuda para ahorro-pensión como ventaja social –tal y como sostenía la Comisión Europea– y no como ventaja fiscal –argumentación defendida por el República Federal de Alemania–. Y, en este sentido, la sentencia contiene un serie de pautas que permiten determinar cuándo determinada ayuda tiene la condición de ventaja social.

Como primer paso de su argumentación, el Tribunal examina la finalidad y los requisitos para la concesión de la ayuda para ahorro pensión. Y concluye que su origen responde a consideraciones sociales, ya que esta ayuda se creó para compensar la disminución futura del nivel de jubilación legal y, a tal fin, constituye una ayuda financiera destinada a incentivar a los interesados a constituirse una pensión complementaria durante su vida profesional. Además, subraya el Tribunal, dicha ayuda se concede, principalmente a los trabajadores por cuenta ajena afiliados al régimen legal de la pensión por jubilación, ya que son los primeros a los que afecta la bajada del nivel de la jubilación legal. Hay que destacar también que esta ayuda se concede con independencia de los ingresos del beneficiario y que su importe depende tanto de las cotizaciones de ahorro-pensión pagadas como del número de hijos por los que el beneficiario percibe ayudas familiares. Además, el derecho a la ayuda nace cuando vence el año natural en el curso del cual se han pagado dichas cotizaciones.

Como segundo nivel de razonamiento, el Tribunal de Justicia constata que ninguna de las alegaciones de la República Federal de Alemania invalida esta conclusión.

En primer lugar, la circunstancia indiscutida de que la ayuda beneficia igualmente a otras personas que no tienen la condición de trabajador en el sentido del Derecho comunitario carece de pertinencia a la hora de negar el carácter social de la ayuda, ya que el concepto de ventaja social no exige que exista un vínculo con un contrato de trabajo.

En segundo lugar, el hecho de que otras categorías de personas sean beneficiarios de la ayuda pese a no ser trabajadores demuestra que el objetivo social perseguido respecto de los asalariados ha sido extendido a otras categorías de personas que se encuentran en una situación similar respecto del régimen legal de jubilación.

Finalmente, la circunstancia invocada por la República Federal de Alemania, que la conclusión de un contrato de ahorro-pensión con una entidad privada y el pago consecutivo de las cotizaciones correspondientes son voluntarios por naturaleza no puede tener efectos sobre la calificación de la ayuda controvertida como ventaja social, en la medida en que esta calificación no depende del carácter obligatorio del régimen que reconoce dicha ventaja.

b) Derecho a vacaciones anuales retribuidas

La STJCE de 10 de septiembre de 2009, Pereda, As. C-277/08, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid. En este sentido, se solicita al Tribunal Europeo que establezca si en los supuestos en los que el período vacacional fijado por la empresa coincide con una incapacidad temporal, el trabajador afectado tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales en otro período.

La Directiva 2003/88/CE se limita a establecer que: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”. Ahora bien, dada la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, el Tribunal de Justicia declara que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal. No hay que olvidar que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad.

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

La STJCE de 6 de octubre de 2009, Comisión contra España, As. C-562/07, ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos

56 CE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al tratar de forma diferente, hasta el 31 de diciembre de 2006, las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes. De este modo, se declara contraria a Derecho comunitario la normativa derogada por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Tal y como disponía dicha normativa, las ganancias patrimoniales obtenidas en España por contribuyentes no residentes como consecuencia de la transmisión de bienes se gravaban con un tipo único del 35%, mientras que las obtenidas por los residentes se gravaban con arreglo a una escala progresiva cuando los elementos patrimoniales transmitidos habían permanecido en el patrimonio del contribuyente durante un año o menos y con un tipo único del 15% cuando esos elementos habían permanecido en el patrimonio del contribuyente durante más de un año.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 56 CE prohíbe las restricciones de los movimientos de capitales sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58 CE. De los apartados 1 y 3 de este último artículo resulta que los Estados miembros pueden distinguir en su Derecho fiscal entre los contribuyentes residentes y los contribuyentes no residentes siempre que esta distinción no constituya ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales. A este respecto, añade que el artículo 58 CE, apartado 1, que como excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales debe ser objeto de una interpretación estricta, no puede interpretarse en el sentido de que cualquier legislación fiscal que establezca una distinción entre los contribuyentes en función del lugar en que inviertan sus capitales sea automáticamente compatible con el Tratado. Y en este sentido, la distinción española se reputa incompatible, ya que la normativa controvertida no responde a una diferencia de situación, en el sentido del artículo 58 CE, apartado 1, derivada del lugar de residencia de los contribuyentes.

Por su parte, la **STJCE de 15 de octubre de 2009, Busley, As. C-35/08**, analiza igualmente si determinada ventaja fiscal establecida en el impuesto sobre la renta es compatible con el Derecho comunitario. En concreto, esta sentencia examina si es contrario al artículo 56 CE el hecho de que, en el cálculo de sus ingresos en Alemania, una persona física sujeta al pago de impuestos en Alemania como residente no pueda —a diferencia de cuanto ocurre con una pérdida derivada de un inmueble ubicado en el territorio nacional— deducir las pérdidas derivadas del arrendamiento de un bien inmueble situado en otro Estado miembro en el ejercicio en que se hayan producido tales pérdidas y si es igualmente contrario al artículo 56 CE el hecho de que, en el cálculo de los ingresos procedentes del arrendamiento de un inmueble ubicado en otro Estado miembro, una persona física, [ilimitadamente] sujeta al pago de impuestos en Alemania como residente, únicamente pueda aplicar la amortización normal, mientras que, en cambio, de tratarse de inmuebles ubicados en el territorio nacional, podría aplicar la amortización decreciente, más elevada.

El Tribunal de Justicia comprueba que la legislación alemana produce una desventaja fiscal que puede disuadir a una persona tanto de invertir en un bien inmueble situado en otro Estado miembro, como de conservar el bien, si es de su propiedad. De ello se desprende que medidas nacionales como las que son objeto del procedimiento principal constituyen restricciones a los movimientos de capitales prohibidas, en principio, por el artículo 56 CE.

Además, dicha restricción no está justificada. El Gobierno alemán defendía que estas disposiciones se adoptaron para dar respuesta a una escasez generalizada de viviendas de alquiler

en Alemania. Ahora bien, el Tribunal de Justicia rechaza este argumento, por no respetar los límites de la proporcionalidad. Así, según el apartado 32 de la sentencia reseñada.

“(…) aun suponiendo que dicho objetivo pudiese justificar una restricción a la libre circulación de capitales, una medida nacional como ésta, que establece una clara distinción en función de que las viviendas destinadas al alquiler estén o no situadas dentro del territorio nacional, no resulta adecuada para garantizar su realización. En efecto, en lugar de ir dirigida a aquellos lugares en que la escasez de este tipo de viviendas es especialmente acusada, el artículo 7, apartado 5, primera frase, número 3, letra a), de la EStG pasa por alto, como pusieron de relieve los demandantes en el procedimiento principal y la Comisión, las diferentes necesidades de unas y otras regiones en Alemania. Además, la amortización decreciente puede aplicarse a toda clase de viviendas de alquiler, desde la más sencilla a la más lujosa. En tales circunstancias, no puede presumirse que los inversores privados, movidos principalmente por consideraciones económicas, respondan al objetivo pretendidamente sociopolítico de dicha disposición”.

b) Convenios para evitar la doble imposición

La STJCE de 1 de julio de 2009, *Damseaux, As. C-128/08*, analiza la compatibilidad con el Derecho comunitario del Convenio franco-belga para evitar la doble imposición. En concreto, se cuestiona si el artículo 56 [CE] permite que siga existiendo una doble imposición parcial de los dividendos de las acciones de sociedades establecidas en Francia y que hace recaer sobre tales dividendos una presión fiscal mayor que la mera retención a cuenta belga sobre las rentas del capital mobiliario aplicada a los dividendos distribuidos por una sociedad belga a un accionista que resida en Bélgica.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que, en la medida en que el Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como la del litigio principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de dobles imposiciones dentro de la Comunidad, el artículo 56 CE no se opone a un convenio fiscal bilateral en virtud del cual los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en un Estado miembro a un accionista residente en otro Estado miembro pueden ser gravados en ambos Estados miembros, y que no prevé que se establezca, a cargo del Estado miembro de residencia del accionista, una obligación incondicional de evitar la doble imposición jurídica que de ello resulte.

c) Tributación de los grupos de sociedades

La STJCE de 1 de octubre de 2009, *Gaz de France-Berliner Investissement, As. C-247/08*, tiene por objeto determinar si la letra a) de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en relación con el punto f) del anexo de ésta, debe interpretarse en el sentido de que pueda considerarse que una sociedad de Derecho francés que reviste la forma de una “société par actions simplifiée” fuera una “sociedad de un Estado miembro” a efectos de dicha Directiva ya antes de que ésta fuera modificada en virtud de la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, en el que dicho tipo de sociedad se contempla expresamente. Como es sabido, la Directiva 90/435/CEE tiene por objeto eli-

minar, mediante el establecimiento de un régimen fiscal común, toda penalización de la cooperación entre sociedades de Estados miembros distintos con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro y facilitar así la agrupación de sociedades a escala comunitaria.

El anexo de la Directiva 90/435 utiliza dos técnicas distintas para designar las sociedades comprendidas en su ámbito de aplicación. Así, si bien se emplea una fórmula genérica en los puntos k) y l) de dicho anexo, que se refieren a “las sociedades comerciales o las sociedades civiles de forma comercial, las cooperativas y las empresas públicas constituidas de conformidad con el Derecho portugués” y “las sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido”, respectivamente, en los otros puntos de dicho anexo se indican expresamente las denominaciones de las formas jurídicas.

Esta última técnica utilizada en la mayoría de los puntos del anexo de la Directiva 90/435, en particular, en el punto f) de dicho anexo, relativo a las sociedades de Derecho francés, consistente en enumerar las denominaciones de las formas jurídicas a las que resulta de aplicación la referida Directiva, sin contener cláusula alguna que permita la aplicación de tal Directiva a otras sociedades constituidas con arreglo al Derecho de los Estados miembros respectivos, a excepción, en lo que atañe al Derecho francés, de los establecimientos y empresas públicos, lo que implica, a juicio del Tribunal, que dichas denominaciones se enumeran de manera exhaustiva.

d) Excepciones

La interesante **STJCE de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius, As. C- 567/07**, analiza el ámbito de las excepciones previstas en el artículo 58 CE. En concreto, dicha sentencia examina la compatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa neerlandesa que, salvo autorización previa, impide a las empresas nacionales que realizan actividades en el ámbito de la vivienda de protección pública realizar actividades semejantes en otros Estados miembros. Esta autorización se supedita a que la empresa en cuestión demuestre que la inversión transfronteriza se realiza en interés de la vivienda de protección oficial en los Países Bajos.

Existiendo una restricción a la libre circulación de capitales, el Tribunal analiza si, en primer lugar, ésta tiene su origen en razones imperiosas de interés general y, en segundo lugar, si se trata de una medida necesaria y apropiada. La normativa neerlandesa supera el primer test, pero no el segundo, dado que se reputa demasiado amplia la discrecionalidad de que goza la Administración a la hora de otorgar dicha autorización.

En efecto, en primer lugar el Tribunal afirma que procede declarar que las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general y, por ende, justificar restricciones tales como la establecida por el Decreto nacional controvertido en el asunto principal.

A la hora de examinar si la medida es necesaria y apropiada, se parte de que un régimen de autorización previa puede, en ocasiones, ser necesario y proporcionado a los fines que persigue si éstos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas, en particular, mediante un sistema de notificación apropiado. Y, además, no puede excluirse que tal sea el caso de una política de vivienda de protección oficial con unos objetivos como los que marca la Ley de

vivienda neerlandesa. En efecto, un control previo por parte de la administración competente parece el más indicado para garantizar que los recursos de los organismos autorizados se destina principalmente a satisfacer las necesidades de determinados sectores de la población, mientras que un sistema de comprobación *a posteriori* corre el riesgo de intervenir demasiado tarde, cuando ya se han realizado importantes inversiones y difícilmente se pueden recuperar. Ahora bien, dicha normativa vulneraría el Derecho comunitario al no fijar un criterio específico que permita a los organismos afectados conocer de antemano en qué circunstancias les será concedida su autorización. Y es que:

“No obstante, como ha señalado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de Derecho comunitario, en particular, a las relativas a una libertad fundamental como la que es objeto del procedimiento principal. Además, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a tal libertad fundamental, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que garanticen su adecuación para establecer suficientemente los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales (véase, en particular, la Sentencia de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-0000, apartado 64 y jurisprudencia citada)” [apartado 35].

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de inconstitucionalidad.

B) Cuestión de inconstitucionalidad. C) Recurso de amparo: a) Recurso frente a providencias de inadmisión y trámite de aclaración de sentencias (artículos 50.3 y 93.1

LOTC): el Tribunal Constitucional sólo está obligado a aclarar sus sentencias pero no sus

proveídos ni autos. **3. Distribución de competencias.** A) Ayudas públicas, competencias autonómicas sobre turismo y planificación de la actividad económica del artículo

149.1.13 CE. B) Competencias en materia de carreteras (artículo 149.1.24ª CE): corresponde al Estado concretar las carreteras de interés general.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de julio a septiembre de 2009. En este trimestre, el Tribunal Constitucional ha dictado 37 sentencias, de las cuales 27 han sido recursos de amparo constitucional, 8 cuestiones de inconstitucionalidad, un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto positivo de competencias. Ninguno de los recursos de amparo resueltos por las 27 sentencias fueron planteados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, por lo que el Alto Tribunal no ha dado más pasos en la aún incompleta interpretación del concepto de “especial trascendencia constitucional” [artículo 50.1.a) LOTC]. Tampoco alguno de los 28 Autos dictados en el seno de recursos de amparo constitucional lleva a cabo ningún tipo de desarrollo doctrinal.

El principio de descentralización en la toma de decisiones por parte del Tribunal introducida por la última reforma de la LOTC no ha tenido un claro reflejo en la actuación del Tribunal en este trimestre: tan sólo 4 recursos de amparo (el 14%) fueron resueltos por las Secciones con base en el artículo 52.2 LOTC (aplicable en virtud de la disposición adicional primera de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC) al estimar el Tribunal que para su resolución era aplicable doctrina consolidada (SSTC 188/2009; 176/2009; 175/2009; 174/2009). Además, de las 8 sentencias dictadas sobre cuestiones de inconstitucionalidad, todas fueron resueltas por el Pleno del TC a pesar de que sólo se citaba doctrina harto reiterada sobre la constitucionalidad de los artículos 153.1 y 172.2 CP redactados en virtud de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. El Pleno del TC no defirió su resolución a las Salas como le permite el artículo 8.2

LOTIC. Sin embargo, y siguiendo con dicho principio de descentralización, tanto el recurso de inconstitucionalidad como el conflicto positivo de competencias fueron resueltos por la Sala Primera (disposición adicional primera LO 6/2007, de 24 de mayo). Por último, las Salas se han pronunciado sobre la admisión de recursos de amparo (artículo 11.2 LOTC) en tres ocasiones y el Pleno sobre la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad y del conflicto positivo de competencias.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa sobre el recurso de inconstitucionalidad en las sentencias dictadas este trimestre.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

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

C) Recurso de amparo

a) Recurso frente a providencias de inadmisión y trámite de aclaración de sentencias (artículos 50.3 y 93.1 LOTC): el Tribunal Constitucional sólo está obligado a aclarar sus sentencias pero no sus proveídos ni autos

Mediante el ATC 238/2009, de 21 de septiembre, la Sección Cuarta del Tribunal inadmite el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia de inadmisión de un recurso de amparo por incurrir en falta de agotamiento de los recursos en la vía judicial (no interposición del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 LOPJ). El motivo de este recurso no es la disconformidad del Ministerio Fiscal con la decisión del Tribunal, ya que está de acuerdo con la inadmisión y con la falta de agotamiento de la vía judicial previa, sino interesar que el Tribunal “complete de algún modo su resolución de inadmisión para que la parte demandante pueda entender el sentido de la misma, al objeto de satisfacer su derecho de acceso al recurso”. El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de súplica por considerar que el Ministerio Fiscal no impugna ninguna infracción cometida por la providencia de inadmisión (único objeto del artículo 50.3 LOTC) sino que se limita a trasladar al Tribunal “las dudas y discrepancias de la parte recurrente, interesando un pronunciamiento de aclaración que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sólo prevé con relación a sus sentencias (artículo 93.1 LOTC) y no a sus proveídos y autos”.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Ayudas públicas, competencias autonómicas sobre turismo y planificación de la actividad económica del artículo 149.1.13 CE

La STC 200/2009, de 28 de septiembre (Sala Primera), estima el conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Galicia y declara la nulidad de varios artículos del Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre. El Estado organiza distintas líneas de financiación para modernizar lo que se denomina de forma eufemística “destinos turísticos maduros”, expresión con la que se hace referencia a aquellos establecimientos que muestran signos de obsolescencia y precisan ser renovados. Se establecen diversas actuaciones con cargo al Fondo financiero del Estado para la modernización de las infraestructuras turísticas (FOMIT): el desembolso de aportaciones al capital de sociedades, el otorgamiento de préstamos con largos plazos de amortización y bajos tipos de interés, la constitución de garantías sin contraprestación para asegurar los préstamos y la concesión de subvenciones.

El Tribunal Constitucional considera que la norma se inserta en la materia turismo, que ha sido asumida con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma (artículo 27.21 del Estatuto de Autonomía de Galicia), aunque admite la incidencia de la competencia del Estado relativa a la planificación de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE). Se justifica la creación por parte del Estado de instrumentos de financiación de inversiones turísticas basándose en la importancia del sector turístico en la economía española (se citan al respecto las SSTC 75/1989, de 21 de abril y 242/1999, de 21 de diciembre). Sin embargo, se señala que la actividad de fomento del Estado en esta materia debe respetar la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la Comunidad Autónoma. Por lo tanto, la gestión de las ayudas debe corresponder a la Comunidad Autónoma (se toma como referencia la STC 13/1992, de 6 de febrero). La sentencia declara la inconstitucionalidad de aquellos artículos del Real Decreto que centralizan en las autoridades del Estado la convocatoria y gestión administrativa de las ayudas. El Tribunal Constitucional considera que no concurre en este caso ninguna circunstancia excepcional que haga imprescindible la intervención del Estado en la gestión.

La sentencia matiza que la doctrina constitucional relativa a la gestión administrativa de las subvenciones no puede aplicarse a las operaciones de crédito. El artículo 26 del Decreto prevé la prestación de garantías por parte del FOMIT en operaciones de préstamo concertadas entre el ICO y entidades públicas que sean a su vez beneficiarias del referido Fondo. Se establece una relación crediticia en la que se entrega una financiación con vocación de devolución y con una contraprestación en forma de intereses pactados por las partes. En caso de incumplimiento por parte del deudor de su obligación de devolver el préstamo, se ejecutaría la garantía prestada por el FOMIT. La sentencia considera que corresponde al Estado autorizar la prestación de este aval. Según el Tribunal Constitucional, la decisión acerca de la constitución del aval no vacía de contenido las competencias autonómicas, en la medida en que la garantía tiene como objeto asegurar un préstamo en cuya concesión ha intervenido la Comunidad Autónoma.

B) Competencias en materia de carreteras (artículo 149.1.24ª CE): corresponde al Estado concretar las carreteras de interés general

La STC 168/2009, de 9 de julio (Sala Primera), declara la inconstitucionalidad de algunos apartados de la Ley del Parlamento Vasco 5/2002, de 4 de octubre, de segunda modificación

de la Ley reguladora del plan general de carreteras del País Vasco. La sentencia reitera los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la STC 65/1998. Se recuerda que la distribución de competencias en materia de carreteras se basa en el criterio del interés general. Según el Tribunal, el criterio del interés general “viene a completar al puramente territorial, sin excluirlo esencialmente, pero añadiendo al mismo una dimensión cualitativa que permite atender a la relevancia de las carreteras en su función de infraestructuras del transporte y las comunicaciones terrestres (esto es, a la trascendencia de los itinerarios del tráfico o transporte que se efectúa sobre las mismas)”. Se reconoce a los órganos estatales un amplio margen de libertad para determinar las circunstancias que permiten calificar a una carretera como de interés general e integrarla en la red de carreteras del Estado.

La sentencia declara la nulidad de parte de la disposición adicional segunda de la Ley del Parlamento Vasco, que preveía la posibilidad de que se incluyera “a efectos única y exclusivamente funcionales” de diversas carreteras en la red de interés general del Estado. Este inciso resulta contrario al artículo 4 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, que establece que corresponde al Estado la planificación, proyección, construcción, conservación, uso y explotación de las carreteras que reciben la citada calificación de las carreteras de la Red estatal. También se declara la nulidad de la mención dentro del catálogo de la red general de carreteras del País Vasco en el Anexo I de la Ley de dos tramos de carreteras que forman parte de la Red de carreteras del Estado según el anexo del Real Decreto 1421/2002, de 27 de diciembre (tramo comprendido entre el límite de Álava y Armiñón de la autopista A-1, Burgos-Cantábrico, Maltzaga, y el tramo de la autopista A-68, con comienzo en el enlace A-8, Solución Sur, y fin en el límite de La Rioja).

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 y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículos 2 y 3 CEDH). Obligaciones positivas de los Estados y falta de investigación e información. C) Prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH). a) Derecho de los presos al tratamiento médico e incumplimiento de medidas cautelares (artículo 34 CEDH). b) Malos tratos a un preso por acumulación de traslados, medidas de aislamiento y registros corporales. c) Obligaciones positivas de los Estados en casos de malos tratos en el seno de la familia. D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH). a) Principio de seguridad jurídica, violado por la contradicción de resoluciones judiciales. b) Pruebas obtenidas de manera ilegal. El conjunto del proceso ha de satisfacer las exigencias del derecho a un juicio justo. c) La inducción a cometer delitos por parte de policías infiltrados supone vulneración del derecho a un juicio justo. d) La renuncia a la asistencia letrada en los interrogatorios policiales debe realizarse de manera inequívoca y dentro de unas mínimas garantías. E) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) y principio de legalidad penal (artículo 7 CEDH). a) Irretroactividad del Derecho Penal y retroactividad de la ley penal más favorable. b) Los procedimientos penales abreviados no deben suponer disminución de las garantías judiciales. F) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) y derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1). Violación reiterada de las obligaciones del Convenio. Caso piloto: obligación estatal de reformar la normativa vigente. G) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). a) Restricciones a los derechos de comunicación de un preso condenado por pertenencia a una organización criminal. b) Dilación indebida en un proceso de secuestro de menor por parte de la madre. H) Libertad de religión (artículo 9 CEDH). Los Estados parte del CEDH vulneran la libertad de religión cuando intervienen de forma no neutral en disputas internas de una congregación religiosa. I) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH). a) Discurso racista. Disminución de

lo permitido a los políticos, que deben defender la democracia y sus principios.

b) La provocación a la discriminación no es ejercicio de la libertad de expresión.

c) Conflicto entre libertad de expresión y derecho a la propia imagen, derivado del derecho a la vida privada (artículo 8 CEDH). La publicación de imágenes de personas públicas previamente comercializadas o consentidas no supone violación del derecho a la vida privada. d) La insuficiencia de garantías jurídicas para proteger a la radiotelevisión pública de controles políticos supone vulneración de la libertad de expresión.

J) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH). Obligaciones positivas del Estado en relación con la discriminación por pertenencia a una organización sindical (artículo 11 CEDH). K) Derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo 1). a) Su violación por el

modo de ejecución de una sentencia indemnizatoria. b) Violación por la aplicación de legislación tributaria retroactiva perjudicial para el ciudadano. **3. Jurisprudencia del**

Tribunal Constitucional. A) Derecho a ejercer los cargos públicos representativos

(artículo 23.2 CE). a) La privación de la dedicación exclusiva y de los beneficios económicos asociados al Grupo Mixto no puede considerarse vulneración de este derecho.

b) El derecho a solicitar la presencia de autoridades y funcionarios en el seno de las Comisiones parlamentarias no puede ser limitado por el uso parlamentario según el cual, en el caso de órganos colegiados, ha de comparecer su Presidente. **4. Jurisprudencia del**

Tribunal Supremo. A) Nacionalidad (artículo 11 CE). a) La falta de integración es motivo suficiente para la denegación de la concesión de la nacionalidad española.

b) La falta de buena conducta cívica justifica la denegación de la nacionalidad española.

B) Derecho de asilo (artículo 13.4 CE). La extorsión o secuestro de índole económica

no justifica por sí sola la concesión de asilo. C) Derecho al honor (artículo 18 CE). Las personas jurídicas son titulares del derecho al honor en su vertiente de prestigio profesional. D) Derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). Utilización de cámaras ocultas

en reportajes de investigación. E) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

a) Derecho de acceso a la jurisdicción. Legitimación de sindicato. b) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

1. CONSIDERACIONES PREELIMINARES

En la presente crónica se pasa revista a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (295 Sentencias), Tribunal Constitucional (37) y Tribunal Supremo correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 2009.

Entre la doctrina del TEDH merece la pena destacar varios asuntos que versan sobre la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). Así, en el asunto **Ferret contra Bélgica**, de 16 de julio de 2009, el TEDH niega que exista vulneración de la libertad de expresión en la condena al Presidente del Partido Frente Nacional por una serie de anuncios electorales en los que se incitaba a la discriminación, a la segregación o al odio por razón racial. En un sentido similar, en **Willen contra Francia**, de 16 de julio de 2009, se justifica la condena a un Alcalde por anunciar públicamente el boicot a los productos israelitas, habiéndosele aplicado el tipo penal de provocación a la discriminación. En este caso, tampoco se apreció vulneración de la libertad de expresión.

En relación, asimismo, con la libertad de expresión, en el asunto **Hachette Filipacchi Associes (“Ici Paris”) contra Francia**, de 23 de julio de 2009, el TEDH tiene ocasión de concretar su, hasta ahora, poco abundante jurisprudencia sobre el derecho a la propia imagen (sin reconocimiento explícito en el Convenio y, por tanto, incluido dentro del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH) como límite a la libertad de expresión.

Finalmente, y también relacionada con la libertad de expresión, la Sentencia dictada en el caso **Manole y otros contra Moldavia**, de 17 de septiembre de 2009, condena a este Estado por la insuficiencia de garantías jurídicas para proteger a la radiotelevisión moldava de los controles políticos, especialmente intensos a partir de la victoria electoral del Partido Comunista de 2001.

De la jurisprudencia del TC en este período destacamos únicamente dos sentencias sobre el derecho a ejercer cargos públicos representativos del artículo 23.2 CE. En la primera (**STC 169/2009, de 9 de julio**) se distinguen las facultades que han de considerarse incluidas en el contenido esencial de este derecho y que, por ello, no pueden ser limitadas a los representantes tránsfugas de aquellas otras facultades que, por no formar parte del núcleo de la función representativa, pueden ser objeto de restricción a los representantes –en este caso Diputados Provinciales– que abandonen su grupo político.

Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca la **STS 522/2009, de 7 de julio de 2009**, Sala de lo Civil, en la que se reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas en su vertiente de prestigio profesional, tratándose, en este caso, de un centro geriátrico.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Existen varios casos de violación del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) en relación con las desapariciones y asesinatos producidos durante la guerra en Chechenia por el ejército ruso (por ejemplo, asuntos **Zabiyeva y otros**, **Magomadova y otros**, y **Asadulayeva**, todos ellos contra Rusia y de 17 de septiembre de 2009).

Destaca también el asunto **Giuliani y Gaggio contra Italia**, de 25 de agosto de 2009, en el que el TEDH aplica su jurisprudencia reiterada sobre la vertiente procedimental del derecho a la vida y condena a Italia por falta de investigación suficiente de los hechos que rodearon la muerte de un joven a manos de la policía italiana. La muerte del joven tuvo gran repercusión pública por producirse mientras se manifestaba durante la celebración de la reunión del G-8 que tuvo lugar en Génova en 2001.

En varias ocasiones se condena a diversos países como consecuencia de la situación de sus cárceles y centros de detención, contrarias al artículo 3 CEDH (por ejemplo en **Generalov contra Rusia**, de 9 de julio de 2009, **Pitalev contra Rusia**, de 30 de julio de 2009 y otras referidas a este mismo país). Es, sin embargo, importante recalcar que en esta ocasión se produce una condena a un país que no es del este de Europa, en **Sulejmanovic contra Italia**, de 16 de julio de 2009.

Numerosas sentencias tienen por objeto la condena a distintos países por dilaciones indebidas en los procesos judiciales, en la mayor parte de los casos referidas a Turquía, Polonia y Rumanía, aunque en **Sartory contra Francia**, de 24 de septiembre de 2009, se condenó a este país por el retraso en transformar una plaza de funcionario, pues consideró el TEDH que este retraso afectaba a la vida privada y familiar, así como a la carrera profesional del sujeto.

De nuevo en este período existen casos frecuentes de vulneración del derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo nº 1) por ocupación del norte de Chipre por parte de Turquía, donde los sujetos fueron privados de sus posesiones y propiedades sin ningún tipo de indemnización, como por ejemplo el caso **Skyropiia Yialias Ltd contra Turquía**, de 22 de septiembre, o los casos **Strati** o **Christodoulidou**, de la misma fecha, donde además se alegaron malos tratos y lesión del derecho a la vida privada.

De las restantes, las más importantes son las siguientes:

B) Derecho a la vida y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículos 2 y 3 CEDH). Obligaciones positivas de los Estados y falta de investigación e información

En el caso **Varnava y otros contra Turquía**, de 18 de septiembre de 2009, se demanda al Estado de Turquía por la desaparición y muerte de 19 chipriotas durante los conflictos acaecidos en 1974 en el Norte de Chipre. Los cuerpos de los desaparecidos fueron encontrados en 2007 en el curso de una misión llevada a cabo por el Comité de Personas Desaparecidas de las Naciones Unidas.

El TEDH considera que el Gobierno turco no había ofrecido ninguna información relativa a cómo habían desaparecido las citadas personas. Y aunque el TEDH reconoce la labor del Comité de las Naciones Unidas en la exhumación de los cadáveres y su identificación, también reconoce que no es suficiente para cubrir las obligaciones derivadas del artículo 2 CEDH de cumplir con investigaciones efectivas en este tipo de sucesos. El TEDH no duda de la dificultad de identificar a los culpables en estos casos, pero señala que las autoridades nacionales turcas no han hecho los suficientes esfuerzos para esclarecer los hechos y por ello se produce una violación del artículo 2 CEDH. El hecho de que transcurran 34 años sin noticias sobre las personas desaparecidas y de que existan pruebas de que están muertos no exime de realizar

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la adecuada investigación. Al hilo de recordar la jurisprudencia relativa a los casos de desaparición de personas alegados ante organismos internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IACHR) o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (HRC).

Asimismo, considera que se produce una violación del artículo 3 CEDH por el hecho de que las autoridades turcas guardaran silencio sobre el sufrimiento de las víctimas con el fin de no recrudecer el conflicto existente en Chipre. El hecho de que los familiares no pudieran conocer lo sucedido durante un plazo de tiempo tan largo es una clara lesión de la prohibición de tratos inhumanos.

En este caso existen varios votos particulares que, si bien están de acuerdo en la lesión de los citados derechos, no lo están tanto con el plazo de seis meses que tenían los demandantes para presentar los hechos de una continua violación de una obligación internacional ante el TEDH. No están de acuerdo en que el plazo empezara a correr desde que se tuviera conocimiento de que el Comité de las Naciones Unidas no había sido efectivo. Opinan que se debería admitir el no seguir la regla de los seis meses en casos como éste.

C) Prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH)

a) Derecho de los presos al tratamiento médico e incumplimiento de medidas cautelares (artículo 34 CEDH)

Confirma la reciente y acertada tendencia de la jurisprudencia europea hacia una mayor vinculación de las medidas cautelares dictadas por el TEDH el caso **Groni contra Albania**, de 7 de julio de 2009, así como la línea de jurisprudencia que se asegura del adecuado tratamiento médico de los presos en las cárceles. Se estima violado el artículo 34 CEDH, relativo a la presentación de la demanda, en relación con el artículo 39 del Reglamento que contempla esas medidas, por el grave incumplimiento de una de ellas.

Los hechos son sencillos. Un ciudadano albanés, conectado con el narcotráfico, fue juzgado en ausencia en Italia y condenado por homicidio; razón por la cual tras la actuación de Interpol fue detenido en Albania. Durante el largo proceso de validación de la sentencia italiana permaneció encarcelado, sufriendo diversas enfermedades de importancia. Sus familiares solicitaron de las autoridades penitenciarias que se le diera asistencia médica apropiada. Tras sucesivas incidencias, el TEDH dictó el 3 de enero de 2008 una medida cautelar, comunicada por el secretario mediante teléfono al Gobierno albano, indicando que el preso debía ser trasladado urgentemente a un hospital civil para ser sometido a exámenes médicos al tiempo que se enviaba la notificación escrita. La medida no fue ejecutada en veinte días, y al poco tiempo volvió a ser devuelto a la cárcel y sometido a un régimen de alta seguridad, alegando dificultades financieras por el elevado coste del tratamiento.

El TEDH estima que se han producido unos malos tratos prohibidos por el Convenio (artículo 3 CEDH), en su vertiente de tratos inhumanos y degradantes, pues el preso estuvo durante largos períodos de tiempo sin recibir tratamientos médicos para su grave enfermedad lo que provocó el desarrollo de la enfermedad y el deterioro de su salud. Asimismo, se decide que el incumplimiento de las medidas cautelares, en ausencia de una justificación objetiva, constituye una violación del artículo 34 CEDH según se había dicho en varios precedentes.

b) Malos tratos a un preso por acumulación de traslados, medidas de aislamiento y registros corporales

En el asunto **Khider contra Francia**, de 9 de julio de 2009, la Corte declara la vulneración del artículo 3 derivada de los sucesivos traslados de centro de detención, (14 entre 2001 y 2008) de la adopción de una pluralidad de medidas de aislamiento (por un período total de casi cuatro años) y de los registros corporales sistemáticos sufridos por un preso.

c) Obligaciones positivas de los Estados en casos de malos tratos en el seno de la familia

El asunto **E. S. y otros c. Eslovaquia**, de 15 de septiembre de 2009, aplica la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas del Estado en relación con el artículo 3 CEDH a un supuesto de malos tratos en el seno de la familia. En este caso los recurrentes eran una mujer y sus hijos, que tras sufrir malos tratos físicos y psicológicos por su marido y padre, alegan vulnerados sus derechos a no sufrir tratos inhumanos ni degradantes (artículo 3 CEDH) y a su vida familiar (artículo 8 CEDH). Desde la perspectiva de los demandantes, los derechos indicados habrían sido violados por las autoridades públicas eslovacas porque éstas, en lugar de asegurar la protección de madre e hijos frente al maltratador desde el primer momento en que la madre denunció la situación (2001), no adoptaron ninguna medida cautelar, ni siquiera el alejamiento del presunto maltratador de sus víctimas, de modo que el padre siguió teniendo su residencia en el mismo lugar que sus víctimas hasta el año 2004, momento en el cual fue condenado por malos tratos a una pena de privación de libertad de más de 6 años. El TEDH resuelve el asunto recordando las obligaciones positivas que se derivan para los Estados de los artículos 3 y 8 CEDH y destacando que el Estado eslovaco no había asegurado una protección efectiva de las víctimas del caso, ya que a pesar de que se produjo finalmente el alejamiento de las víctimas y el maltratador, ese alejamiento no se realizó de forma inmediata, una vez que se inició el procedimiento contra el padre y esposo, sino años después, cuando se produjo la condena definitiva. Desde el punto de vista del TEDH, la seguridad de las víctimas en casos como el indicado no tolera esas dilaciones en la protección, que debe asegurarse de forma inmediata.

D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH)**a) Principio de seguridad jurídica, violado por la contradicción de resoluciones judiciales**

Conviene reservar el caso **Iordan Iordanov y otros contra Bulgaria**, de 2 de julio de 2009, que enjuicia un supuesto de menoscabo del principio de seguridad jurídica, a causa de la contradicción entre dos resoluciones judiciales de un mismo tribunal, que la Corte ancla como una garantía esencial contenida en el derecho al proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH). Una decisión con pocos precedentes.

Se trata de una investigación policial a cargo de una comisión especial del Ministerio del Interior sobre un grupo de policías de servicios de información que habían espiado mediante

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

medios técnicos de escucha y observación al mismo procurador general. La investigación concluye con la expulsión de los cuatro funcionarios investigados y su separación del servicio. Uno de ellos ejerce ante los mismos hechos una acción judicial separada y los otros tres demandan conjuntamente. La Sala Administrativa del Tribunal Supremo, en una sala de tres magistrados, anula la expulsión tanto del primero como de los otros recurrentes, ya que advierte que existe una diferencia en la legislación búlgara entre una “investigación oficial”, en general, y una “investigación interna” a unos funcionarios en un procedimiento disciplinario donde se ven restringidas las garantías; pero estima que estas garantías deben aplicarse en ambos procedimientos igualmente. Formulado un recurso de casación por el Ministerio, una sala de cinco jueces del Tribunal Supremo confirma primero la sentencia recaída para el primer demandante y, poco más tarde, otra sentencia claramente contradictoria, declara la validez de la separación del servicio de los otros tres policías.

El TEDH recuerda (**Beian contra Rumanía** y otros precedentes) que el principio de seguridad jurídica está implícito en el conjunto de los artículos del Convenio y que constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho; que las divergencias en la jurisprudencia son inherentes a todo sistema judicial, pero que el papel del Tribunal Supremo de una jurisdicción es precisamente impedir esas contradicciones. Y establece que su función es revisar si ha habido “divergencias profundas y persistentes” en la jurisprudencia, asegurarse de si la legislación interna prevé mecanismos que permitan suprimir esas incoherencias y averiguar si la aplicación de esos mecanismos ha producido los efectos deseables. A la vista de estos criterios es patente que el Tribunal Supremo no había aclarado la interpretación del precepto legal aplicable a ambos casos al dictar dos sentencias contradictorias y, por consiguiente, el TEDH estima violado el artículo 6.1 CEDH.

A nuestro entender, esta construcción argumental para enjuiciar con cobertura en derechos fundamentales las contradicciones jurisprudenciales nos parece teóricamente más sólida que la idea de una supuesta igualdad en la aplicación judicial de la ley (artículo 14 CE) que el Tribunal Constitucional utiliza frecuentemente y, en realidad, no encubre un supuesto de desigualdad sino una alteración de un razonable principio de mantenimiento de los precedentes.

b) Pruebas obtenidas de manera ilegal. El conjunto del proceso ha de satisfacer las exigencias del derecho a un juicio justo

En **Lee Davies contra Bélgica**, de 28 de julio de 2009, el TEDH resuelve el recurso de un ciudadano británico que durante su estancia en Bélgica es detenido y posteriormente condenado en segunda y tercera instancia por tráfico de drogas. La detención es resultado de la irrupción de la policía belga en un terreno privado sin autorización judicial que trajo como consecuencia el descubrimiento de una gran cantidad de cannabis. Los tribunales belgas de segunda instancia consideraron que la policía actuó legítimamente puesto que la ley belga permite entrar sin autorización judicial en “lugares accesibles al público” y/o en “propiedades improductivas abandonadas”, considerando que, aunque sólo una parte del apresamiento de la droga fue correcto, ello no había afectado a la justicia general del proceso.

El TEDH recuerda que la cuestión de la valoración de los hechos y de la admisibilidad de las pruebas debe dejarse a las autoridades nacionales y a su legislación. El papel del TEDH es, en estos supuestos, únicamente limitarse a determinar si el procedimiento en su conjunto (incluido el modo en que se consiguen las pruebas) cumple con el canon europeo del derecho

a un juicio justo. En tal labor ha de tenerse en cuenta, en particular, si se han respetado los derechos de defensa y muy especialmente la posibilidad de que los recurrentes tuvieran la oportunidad de cuestionar tanto la autenticidad de la prueba ilegalmente obtenida, como su propia admisibilidad como tal prueba. Indudablemente en el caso objeto de estudio no sólo existían otras pruebas acusatorias, sino que también se pudo cuestionar la utilización de tales pruebas en cada una de las tres instancias en las que finalmente se desarrolló el proceso. De este modo, concluye el TEDH que el proceso en su conjunto cumplió con los requisitos del derecho a un juicio justo exigidos por el artículo 6.1 CEDH.

c) La inducción a cometer delitos por parte de policías infiltrados supone vulneración del derecho a un juicio justo

En el caso **Constantin y Stoian contra Rumanía**, de 29 de septiembre de 2009, los dos demandantes, nacionales rumanos, estaban siendo investigados por un proceso de tráfico de drogas en el 2003. La Fiscalía autorizó la utilización de un agente secreto para obtener de los presuntos delincuentes una cierta cantidad de droga con el fin de tener evidencias del delito que estaban cometiendo. Se concertó un encuentro con ellos, pero mientras uno sólo recogió dinero, el otro fue detenido por estar en un coche con el policía infiltrado, donde se encontró la droga. Los demandantes fueron detenidos y sometidos a un interrogatorio, sin abogado, y donde, según ellos mismos, se les obligó a declarar contra sí mismos. Por este motivo, alegan la violación del artículo 6 CEDH relativo a un proceso justo.

En este tipo de casos, el TEDH ha sentenciado que la captura de los delincuentes es distinta del uso legítimo de técnicas encubiertas y que ello conlleva una obligación para las autoridades nacionales de revisar detenidamente todo el material en el que se acusa a un policía de incitar a cometer un delito. Y aunque el TEDH reconoce la importante labor y función de los policías encubiertos, en este caso afirma que los presuntos delincuentes no habrían cometido el delito si no hubieran sido incitados por la policía. El papel del TEDH en estos casos se limita a comprobar que los Tribunales nacionales han asegurado los derechos de defensa. Su misión conforme al artículo 6 CEDH no consiste en determinar si las pruebas han sido obtenidas de manera ilícita o no, sino en comprobar si esa ilicitud resulta de infringir algún derecho del CEDH. El Tribunal concluyó que se había producido una lesión del derecho a un juicio justo reconocido en el artículo 6 CEDH.

d) La renuncia a la asistencia letrada en los interrogatorios policiales debe realizarse de manera inequívoca y dentro de unas mínimas garantías

En el caso **Pishchalnikov contra Rusia**, de 24 de septiembre de 2009, el detenido había sido arrestado acusado de robo con violencia y sometido a un interrogatorio policial de forma inmediata y sin presencia de abogado, a pesar de haberlo solicitado. En el interrogatorio el acusado confesó haber tomado parte en las actividades de una organización criminal, entre las que se encontraba el asesinato, el secuestro o la tenencia ilícita de armas. En los posteriores interrogatorios el acusado rechazó todo tipo de asistencia legal. Fue a juicio, apeló ante la Corte Suprema, pero no fue asistido de abogado en todo el proceso. A pesar de esto, el acusado alegó no haber tenido un representante legal en las fases más importantes del proceso.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El TEDH confirma que el demandante había solicitado inicialmente un abogado y que no se tuvo en cuenta por las autoridades nacionales. Consecuentemente las confesiones que él realizó buscaban su inculpación, lo cual fue decisivo para el proceso. El Tribunal considera que el demandante no era consciente de las consecuencias que la posterior renuncia a su representante legal le podría ocasionar.

En nuestro caso, no existe, según el Tribunal, ninguna causa que justifique la renuncia del derecho por parte del detenido a su representante legal. Del artículo 6 CEDH no se deduce la imposibilidad de renunciar al derecho. Sin embargo, la renuncia del derecho debe realizarse de una manera inequívoca y dentro de unas mínimas garantías, teniendo en cuenta cuáles pueden ser las consecuencias. De esta forma, la renuncia a este derecho no puede ser sólo voluntaria por parte de su titular, sino que tiene que ser una renuncia deliberada e inteligente, que demuestre que el titular del derecho es consciente y puede prever razonablemente las consecuencias de su conducta.

En este sentido, el TEDH considera que la falta de asistencia letrada al inicio del procedimiento con el interrogatorio policial ha afectado irreversiblemente a los derechos de defensa del detenido y han minado sus posibilidades de recibir un juicio justo. De esta forma, mantiene el TEDH que el artículo 6 CEDH, especialmente en su apartado 3º, es relevante en las primeras fases del proceso especialmente cuando de estas primeras fases se deduce un serio perjuicio para el sujeto. De esta forma, los derechos de defensa se ven irremediamente lesionados cuando se produce una incriminación en los interrogatorios policiales sin acceso a un abogado, y el resultado es utilizado para una imputación de un hecho delictivo.

El TEDH señala que el artículo 6 CEDH normalmente requiere que se permita al acusado disfrutar de asistencia letrada desde los primeros actos de los interrogatorios policiales, pero que, sin embargo, este derecho se puede ver limitado siempre que exista alguna “buena causa” que lo justifique. La cuestión está, en cada caso, en ver si dicha limitación está justificada y si a la luz de todo el procedimiento, no se ha privado al acusado de su derecho de defensa. Pero en todo caso, como mantiene el Tribunal, cuando un acusado invoca su derecho de defensa en un interrogatorio policial y no se le tiene en cuenta alegándose que se le ha avisado de sus derechos, no se tendría que seguir con el interrogatorio hasta que el abogado del acusado apareciera, a menos que el acusado voluntariamente inicie conversaciones con la policía.

En el presente caso, concluye el TEDH afirmando que el hecho de que no se tuviera un representante legal durante el interrogatorio policial ha tenido tal repercusión sobre el acusado, que no se hace necesario para el Tribunal entrar a valorar el hecho de que después haya sido efectivamente asistido de abogado en las diferentes fases procesales. Finalmente señala la lesión del derecho a juicio justo previsto en el artículo 6 CEDH.

E) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) y principio de legalidad penal (artículo 7 CEDH)

- a) Irretroactividad del Derecho Penal y retroactividad de la ley penal más favorable**
- b) Los procedimientos penales abreviados no deben suponer disminución de las garantías judiciales**

En el caso **Scoppola contra Italia**, de 17 de septiembre de 2009, los hechos son los siguientes: Franco Scoppola es un ciudadano italiano que se encuentra en prisión desde 1999 por haber

matado a su esposa y herido a uno de sus hijos. De acuerdo con la legislación nacional, todo acusado puede optar entre ser juzgado por el procedimiento ordinario o bien someterse a un procedimiento abreviado, denominado procedimiento simplificado, que reduce la pena en caso de condena. En este caso, el recurrente se sometió al procedimiento simplificado, regulado en el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal italiano. Pues bien, a finales de 2000, los tribunales declararon culpable al Sr. Scoppola, que fue condenado a una pena de cadena perpetua; pero como el juicio se había desarrollado en el marco del procedimiento sumario, se condenó al demandante a una pena de 30 años.

Sin embargo, el mismo día en el que se dictó la sentencia contra el recurrente, entró en vigor el Decreto Legislativo núm. 341, que modificaba el artículo 442 del CPP, de acuerdo con el cual, en casos de juicio con procedimiento abreviado, la cadena perpetua sería sustituida por la de prisión perpetua con aislamiento diurno en el caso de existir varios delitos (como era el caso del recurrente) o un delito continuado. El Ministerio Fiscal recurrió la condena del Sr. Scoppola y el Tribunal de Apelación le condenó a cadena perpetua.

Por todo ello, el recurrente presenta un recurso ante el TEDH alegando una posible violación de los artículos 6 y 7 del Convenio (derecho a un juicio justo e irretroactividad del Derecho Penal). Sobre estos hechos, el Tribunal resolvió lo siguiente:

Primero, el Tribunal reitera que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del acusado, prevista en el artículo 7 del Convenio, es un elemento esencial del Estado de Derecho que ocupa un lugar prominente en el sistema de garantías que reconoce el Convenio.

Además, el Tribunal considera que desde 1978 se ha producido un amplio consenso en Europa y a nivel internacional en torno a la idea de aplicar la ley penal que prevea una pena más leve, incluso aunque haya sido promulgada después de la comisión del delito, hasta el punto de convertirse en un principio fundamental del Derecho Penal. Por ello, y a la luz de dicho consenso, el Tribunal decidió apartarse de su jurisprudencia anterior y afirma que el artículo 7.1 CEDH no sólo garantiza el principio de no retroactividad de las leyes penales más rigurosas, sino también, y de manera implícita, el principio de retroactividad de la ley más indulgente.

Así, en este caso, el Tribunal considera que en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, de todas las versiones de las disposiciones penales que habían estado en vigor durante el período comprendido entre la comisión del delito y la adopción de la última sentencia, la justicia italiana debería haber aplicado la más favorable para el Sr. Scoppola. Por ello, el Tribunal concluye que, al no hacerlo, la justicia italiana ha actuado en violación del artículo 7.

En segundo lugar, el Tribunal observó que el procedimiento sumario italiano supone indudables ventajas para el acusado, pero también una disminución de algunas de las garantías procesales inherentes a la noción de un juicio justo, ya que de este modo se renuncia a varios derechos del detenido, como el derecho a una audiencia pública, a llamar a testigos, a obtener nuevas pruebas, etc. En consecuencia, y aunque el Tribunal admite que los Estados pueden establecer procedimientos simplificados o abreviados, exige que, en todo caso esos procedimientos no afecten al principio de seguridad jurídica. Por ello, el Tribunal concluyó, por unanimidad, que se había producido una violación del artículo 6 del Convenio.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Finalmente, el Tribunal dictó sentencia condenando a Italia por violación de los artículos 7 (no hay pena sin ley) y 6 (derecho a un juicio justo) del CEDH, y en virtud del artículo 41 (la justa reparación), el Tribunal concede al recurrente a una indemnización de 20.000 euros en conceptos de daños morales y costas judiciales. Además, en virtud del artículo 46 (Fuerza obligatoria y ejecución de resoluciones judiciales), el Tribunal decidió que la pena de cadena perpetua que se había impuesto al recurrente debe ser sustituida por una sanción de conformidad con los principios establecidos en la sentencia.

F) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) y derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1). Violación reiterada de las obligaciones del Convenio. Caso piloto: obligación estatal de reformar la normativa vigente

En *Olaru y otros contra Moldavia*, de 28 de julio de 2009, se plantea un supuesto interesante no tanto por el fondo de la cuestión, que había sido resuelto con anterioridad en sucesivas decisiones, como por el contenido de la sentencia condenatoria. El caso planteado reproduce en esencia otros ya resueltos con anterioridad, el recurrente obtiene una sentencia judicial favorable para que le sea asignada una casa social. Ante la imposibilidad de que tal decisión fuera cumplida por las autoridades nacionales por carecer de recursos suficientes, se produce una violación del artículo 6.1 y del artículo 1.1 del Protocolo 1. Hasta aquí no hay novedad. Pero el TEDH avanza un paso más al plantearse la continua incapacidad de las autoridades moldavas para cumplir con sus obligaciones legales de proveer de casas sociales a un amplio abanico de personas. Ello supone una carencia o deficiencia estructural en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio. Con este argumento el TEDH adopta (tras examinar con detenimiento los criterios que justifican su adopción) un *pilot judgement* (caso piloto) en la materia con la finalidad de garantizar la máxima rapidez en la solución del problema y en la reparación a las víctimas. En tal sentido establece que a partir de 6 meses desde la firmeza de la decisión el Estado ha de establecer un remedio frente a la no ejecución (o defectuosa ejecución) de las sentencias judiciales nacionales en este tipo de casos. Igualmente confiere el plazo de un año para garantizar la reparación de los daños causados a las víctimas de este tipo de casos de incumplimiento de sentencias judiciales que hubieran recurrido al TEDH antes de la presente sentencia. Para los casos interpuestos con posterioridad a la decisión se procederá a una moratoria también de un año tras la cual se les podrá derivar de nuevo a las autoridades nacionales en previsión de que la normativa exigida por el TEDH ya habrá entrado en vigor.

La sentencia parece interesante en lo referido a sus efectos que no se limitan a la declaración de la violación de un derecho ni a fijar la cuantía de la indemnización. Va más allá exigiendo una solución estatal global para este tipo de supuestos y para los recursos pendientes ante el propio Tribunal.

G) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

a) Restricciones a los derechos de comunicación de un preso condenado por pertenencia a una organización criminal

En el caso *Enea contra Italia*, de 17 de septiembre de 2009, el recurrente es el Sr. Enea, un ciudadano italiano condenado por los tribunales italianos por pertenencia a una organización

criminal (“mafiosa”) desde 1993. En agosto de 1994 el Ministro de Justicia aprueba un decreto en virtud del cual, y atendiendo a las circunstancias especiales que concurrían en ese caso, se ordenaba la aplicación durante un año del régimen penitenciario especial previsto en la Legislación penitenciaria italiana (artículo 41 bis de la Ley de Administración Penitenciaria). El decreto imponía importantes restricciones en el régimen penitenciario del recurrente, entre ellas, se restringían las visitas de familiares (una hora de visita al mes), prohibiéndose que pudiera recibir visitas de personas que no fueran de su familia; tenía prohibido el uso del teléfono; se limitaba el número de paquetes recibidos, y tampoco se le permitía organización y participación en determinadas actividades del centro penitenciario. Además, toda su correspondencia era sometida a inspección. La aplicación de este régimen especial al Sr. Enea se fue prorrogando hasta finales de 2005, mediante la aprobación de sucesivos decretos (un total de 19 decretos).

El Sr. Enea presentó varios recursos ante los tribunales italianos, y en tres ocasiones los tribunales levantaron ciertas restricciones que le habían sido impuestas. Sin embargo, en todas las ocasiones en las que el Sr. Enea recurrió ante el Tribunal de Casación sus recursos fueron desestimados por falta de objeto, ya que, de acuerdo con este Tribunal, los decretos ministeriales en cuestión ya no estaban vigentes. Eso cambió en 2005, cuando el Tribunal de Casación estimó el recurso interpuesto por el Sr. Enea y ordenó el cese de la aplicación de este régimen especial. A la vista de la sentencia del Tribunal de Casación, las autoridades penitenciarias trasladaron al recurrente a una unidad de alta seguridad, en la que se recluye a los presos más peligrosos. Durante todo este tiempo, el recurrente sufrió una serie de problemas de salud y se vio obligado a utilizar una silla de ruedas, hasta que en octubre de 2008 el Tribunal de Nápoles consideró que su estancia en prisión era incompatible con su estado de salud y ordenó el arresto domiciliario del recurrente.

Ante estos hechos, el Sr. Enea presentó una demanda en la que alegaba la vulneración de varios derechos reconocidos en el CEDH y, entre ellos, el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8, al considerar que las restricciones impuestas le habían impedido mantener contacto con sus familiares.

El TEDH desestimó las quejas relativas a varios derechos pero consideró que se había producido una violación del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, ya que el control de la correspondencia del recurrente no se ajustaba a las previsiones legales, en la medida en que el artículo 18 de la Ley de Administración Penitenciaria no regula ni la duración de la medida o las razones que pueden justificar, y no indica con suficiente claridad el alcance y la forma de ejercicio de la facultad ejercida por las autoridades competentes. Por ello, el Tribunal concluyó por unanimidad que había habido una violación del artículo 8 durante el período comprendido entre el 10 de agosto de 1994 y el 7 de julio de 2004, no pudiéndose acreditar que después de esa fecha se había continuado controlando la correspondencia.

También apreció el TEDH vulneración del artículo 6 CEDH en la desestimación de los recursos por parte de la Corte de Casación italiana, al entender que carecían de objeto, sin entrar a valorar el fondo. Por todo ello, el Tribunal condenó al Estado italiano por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio a pagar al recurrente una indemnización de 20.000 euros en concepto de daños morales y costas.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

b) Dilación indebida en un proceso de secuestro de menor por parte de la madre

El TEDH analiza en este caso el supuesto de dilación indebida en el transcurso de un proceso de recuperación de una menor que había sido secuestrada por su madre. Es el asunto **Stochlak contra Polonia**, de 22 de septiembre de 2009. En este caso, dos ciudadanos polacos se trasladan a vivir a Canadá y allí tienen una hija. Tras unas vacaciones en Polonia en el año 1996, la mujer decide no regresar a Canadá y quedarse en Polonia con la niña. El padre de la menor inició los procedimientos para recuperar a la niña y se dictó una sentencia en la que se obligaba a que la menor regresara con el padre, la sentencia fue recurrida por la madre. Pero a pesar de esto, las continuas objeciones e impedimentos puestos por la madre y la inactividad de las autoridades nacionales hasta el año 2003 impidieron el reencuentro, que no tuvo lugar hasta esa misma fecha.

Como en la mayoría de casos en los que hay un menor, el TEDH considera que los procedimientos relativos a garantizar la responsabilidad paterna requieren de un tratamiento urgente debido a las irreversibles consecuencias que para el menor puede tener el alejamiento de sus padres.

Durante todo ese tiempo, las autoridades nacionales no tomaron ningún tipo de medida contra la actividad y falta de cooperación de la madre, y no ejecutaron correctamente la decisión tomada por los Tribunales de restituir la menor al padre. De esta forma, el TEDH considera que las autoridades no llevaron a cabo los esfuerzos necesarios para garantizar el derecho del padre de la menor al reencuentro con su hija. El Estado tiene la obligación de dotarse de un “arsenal jurídico” adecuado y suficiente que asegure el respeto de las obligaciones positivas que le incumben en virtud del artículo 8 CEDH y de los demás instrumentos internacionales ratificados. Todo ello lesionó el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH.

H) Libertad de religión (artículo 9 CEDH). Los Estados parte del CEDH vulneran la libertad de religión cuando intervienen de forma no neutral en disputas internas de una congregación religiosa

En el asunto **Miroļubovs y otros c. Letonia**, de 15 de septiembre de 2009, el TEDH resuelve sobre la supuesta violación de la libertad de religión del padre espiritual y el presidente del consejo parroquial de la congregación de la antigua Iglesia ortodoxa de Riga (Letonia). La violación del derecho se habría producido porque tras una serie de discrepancias entre los órganos de gobierno de la congregación y un grupo de feligreses, las autoridades públicas letonas decidieron reconocer la validez de una asamblea de la congregación en la que no habrían estado presentes sus órganos de gobierno, sino únicamente los feligreses discrepantes. El resultado final fue la expulsión de los miembros de los órganos de gobierno de la congregación de su parroquia y la ocupación por los feligreses disidentes con el apoyo de las autoridades letonas.

Para la resolución del asunto, el TEDH recuerda que la libertad de religión es un instrumento indispensable para garantizar el pluralismo, necesario en cualquier democracia; que éste se manifiesta a través de la existencia de múltiples comunidades religiosas, a las que los ciudadanos pueden decidir adherirse o no; y que la función de las autoridades públicas en relación con la organización y funcionamiento internos de esas congregaciones debe ser neutral e imparcial. En este sentido, el TEDH considera que la apreciación de la legitimidad de ciertas creencias religiosas o de alguna de sus manifestaciones por parte de las autoridades públicas

debe considerarse contraria al artículo 9 CEDH excepto en casos excepcionales. Igualmente, la intervención de las autoridades públicas en disputas internas de una comunidad religiosa supone una intromisión en la libertad de religión, excepto cuando esa intervención se limite a facilitar la tolerancia entre los grupos en disputa.

Teniendo en cuenta esta doctrina, el TEDH señala que la intervención de las autoridades públicas en favor de los feligreses de la antigua Iglesia ortodoxa de Riga supuso una intromisión en la libertad de religión de los demandantes, que sólo podría justificarse en caso de estar prevista por ley, perseguir un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Si bien el TEDH estima que los dos primeros elementos sí se daban en el caso objeto de litigio, el problema se plantea en relación con el test de proporcionalidad de la medida que impone el Tribunal. En este sentido, el TEDH destaca que las autoridades modificaron su decisión en momentos distintos; no la motivaron adecuadamente; no se preocuparon por analizar los rasgos característicos de la congregación afectada; y, finalmente, utilizaron como principal criterio decisorio el informe de dos teólogos que no eran feligreses de la congregación y, por tanto, desconocían algunos de sus rasgos característicos.

I) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH)

a) Discurso racista. Disminución de lo permitido a los políticos, que deben defender la democracia y sus principios

En el asunto **Ferret contra Bélgica**, de 16 de julio de 2009, se analiza la condena al Presidente del Partido Frente Nacional, tras haber levantado su inmunidad parlamentaria, por una serie de anuncios electorales en los que se incita a la discriminación a la segregación o al odio por razón racial a la pena de 250 horas de trabajo dedicadas a la integración de los inmigrantes y a una Inelegibilidad como cargo público representativo de 10 años.

Hay dos afirmaciones en el texto de la sentencia que merecen ser destacadas; por una parte que la incitación al odio no requiere necesariamente la apelación a la violencia ni a ningún otro acto delictivo, sino que la mera incitación a la discriminación es suficiente, y, por otra parte, que, al contrario de lo que sucede con carácter general en relación a la libertad de expresión, en estos supuestos no puede considerarse una atenuante su condición de parlamentario, sino que por el contrario los políticos deberían estar particularmente atentos a la defensa de la democracia y sus principios.

Y, por todo ello, si bien admitiendo que la duración de la inelegibilidad podría ser excesiva, considera, por un ajustado 4 votos contra 3 que no existe vulneración del artículo 10.

b) La provocación a la discriminación no es ejercicio de la libertad de expresión

Relativamente similar al anterior es el asunto **Willen contra Francia**, de 16 de julio de 2009, en el que se condena a un Alcalde por anunciar públicamente en el contexto de una reunión del Concejo municipal, el boicot a los productos israelitas, aplicándosele el tipo penal de provocación a la discriminación, a una multa de 1.000 euros.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La Corte considera que no se trata de un ejercicio de la libertad de expresión, sino de una petición a los servicios municipales para que realicen un acto positivo de discriminación, por lo que considera, por seis votos frente a uno que no hay vulneración del 10.2.

c) Conflicto entre libertad de expresión y derecho a la propia imagen, derivado del derecho a la vida privada (artículo 8 CEDH). La publicación de imágenes de personas públicas previamente comercializadas o consentidas no supone violación del derecho a la vida privada

En *Hachette Filipacchi Associes (“Ici Paris”) contra Francia*, de 23 de julio de 2009, el TEDH tiene ocasión de concretar su, hasta ahora, poco numerosa jurisprudencia sobre el derecho a la propia imagen (sin reconocimiento explícito en el Convenio y, por tanto, incluido dentro del derecho a la vida privada) como límite a la libertad de expresión. Esta concreción era particularmente necesaria porque las decisiones anteriores no habían resuelto todavía muchas de las cuestiones planteables por el conflicto entre ambos derechos. El caso planteado tiene su origen en la publicación por parte de la sociedad demandante de un artículo sobre un conocido cantante francés (Johnny Hallyday), sus problemas financieros y su modo de vida en su lugar habitual de residencia (Las Vegas). Tal artículo incluía comentarios sobre sus excentricidades y venía acompañado de fotografías (una tomada en el escenario durante una actuación y el resto utilizadas en una campaña publicitaria consentida por el citado cantante). Ante la demanda presentada por el cantante y los sucesivos recursos, la empresa es condenada a pagar 20.000 euros en concepto de daños por haber utilizado fotografías que fueron consentidas para otra finalidad y por haber invadido aspectos de la vida privada del cantante. Esta decisión no satisface al TEDH. En concreto tres son los argumentos para concluir la existencia de una violación del derecho a la libertad de expresión del recurrente.

En primer lugar, las fotografías utilizadas procedían de material publicitario lo que alejaba el supuesto claramente de otros casos (muy singularmente *von Hannover contra Alemania*) en los que la imagen era captada mediante medios ocultos o lesionando el derecho a la privacidad de las personas. En el caso, aunque no se tratara de perseguir la finalidad publicitaria que tenían en su origen, sí presentaban una finalidad legítima: ilustrar de manera crítica la información transmitida. Debemos notar un claro acercamiento en este punto a la posición en la práctica española que admite la limitación del derecho a la propia imagen cuando ésta es utilizada, en el marco de un debate público, como acompañamiento de una noticia.

En segundo lugar, el propio cantante en su autobiografía había declarado públicamente muchos de los datos recogidos en el artículo. Pero, más importante, para el TEDH la previa exposición de estos datos por el cantante debilita el grado de protección de su derecho a la privacidad. De este modo, el TEDH parece adoptar con claridad la doctrina del “previo comportamiento” como criterio básico para determinar la entidad de la protección del derecho a la intimidad personal. De este modo no podría albergar “expectativa legítima” de que su vida privada fuera protegida pues había consentido con anterioridad la transmisión de esos o similares datos.

Por último, considera (y de nuevo la claridad con que se sostiene es una interesante novedad en la jurisprudencia) que aun siendo un artículo que pueda considerarse negativo para el afectado, lo cierto es que no contiene ninguna expresión ofensiva o una intención degradante. Con ello va abriéndose paso en la doctrina del TEDH (aunque habría que ver si se aplicará también a otro tipo de artículos periodísticos más vinculados al debate político democrático)

la idea de la inexistencia de un “derecho al insulto” tan querida para la doctrina constitucional española.

d) La insuficiencia de garantías jurídicas para proteger a la radiotelevisión pública de controles políticos supone vulneración de la libertad de expresión

En el caso **Manole y otros contra Moldavia**, de 17 de septiembre de 2009, los hechos son los siguientes: La Sra. Manole y el resto de recurrentes trabajaban en la radiotelevisión pública moldava (TRM), que en esa época era la única radiotelevisión del país. Según los recurrentes, la cadena TRM durante toda su existencia ha estado sometida a controles políticos, controles que fueron más intensos a partir de febrero de 2001 cuando el Partido Comunista obtuvo una amplia mayoría en el Parlamento, ya que los directivos del ente público TRM fueron reemplazados por personas leales al Gobierno.

Así, se denuncia que se sancionaba a todos los periodistas que utilizaran expresiones que pudieran dar una imagen negativa de la época soviética. Del mismo modo, estaba prohibida cualquier información que pudiera sugerir la existencia de vínculos lingüísticos o culturales con otros territorios cercanos como Rumanía. También se denunció que los partidos políticos de la oposición no tenían posibilidad de acceder al ente público. Debido a todas estas circunstancias, en 2002 los trabajadores de TRM convocaron una huelga para exigir el fin de la censura, tras la cual dos periodistas fueron sancionados con medidas disciplinarias. Estos periodistas recurrieron la sanción ante los Tribunales, que les dieron la razón.

Por otro lado, varios informes elaborados por distintas organizaciones internacionales y no gubernamentales afirmaron que la ley moldava no garantizaba la independencia editorial de la TRM y así como que la oposición no estaba suficientemente representada en las ondas, que contradecían un informe elaborado por el Consejo de Coordinación del Sector Audiovisual de Moldavia, que rechazó las acusaciones de censura.

Posteriormente, en julio de 2002, el Parlamento aprobó una Ley sobre la TRM que pasó de ser un ente estatal (controlado por los órganos políticos) a ser un ente público (órgano de la administración). De acuerdo con la nueva normativa, todos los trabajadores tenían que pasar una serie de pruebas y exámenes para continuar en sus puestos de trabajo. Y los resultados fueron que la mayoría de los periodistas que habían participado en la huelga de la cadena no pasaron esas pruebas, motivo por el cual, y sospechando que habían sido despedidos por razones políticas, recurrieron ante los tribunales, aunque en todos los casos, sus demandas fueron desatendidas. Por ello, recurrieron ante el TEDH alegando una presunta violación del artículo 10 del Convenio, al entender que habían sido sometidos a un régimen de censura.

Sobre estos hechos, el Tribunal señala en primer lugar que el Gobierno reconoce el hecho de que se había prohibido la difusión en la cadena TRM de ciertos asuntos y ciertas expresiones tal y como habían denunciado los recurrentes. Además, y tras verificar la importancia de los datos facilitados por las ONG, en las que se demuestra claramente que la cadena no había cumplido con la obligación legal de ofrecer un tiempo equilibrado para el partido de gobierno y para los partidos de la oposición, el Tribunal concluye que durante el período de tiempo en el que se analiza la actividad de TRM, la programación de la cadena había favore-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cido claramente al Presidente y al partido de Gobierno, sin ofrecer una mínima participación a la oposición.

De acuerdo con la interpretación de la Corte, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar un servicio audiovisual pluralista mediante la adopción de leyes que protejan a la cadena TRM de posibles injerencias o de controles políticos. Sin embargo, durante el período analizado, es decir, desde febrero 2001 hasta septiembre de 2006, período en el que un mismo partido político ocupaba todos los órganos de representación parlamentaria (Parlamento, Presidencia y Gobierno), de acuerdo con la legislación nacional no se ofrecían garantías suficientes para asegurar un adecuado equilibrio político en la composición del órgano de gestión y de supervisión de la cadena, y tampoco se ofrecían garantías contra las posibles interferencias del partido político en el Gobierno sobre el funcionamiento del ente público.

Por todo ello, el Tribunal considera que se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio, al apreciar que se ha producido una insuficiencia de garantías jurídicas para proteger a la radiotelevisión moldava de los controles políticos. Además, el Tribunal considera que el Estado moldavo debe modificar su legislación para adaptarla a las recomendaciones del Consejo de Europa. Por otro lado, el Tribunal se reserva para su examen posterior la determinación de la justa satisfacción de acuerdo con el artículo 41 del Convenio.

J) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH). Obligaciones positivas del Estado en relación con la discriminación por pertenencia a una organización sindical (artículo 11 CEDH)

El asunto **Danilenkov y otros c. Rusia**, de 30 de julio de 2009, condena a Rusia por violación del derecho a no ser discriminados de una serie de trabajadores del puerto marítimo de Kaliningrado. Los demandantes estaban afiliados a una organización sindical que convocó una serie de huelgas a fin de presionar a la empresa privada que gestionaba el puerto marítimo para mejorar las condiciones laborales de sus trabajadores. Tras la huelga, los trabajadores afiliados a ese sindicato comenzaron a sufrir de forma sistemática un trato perjudicial en relación con el resto de sus compañeros: fueron destinados a puestos de trabajo peor pagados; se disminuyeron sus retribuciones y se produjeron despidos injustificados.

En la resolución del caso, el TEDH destacaba que la discriminación sufrida por los trabajadores, frente al resto de sus compañeros, podía encuadrarse en el ámbito de la libertad de asociación, reconocida en el artículo 11 CEDH. Esa libertad protegía tanto el derecho a sindicarse como el derecho a no hacerlo y de ese derecho podía derivarse, por tanto, un derecho a no sufrir consecuencias perjudiciales en caso de tomar cualquiera de esas dos decisiones. Desde la óptica del TEDH, el trato discriminatorio sufrido por los demandantes vulneraría tanto el derecho a no ser discriminado, como la libertad de asociación, en la medida en que desanimaría a los trabajadores que pensarán afiliarse a ese sindicato.

Es de reseñar, sin embargo, que la parte más relevante del pronunciamiento del TEDH se refiere a las obligaciones positivas que el TEDH deriva del derecho a no ser discriminado por la pertenencia a un sindicato. La diferencia de trato se plantea, en este asunto, entre dos particulares, una empresa privada (aunque con participación pública) y parte de sus trabajadores. A pesar de ello, el TEDH considera que Rusia ha violado el derecho de los trabajadores de la empresa a no ser discriminados en relación con su libertad de asociación. Para llegar a esa conclusión, el TEDH destaca que el reconocimiento de los derechos indicados impone a

Rusia la obligación positiva de asegurar protección judicial clara y efectiva contra toda discriminación provocada por la afiliación a un sindicato determinado. Destaca en relación con esta obligación, que el ordenamiento ruso preveía que, en caso de existir tal discriminación, el procedimiento a seguir podía ser únicamente de tipo penal: esa exigencia determinaba que la sanción del empresario que discriminaba sólo pudiera realizarse en caso de probarse “más allá de cualquier duda razonable” que el empleador tenía intención directa de discriminar por el motivo indicado. Según el TEDH, la exigencia de la prueba indicada era claramente insuficiente para garantizar el derecho a no ser discriminado en razón de la afiliación sindical en la medida en que en la mayoría de los casos la discriminación por el motivo indicado es una discriminación indirecta, imposible de probar “más allá de cualquier duda razonable”. En esa lógica, el TEDH señala que un procedimiento criminal, sometido a las reglas probatorias indicadas, no puede considerarse un procedimiento que garantice de forma efectiva el derecho a no ser discriminado en relación con la pertenencia a una organización sindical; objetivo que se aseguraría más razonablemente en el marco de un procedimiento civil, en el que la exigencia probatoria fuera menor.

K) Derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo 1)

a) Su violación por el modo de ejecución de una sentencia indemnizatoria

El caso **Zahariev contra Bulgaria**, de 2 de julio de 2009, estima violada la garantía de los derechos de propiedad recogida en el artículo 1 del Protocolo 1 en virtud del modo de ejecución de una sentencia indemnizatoria.

Un molino de trigo de propiedad de los padres de los actores fue nacionalizado y requisado durante el comunismo en 1947, pasando a disposición de una sociedad estatal. Al llegar la democracia, entró en vigor en 1997 una ley que concedía compensaciones a los propietarios de bienes nacionalizados cuando la restitución fuera imposible. Por decisión del Ministerio Agricultura se concedió a los actores una indemnización en acciones de dicha sociedad valorada en función de su valor contable, que fue recurrida por aquéllos, siendo estimado su recurso por la Corte administrativa suprema que reconoció su derecho a que las acciones fueran valoradas según su valor nominal añadiendo además unos bonos compensatorios.

El TEDH resuelve que “una sentencia no ejecutada conforme a su parte dispositiva constituye una injerencia en el derecho al respeto de los bienes que encuentra acogida en la primera frase del artículo 1 del Protocolo 1” (citando diversos precedentes). Y además rompe el equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y la salvaguardia de los intereses privados de los individuos.

b) Violación por la aplicación de legislación tributaria retroactiva perjudicial para el ciudadano

En **Joubert contra Francia**, de 23 de julio de 2009, el TEDH resuelve un supuesto en el que se alega violación del artículo 1 del Protocolo 1 (derecho de propiedad). El caso tiene su origen en una deuda tributaria, y las consiguientes multas e intereses, como consecuencia de una

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

auditoría realizada por las autoridades competentes. Dicha sanción fue recurrida ante los tribunales por defectos de forma. Estando pendiente los recursos judiciales contra la resolución denegatoria en la primera instancia, la Ley de Presupuestos del año 1997 procede a declarar legítimas las sanciones establecidas sobre la base de pruebas obtenidas según el procedimiento seguido para obtener las que justificaron la sanción al recurrente. Dada la vigencia de esta ley, los recurrentes vieron rechazados (aunque sólo parcialmente) los recursos presentados.

El TEDH tras constatar que existe una lesión al derecho de propiedad como consecuencia de la imposibilidad de disfrutar de la legítima expectativa de ganar los recursos y recuperar, así, el dinero entregado en pago de las sanciones, considera que la ley de presupuestos constituye una injerencia en el derecho de los recurrentes. Injerencia que no tiene un fin legítimo a los efectos del artículo 1 del Protocolo 1 puesto que, a su juicio, lo que se pretende proteger en ella no es el interés público (que habría constituido un fin legítimo), sino el interés financiero del Estado. Interés que no es, por sí solo, un fin legítimo de la limitación del derecho.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Derecho a ejercer los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE)

a) La privación de la dedicación exclusiva y de los beneficios económicos asociados al Grupo Mixto no puede considerarse vulneración de este derecho

La STC 169/2009, de 9 de julio, estima el recurso de amparo interpuesto por varios Concejales y Diputados Provinciales de la provincia de Alicante. Los recurrentes habían sido elegidos como Concejales por el PSPV-PSOE en las elecciones municipales de 25 de mayo de 2003 y fueron proclamados Diputados Provinciales por la Junta Electoral de Zona al obtener la lista por la que se presentaron más votos que los obtenidos por otra lista de Concejales, a la que los recurrentes denominan “oficial”, al ser la avalada por el partido por el que se habían presentado a las elecciones municipales.

Los demandantes de amparo, una vez constituida la nueva Corporación, solicitaron al portavoz del Grupo Socialista de la Diputación Provincial de Alicante formar parte de él, petición que les fue denegada al haber sido expulsados de la formación política por la que habían sido elegidos Concejales (PSVP-PSOE). Como, por un Acuerdo de la Diputación Provincial, no podían formar grupo propio, fueron adscritos al Grupo Mixto.

Posteriormente, en aplicación del artículo 73.3, párrafo primero, *in fine*, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción que otorgó al referido precepto la Ley 57/2003, de 16 de diciembre¹, la Diputación Provincial de Alicante, mediante Acuerdo de fecha 15 de abril de 2004, resolvió considerar como miembros no adscritos a los Diputados recurrentes en amparo, estableciendo que esta condición no les impediría ejercer las funciones propias de su cargo. Se señalaba, en concreto, que podrían formar parte de las comisiones informativas, presentar escritos y mociones para ser debatidos en el Pleno e intervenir en sus debates en el turno de intervenciones. En relación con sus derechos económicos,

(1) Este precepto establece que los miembros de las corporaciones locales que “no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia”, en lugar de constituirse en grupo político, “tendrán la consideración de miembros no adscritos”.

se establecía que tendrían derecho a la percepción de asistencias y de las indemnizaciones que procediesen. Este Acuerdo conllevó la desaparición del Grupo Mixto.

Tras recorrer las sucesivas instancias judiciales, el asunto llegó al Tribunal Constitucional quien trató de determinar si el Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante de 15 de abril de 2004 impugnado había vulnerado los derechos de participación política del artículo 23.2 CE de los recurrentes en amparo.

El TC trata de dilucidar si los derechos y facultades limitados por el Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante forman parte del núcleo de la función representativa, en cuyo caso, dicha limitación supondría vulneración del derecho al ejercicio de los cargos públicos representativos del artículo 23 CE. Para ello, describe cuáles son las funciones de los miembros de una corporación municipal que pertenecen a ese núcleo: participar en la actividad de control del gobierno provincial, participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores. Como primera conclusión, el TC afirma que estas funciones no se ven comprometidas por el Acuerdo de supresión del Grupo Mixto. Ahora bien, a continuación entra a analizar si el resto de las decisiones de la Diputación Provincial puede afectar al núcleo de la función representativa de los recurrentes.

Afirma el TC que la pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como los beneficios económicos y la infraestructura asociados al Grupo Mixto son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos fundamentales que consagra el artículo 23.2 CE. Y lo mismo sucede con la imposibilidad de formar parte de la Junta de Portavoces. Por otro lado, considera el TC que estas medidas limitativas pueden considerarse adecuadas, necesarias y proporcionadas respecto de la satisfacción de un fin legítimo, como es el perseguido por el legislador al reformar el artículo 73.3 LBRL.

Ahora bien, en el Acuerdo de la Diputación Provincial impugnado se establecía también que los Diputados no adscritos podrían asistir a las sesiones de las comisiones informativas con voz pero sin voto y es esta última circunstancia, la de carecer de voto en dichas comisiones, la que lleva al TC a otorgar el amparo. A juicio del TC, los dictámenes e informes adoptados en el seno de las comisiones informativas poseen gran relevancia de cara al ejercicio de la función de control, así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno. Y la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno e incide, por ello, en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión del derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo del artículo 23.2 CE.

El interés de esta sentencia radica en que el TC entra a analizar y a establecer en concreto cuáles son los derechos que forman parte del núcleo de la función representativa de los Diputados provinciales y de los que no se puede privar a los representantes tránsfugas sin vulnerar su derecho al ejercicio del cargo para el que fueron elegidos. En este caso, el TC deja claro que el derecho de voto en las comisiones informativas forma parte de dicho conteni-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

do esencial de los derechos establecidos en el artículo 23.2 CE y, lo que es más importante, afirma que la dedicación exclusiva y los beneficios económicos asociados a la pertenencia al Grupo Mixto no forman parte de él, por lo que su privación no supone vulneración del artículo 23.2 CE.

El TC no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de aplicar a los parlamentarios esta doctrina sentada con referencia a los representantes municipales. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en este caso, la decisión de la Diputación Provincial estaba aplicando lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local, en su redacción de 2003, sobre la consideración de miembros no adscritos de los Diputados Provinciales que “no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos”.

b) El derecho a solicitar la presencia de autoridades y funcionarios en el seno de las Comisiones parlamentarias no puede ser limitado por el uso parlamentario según el cual, en el caso de órganos colegiados, ha de comparecer su Presidente

La STC 190/2009, de 28 de septiembre, otorga el amparo solicitado por el portavoz del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra los Acuerdos de la Mesa del Congreso de fechas 1 y 15 de febrero de 2005 relativos a la solicitud de comparecencia en la Comisión de Economía y Hacienda del Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En dichos Acuerdos, se denegó la petición alegando que, de conformidad con la práctica parlamentaria precedente, la comparecencia de órganos colegiados ha de hacerse a través de su Presidente o persona en quien delegue.

El TC comienza recordando que la facultad prevista en el artículo 44.3 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que prevé que las Comisiones puedan recabar “por conducto del Presidente del Congreso” la presencia “de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, a fin de informar a la Comisión” forma parte del *ius in officium* de los Diputados y, además, en cuanto su finalidad sea el control del Gobierno, dicha facultad ha de entenderse incluida dentro del núcleo básico de la función parlamentaria garantizado por el artículo 23.2 CE.

Seguidamente, el TC reitera su doctrina según la cual el control que la Mesa de la Cámara ejerce sobre las solicitudes de comparecencia en las Comisiones ha de ser un “examen de la viabilidad formal” de tales respuestas, que excluye cualquier juicio de oportunidad (STC 161/1988).

Asimismo, afirma el TC que los usos parlamentarios –alegados por la Mesa en este caso como razón para denegar la solicitud de comparecencia del Vicepresidente de la CNMV– son eficaces para la regulación del modo de ejercicio de las prerrogativas parlamentarias pero no pueden restringir su contenido reconocido en la norma reglamentaria. En concreto, las normas consuetudinarias parlamentarias referentes a la comparecencia formal de los órganos colegiados a través de su Presidente no pueden restringir la prerrogativa parlamentaria de instar la comparecencia de “autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate” de tal manera que impidan la presencia ante la correspondiente Comisión parlamentaria de otros miembros de dichos órganos. En este caso, puntualiza el TC, es evidente que no se tratará de una comparecencia del órgano en cuestión, sino de la persona del Vicepresidente, que lo hará en cuanto autoridad o cargo público, sin que pueda entenderse que sus manifestaciones reflejan la opinión del órgano colegiado, sino la suya propia.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Nacionalidad (artículo 11 CE)

a) La falta de integración es motivo suficiente para la denegación de la concesión de la nacionalidad española

La STS de 30 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, versa sobre la pretensión de reconocimiento de nacionalidad española por parte de solicitante marroquí que es denegada en vía administrativa, decisión que es confirmada por la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional. El TS desestima el recurso casación por entender que es motivo de denegación la falta de integración en la sociedad de la actora, como se desprende de la constatación de que no habla castellano, pues no sólo no lo entiende sino que su conocimiento no lo es en grado suficiente que le permita hablarlo y relacionarse con terceros del país. Al deficiente conocimiento del idioma la actora no añade actividades sociales culturales o de otro orden que muestren su participación activa e integrada en la comunidad a la que pretende incorporarse mediante la adquisición de la nacionalidad.

b) La falta de buena conducta cívica justifica la denegación de la nacionalidad española

La STS de 9 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, deniega el reconocimiento de la nacionalidad española al recurrente, de origen marroquí por no acreditar la buena conducta cívica. Se valora la tramitación de las Diligencias Previas por lesiones y se afirma que la ulterior prescripción de la falta no justifica el cumplimiento de este requisito.

B) Derecho de asilo (artículo 13.4 CE). La extorsión o secuestro de índole económica no justifica por sí sola la concesión de asilo

STS de 22 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo. El solicitante de asilo, nacional de Colombia, alega que sufrió extorsión en su país en el que trabajaba como médico gerente de un Hospital. La Sala indica, según lo manifestado en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, recurso de casación número 2893/2005, que no cualquier extorsión o secuestro de índole económica es por sí sola y al margen de otras consideraciones, causa suficiente para la concesión de asilo. En el caso enjuiciado la Sala considera que no se acreditan las circunstancias que dan lugar al asilo.

C) Derecho al honor (artículo 18 CE). Las personas jurídicas son titulares del derecho al honor en su vertiente de prestigio profesional

En la STS de 7 de julio de 2009, Sala de lo Civil, el TS resuelve un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información en el que el titular del derecho al honor es una persona jurídica, en concreto, un centro geriátrico, sobre cuya actividad profesional se

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

emitió un reportaje informativo grabado con cámara oculta en Antena 3. En ese reportaje se denunciaban las presuntas irregularidades del centro: se señalaba cómo los ancianos en él residentes eran mal alimentados y maltratados; y se hacía referencia a las numerosas denuncias que acumulaba el centro y que no habían sido tramitadas por la administración competente.

Recuerda el TS en su sentencia, que las personas jurídicas también son titulares del derecho al honor, de modo que se verían protegidas frente a interferencias ajenas en su prestigio profesional. No obstante, las interferencias en tal derecho podrían ser consideradas legítimas si la información proporcionada es veraz y de interés público; lo que no ocurría en el caso objeto de litigio, en la medida en que el medio de comunicación no desplegó la diligencia debida en la contraste de la noticia: no se preguntó a ninguno de los ancianos residentes por su opinión sobre el centro; no se consultó a las autoridades públicas sobre posibles denuncias al respecto y el reportaje se limitó a transmitir información proporcionada por supuestos trabajadores del mismo, a los que no se identifica en ningún caso, apareciendo como voz en *off* a lo largo de todo el reportaje.

D) Derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). Utilización de cámaras ocultas en reportajes de investigación

La STS de 6 de julio de 2009, Sala de lo Civil, resuelve un supuesto de colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen que tiene contornos específicos en la medida en que la imagen de la afectada es captada con una cámara oculta mientras se realizaba un reportaje del llamado periodismo de investigación. Posteriormente, la imagen de la afectada se hizo pública, encuadrándose en el marco de un reportaje sobre los partidos de extrema derecha en España. El TS considera que la publicación de esas imágenes violó el derecho a la propia imagen de la afectada en la medida en que su imagen no podía considerarse accesorio en el reportaje; su aparición no tenía explicación desde el punto de vista informativo; y, además, porque ella no era un personaje público y la imagen no fue captada en un lugar abierto al público. En esta última línea, el TS subrayaba que una persona no se convierte en personaje público por el mero hecho de militar en un partido político (la afectada militaba en Democracia Nacional) y que no podía considerarse un lugar abierto al público la sede del partido político en que se captaron las imágenes, en la medida en que ese lugar era un recinto cerrado y los miembros del partido controlaban el acceso exigiendo la identificación de las personas que acudieran al recinto.

E) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

a) Derecho de acceso a la jurisdicción. Legitimación de sindicato

STS de 27 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo. En el recurso contencioso administrativo un Sindicato intenta recurrir un Decreto del Gobierno de Canarias por el que se establecían los criterios de asignación de Viviendas de Protección Oficial. La Sala de instancia inadmite el recurso deducido al apreciar que el sindicato actor carecía de legitimación para recurrir, al no existir una relación específica que permitiera accionar al sindicato. El TS casa y anula la sentencia al considerar que existe conexión entre el Decreto que se trataba de impugnar y las finalidades que persigue el sindicato, en cuanto establecía criterios de prelación en la adjudicación que afectaban a colectivos como emigrantes retornados. La sentencia cuenta

con un Voto particular suscrito por dos Magistrados que entienden que el sindicato carece de legitimación para recurrir.

b) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

STS de 22 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo. En un proceso contencioso-administrativo se propuso prueba en tiempo y forma por parte del recurrente, a fin de demostrar su derecho, referido a los beneficios del Título I de la Ley 37/1984, probando con nombres y apellidos que a militares de la República que pertenecieron a la DECA se les había reconocido el derecho que a él se le negaba. La prueba se consideró pertinente y fue admitida. Se trataba, además, de una prueba necesaria. Ante la respuesta de la Administración en que ponía de manifiesto la dificultad de la práctica de la prueba, había varias alternativas, como requerir al actor para citar a otros compañeros o para que acotara la búsqueda. La Sala, no obstante, desestima el recurso del actor contra la providencia que declaró conclusas las actuaciones con el argumento de que le correspondía a él la carga de la prueba y falla desestimando el recurso sin tomar en consideración que era la Administración quien disponía en sus archivos de los documentos públicos necesarios para acreditar el término de comparación. El TS recuerda que la interpretación de las normas sobre la práctica de la prueba ha de guiarse por el criterio más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales concernidos y considera conculcado el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba, anula la sentencia y ordena la retroacción de las actuaciones para que se proceda, sin más demora, sobre la forma en que se ha de practicar la prueba que en su momento se admitió.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

LUCÍA ALONSO SANZ

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS

MÓNICA ARENAS RAMIRO

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Bases.** A) La aplicación de la competencia estatal sobre las bases y coordinación general de la actividad económica en relación con la gestión de “las subvenciones y préstamos estatales”. B) La normativa autonómica debe respetar las bases del Estado en materia de coordinación de la sanidad aunque afecten a la ordenación de los festejos taurinos, de competencia autonómica. **3. Ley.** **A) Reserva de ley en materia sancionadora.** a) Ámbito de aplicación del artículo 25.1 CE en relación con los procesos de extradición y con la aplicación de la euroorden. b) La indeterminación de la regulación penal o de los conceptos utilizados por ésta como fundamento de la vulneración del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE). c) Un reglamento no puede establecer como sanción de multa una cuantía fija cuando la Ley, para garantizar el principio de proporcionalidad, prevé un margen de graduación de la sanción. **4. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. a) La audiencia a la Federación de Municipios de la Región de Murcia no sustituye el trámite preceptivo del informe del Consejo Regional de Cooperación Local legalmente previsto. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad ante la Ley. a) Los precedentes administrativos no vinculan a los tribunales; sólo cabe entablar un juicio de igualdad a partir de resoluciones judiciales del mismo órgano judicial, que ante supuestos idénticos se apoyan en criterios distintos de forma injustificada b) Posibles vulneraciones de este principio en 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 28079130052009100474 – STS 5425/2009; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justi-

cia hasta la Sentencia 1327/2009, de 18 de junio de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso 8/2006. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 203/2009, de 27 de octubre.

2. BASES

A) La aplicación de la competencia estatal sobre las bases y coordinación general de la actividad económica en relación con la gestión de “las subvenciones y préstamos estatales”

La STC 200/2009, de 28 de septiembre, resolvió un conflicto positivo de competencias, planteado por la Junta de Galicia contra diversos preceptos del Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, expresión con la que se hace referencia a aquellos destinos que, por diversas razones, muestran signos de obsolescencia y precisan ser renovados a fin de adecuarse a las necesidades y exigencias de los mercados turísticos.

El Real Decreto 1916/2008 se proclama dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (disposición final primera) con la finalidad de apoyar financieramente los planes de renovación, modernización y reconversión integral de destinos turísticos maduros que se desarrollen por las administraciones locales y por las empresas turísticas. Este apoyo se materializa en tres líneas de financiación. La primera de ellas es la relativa a las operaciones llevadas a cabo con cargo al denominado Fondo financiero del Estado para la modernización de las infraestructuras turísticas (FOMIT), operaciones que, a su vez y conforme al artículo 10 del Real Decreto 1916/2008, pueden ser de tres tipos: desembolso de aportaciones por la Administración General del Estado al capital social de aquellas sociedades que constituya o en las que pueda participar (artículo 11); el otorgamiento de préstamos con largos plazos de amortización, incluyendo períodos de carencia y bajos tipos de interés (artículos 12 a 25); y la constitución en garantía sin contraprestación y para asegurar los préstamos que se otorguen en su caso por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) a favor de los beneficiarios del propio fondo (artículo 26). La segunda línea de financiación consiste en el apoyo a los tipos de interés de la línea de financiación del ICO para actividades turísticas privadas (artículo 27), y la tercera y última hace referencia a la concesión de ayudas destinadas a la realización de actividades complementarias de estudio, promoción y comercialización de los destinos turísticos modernizados (artículos 28 a 35).

La Junta de Galicia admite la competencia estatal para destinar recursos presupuestarios a estas cuestiones, así como la propia existencia y configuración del FOMIT y las líneas de financiación a él asociadas, pero entiende que determinados preceptos del Real Decreto 1916/2008 vulneran sus competencias en materia de turismo y fomento y planificación de la actividad económica de Galicia, así como su autonomía financiera y sus competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos.

La alegada vulneración se fundamenta, a juicio de la Junta de Galicia, en que, a su juicio, los preceptos que cuestiona, centralizan en órganos estatales la tramitación y resolución de algunas de las iniciativas reguladas en el Real Decreto 1916/2008, ignorando la doctrina

IV. Fuentes del Derecho

constitucional relativa a las subvenciones y ayudas públicas, (especialmente, la STC 13/1992, de 6 de febrero), así como la recaída específicamente en materia de ayudas al turismo (STC 242/1999, de 21 de diciembre) y en materia de utilización de préstamos como medida de fomento (STC 95/1986, de 10 de julio).

El Tribunal parte de que en el asunto planteado se trata de un conflicto relativo a la delimitación de competencias en relación con la regulación y aplicación de ayudas o subvenciones al sector turístico. Para resolverlo entiende que debe partir de la distribución de competencias existente en la materia constitucional en la que proceda encuadrar las ayudas o subvenciones de que se trate [entre las últimas, SSTC 136/2009 y 138/2009, ambas de 15 de junio, vid. *Justicia Administrativa*, núm. 45, IV.2.C), págs. 128 a 130].

En este caso las partes coinciden en que la norma se inserta en la materia turismo, coincidencia que también se extiende a la apreciación de que, pese al carácter exclusivo con el que las competencias en dicha materia han sido asumidas por los distintos Estatutos de Autonomía (en el caso de Galicia, artículo 27.21 del Estatuto de Autonomía), sobre ellas incidirían las competencias estatales relativas a la planificación de la actividad económica del artículo 149.1.13 CE.

La competencia del Estado ex artículo 149.1.13 CE incluye la planificación básica de determinadas actuaciones de inversión en destinos turísticos en el territorio español, lo que justifica la regulación por el Estado de los correspondientes instrumentos de financiación, ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones necesarias desde el punto de vista de la política económica general en atención al peso del sector turístico en nuestra economía.

Por lo tanto, cabe afirmar que el Estado puede destinar las ayudas reguladas en el Real Decreto 1916/2008 a las finalidades previstas en él, si bien, al no ser el turismo una competencia exclusiva estatal, el alcance de esta actividad genérica de fomento debe delimitarse con precisión a fin de evitar la invasión del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Esta delimitación debe llevarse a cabo atendiendo a la doctrina de este Tribunal en relación con la actividad estatal en materia de subvenciones y ayudas públicas.

En este sentido cabe recordar la jurisprudencia constitucional aplicable en los casos en que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias sobre la materia objeto de la subvención. El FJ 8º de la STC 13/1992 sintetiza los cuatro supuestos que pueden darse, según el alcance e intensidad de las competencias autonómicas, distinguiendo entre: a) supuestos en los que el Estado no invoca título competencial alguno, mientras que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia; b) aquellos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución; c) casos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma; y d) supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado.

El caso al que se refiere esta sentencia corresponde al supuesto descrito en el apartado b). En este ámbito, al Estado le corresponderá, ex artículo 149.1.13 CE, la especificación del destino de la subvención y la regulación de sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, pero siempre que deje espacio a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de la subvención y para

desarrollar las condiciones de otorgamiento y tramitación. La aplicación de esta doctrina al supuesto planteado determina la anulación de varios preceptos de la norma estatal objeto de conflicto.

Por último, tiene interés hacer referencia, en relación con esta sentencia, a los efectos que produce la declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios impugnados. En este sentido, el Tribunal afirma que no cabe duda, según se desprende de su contenido, de que la disposición recurrida pretende establecer el marco de referencia de esta iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, marco a partir del cual han de efectuarse las correspondientes convocatorias anuales de las distintas medidas previstas en ella.

En consecuencia, es necesario que el Tribunal resuelva acerca de la eventual extensión de la nulidad de los preceptos relativos a la gestión estatal de estos incentivos, a las resoluciones que los desarrollan y aplican, las cuales han sido dictadas con vigencia temporal limitada. En cuanto a estas resoluciones, el Tribunal distingue entre la dictada en desarrollo de la regulación de los préstamos bonificados y aquella otra que aplica preceptos relativos a la concesión de ayudas destinadas a realizar actividades complementarias de estudio, promoción y comercialización de los destinos turísticos modernizados.

Con respecto a esta última es preciso tener en cuenta que las ayudas en cuestión fueron convocadas, para el ejercicio 2009, mediante la ya citada Resolución de 15 de abril de 2009 del Instituto de Turismo de España, habiendo ya transcurrido el plazo máximo que ésta fija para dictar y notificar la resolución concediendo o denegando las ayudas cuestionadas. Por ello, la necesidad de procurar conservar la eficacia jurídica de aquellos actos cuya anulación afectaría a legítimos derechos de terceros generados en su día por la presunción de legalidad de éstos conduce en este caso, en aplicación del artículo 66 LOTC, a que la declaración de nulidad de determinados preceptos del Real Decreto 1916/2008 no implique la de la citada Resolución.

No sucede lo mismo, sin embargo, respecto a la línea de préstamos con cargo al FOMIT, cuya convocatoria para el año 2009, aprobada por Resolución de la Secretaría de Estado de Turismo de 8 de julio de 2009, establece la gestión centralizada de esta iniciativa, centralización que se ha estimado contraria al orden competencial. A diferencia del caso anterior, los efectos de la convocatoria no se han agotado, pues su cierre no se producirá, conforme al apartado sexto de la última Resolución citada, hasta el día 15 de noviembre de 2009, lo que determina que el Tribunal declare que esta Resolución carece igualmente de eficacia en aquellos aspectos que incidan en las competencias autonómicas de gestión que se reconocen en esta sentencia, en relación con los préstamos a los que se hace referencia en ella.

B) La normativa autonómica debe respetar las bases del Estado en materia de coordinación de la sanidad aunque afecten a la ordenación de los festejos taurinos, de competencia autonómica

La STS de 2 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (Id Cendoj 28079130052009100474 – STS 5425/2009), (ponente: Jesús Ernesto Peces Morate), resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra la Sentencia, de 24 de enero de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera). En dicho pronunciamiento, la Sala a quo

IV. Fuentes del Derecho

estimó el recurso Contencioso-Administrativo, interpuesto por la Federación Aragonesa de Sindicatos y Asociaciones de Médicos Titulares y de Atención Primaria (FASAMET) contra el artículo 7.2 párrafo segundo del Decreto 226/2001, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de los festejos taurinos populares. De acuerdo con este precepto “los servicios médicos comprenderán, como mínimo, un médico y un ayudante técnico sanitario o diplomado universitario en enfermería”. Pues bien, el Tribunal de instancia anuló esta disposición al entender que vulnera la normativa estatal en la materia —en concreto, el Real Decreto 1649/1997, de 31 de octubre, por el que se regulan las instalaciones sanitarias y los servicios médico-quirúrgicos en los espectáculos taurinos— que exige, al menos, dos médicos en el equipo médico-quirúrgico que ha de atender los posibles incidentes surgidos en los espectáculos taurinos. No admitió, pues, la Sala, las alegaciones de la Comunidad Autónoma que se apoyaban en el carácter meramente supletorio de la normativa estatal en esta materia. Entendió que la regulación precitada del Estado tenía carácter básico, en ejercicio de la competencia contenida en el artículo 149.1.16 de la Constitución, de modo que la Comunidad Autónoma invadió el ámbito competencial propio del Estado al establecer una regulación distinta.

A la luz de estos argumentos, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación que se apoya fundamentalmente en el carácter supletorio de la normativa estatal en materia de espectáculos taurinos. Al respecto, afirma el Tribunal que la competencia para regular festejos taurinos corresponde a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, admite que el Real Decreto estatal, cuya vulneración se admitió en instancia, se aprobó en virtud de otra competencia estatal, la competencia en materia de bases y coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16 CE); y que el precepto anulado por la Sala a quo tenía carácter básico (FJ 1º). De modo que el Tribunal desestima el recurso interpuesto.

3. LEY

A) Reserva de ley en materia sancionadora

a) Ámbito de aplicación del artículo 25.1 CE en relación con los procesos de extradición y con la aplicación de la euroorden

En la **STC 191/2009, de 28 de septiembre**, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 por el que se accede a la entrega a Francia del demandante, solicitada a través de una orden europea de detención, para la ejecución de una pena de veinte años de prisión. El recurrente considera que se ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE), en primer lugar, por haber procedido a su entrega con base en una indebida aplicación del procedimiento de euroorden, debiendo haberse aplicado el Convenio Europeo de Extradición. En segundo lugar, fundamenta la vulneración del artículo 25.1 CE, por haber ignorado la concurrencia de las causas de denegación contempladas en el artículo 12.2.b) y c) de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE), que se refieren a la improcedencia de la entrega, al no haber atendido a las causas de denegación de ésta —que el recurrente considera fundadas en el principio de *non bis in idem*— y, finalmente, por accederse a la entrega estando prescrito el delito por el que se solicitó, lo cual supone una vulneración del artículo 12.2.i) LOEDE.

El Tribunal Constitucional entiende que el derecho cuya posible vulneración debe ser analizada en este caso no es el artículo 25.1 CE, que es el que invoca el recurrente, sino el 24 CE, que regula el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, el Tribunal afirma que no está vinculado por las invocaciones de los preceptos constitucionales llevadas a cabo por los recurrentes. Al solicitante de amparo no se le exige que la invocación del derecho supuestamente vulnerado se lleve a cabo mediante la concreta identificación del precepto constitucional donde se proclama, ni tampoco que mencione su *nomen iuris*, sino solamente que acote suficientemente el contenido del derecho constitucional violado, permitiendo así un pronunciamiento del Tribunal sobre la infracción aducida.

En el proceso de euroorden no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado. Por lo tanto, dado que el recurso se fundamenta, en esencia, en que la decisión de entrega infringe los requisitos contemplados en la Ley 3/2003, que regula el procedimiento de euroorden, el Tribunal considera que debe ser encauzado desde el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y no desde el principio de legalidad en materia penal o sancionadora (artículo 25.1 CE). El artículo 25.1 CE, no resulta aplicable en este caso, puesto que éste se refiere exclusivamente a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, careciendo de tal naturaleza el procedimiento de entrega.

No obstante, el Tribunal precisa que no puede excluirse totalmente la posibilidad de que en un procedimiento extradicional pueda verse lesionado el derecho a la legalidad penal; esto se producirá únicamente cuando los requisitos legales habilitantes de la entrega e indebidamente aplicados por el órgano judicial guarden una directa relación con el haz de garantías que contempla el derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 CE, tal como acontece en el caso paradigmático de la exigencia de doble incriminación. Esto no se ha producido en el caso enjuiciado, ya que ninguna de las circunstancias legales afectadas tiene relación con el derecho a la legalidad penal.

b) La indeterminación de la regulación penal o de los conceptos utilizados por ésta como fundamento de la vulneración del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE)

En la **STC 201/2009, de 27 de octubre**, se resuelven las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete en relación con los artículos 153.1 y 171.4 del Código penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

El Tribunal rechaza la posible inconstitucionalidad de la supuesta indeterminación de los preceptos impugnados al fijar el lapso (“hasta cinco años”) en que puede imponerse la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, “cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz”. A juicio del Tribunal, que reitera lo establecido en el fundamento jurídico 2 de la STC 81/2008, “no se entiende, ni nada se alega al respecto, en qué consiste la indeterminación de un marco penal que tiene un mínimo, consistente en la falta de imposición de la pena, y un máximo, concretado en cinco años”. También rechaza la alegación de la vulneración del principio de

IV. Fuentes del Derecho

legalidad penal (artículo 25.1 CE), por sustentarse los preceptos cuestionados en una serie de conceptos jurídicos indeterminados y de presunciones que resultan incompatibles con “el requisito de certidumbre de la norma”, al constatar que no concurre tal circunstancia en la normativa analizada.

En la **STC 203/2009, de 27 de octubre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, en relación con los mismos preceptos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, citados en el párrafo anterior.

El Tribunal descarta que las previsiones normativas cuestionadas vulneren el contenido del principio de culpabilidad penal (que puede considerarse garantizado por el artículo 25.1 CE, invocado en el Auto de planteamiento de la cuestión), pues no se sustentan, como pretende el Juzgado promotor, en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, dado que “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente” (STC 59/2008, FJ 11º, citado por las SSTC 99/2008, FJ 3º, y 179/2009, FJ 6º).

c) Un reglamento no puede establecer como sanción de multa una cuantía fija cuando la Ley, para garantizar el principio de proporcionalidad, prevé un margen de graduación de la sanción

La **STSJ de Madrid 1327/2009, de 18 de junio**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, recurso 8/2006, (ponente: Sara González de Lara Mingo), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad privada contra el Decreto de 3 de noviembre de 2005, del Concejal del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad, que aprueba el nuevo cuadro de claves de infracciones a la normativa de circulación vial, así como el importe de las sanciones que provisionalmente han de corresponderse con ellas, según su mayor o menor gravedad, sin olvidar las infracciones denunciadas en las vías señaladas como preferentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.k) del Reglamento General de Circulación. La aprobación del Decreto se preveía en el artículo 109 de la Ordenanza de Movilidad de la Ciudad de Madrid de 26 de septiembre de 2005 que establece: “Las infracciones que pudieran cometerse contra lo dispuesto en la presente ordenanza serán sancionadas con multa y, en su caso, con suspensión del permiso o licencia de conducción o cualquier otra medida accesoria prevista en la Ley. La cuantía de la multa será fijada por el alcalde o el órgano en que delegue mediante la aprobación de un cuadro de claves de infracciones e importe de sanciones según las tipificaciones establecidas en el texto articulado de la Ley de Tráfico y en el Reglamento General de Circulación”.

El recurso se apoya en la vulneración del principio de legalidad, en la medida en que las sanciones impuestas superan cuantitativamente el importe previsto en la Ley de tráfico; y en la vulneración de la Ley y del principio de proporcionalidad en conexión con el artículo

129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al establecer algunas sanciones en su grado máximo.

Tras un estudio detallado de las cuantías de multa previstas para cada tipo de infracción concluye el Tribunal que, en efecto, se produce una vulneración del principio de jerarquía normativa. El Decreto establece cuantías fijas para cada infracción olvidando que la Ley establece un margen o recorrido de la sanción, con el fin de poder valorar los elementos del caso y, así, cumplir con el principio de proporcionalidad (FJ 4º). Por ejemplo, para infracciones leves se fija una multa de 90 euros, cuando la Ley señala que la multa será de hasta 90 euros. Por ello, se estima el recurso interpuesto y se anula el Decreto impugnado.

4. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma

La STS de 17 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (Id Cendoj 28079130042009100364 – STS 5020/2009), (ponente: Enrique Lecumberri Martí), resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia del TSJ de Andalucía de 18 de diciembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Dicha resolución estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un funcionario autonómico contra el Decreto 394/2000, de 26 de septiembre, por el que se regula la plantilla orgánica, funciones y retribuciones del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía en la especialidad de Farmacia. La Sala *a quo* entendió que el Decreto impugnado constituía una disposición de carácter general que desarrollaba una Ley, estableciendo una regulación de derechos y deberes, con un número indeterminado de destinatarios, por lo que debía haberse recabado el dictamen preceptivo y no vinculante del Consejo de Estado. Con base en estos argumentos anuló la disposición.

El recurso de casación se apoya precisamente en una valoración distinta de la naturaleza jurídica del Decreto. Sostiene la Junta de Andalucía que, en realidad, el Decreto es un reglamento de carácter independiente y de organización, pues opera dentro de la propia organización administrativa, *ad intra*, y se proyecta, en exclusiva, sobre las relaciones de los funcionarios integrados en la organización que regula. El Tribunal, sin embargo, desestima este motivo de casación. Afirma que el Decreto no se puede calificar de meramente organizativo, “pues incide directamente en el estatus de la función pública, e innova el régimen jurídico de los funcionarios del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía de la Especialidad de Farmacia”. Como ejemplos de ello, señala el Tribunal que el Decreto otorga a estos funcionarios facultades de agentes de la autoridad y que establece un sistema de incompatibilidad en el ejercicio de sus funciones, distinto del recogido en la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (FJ 4º). Así pues, concluye el Tribunal que el Decreto devino nulo de pleno Derecho, conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no someterse en su procedimiento de elaboración al dictamen preceptivo del Consejo Consultivo. Desestima, pues, el recurso de casación interpuesto.

IV. Fuentes del Derecho

En el mismo sentido, la STS de 25 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, (Id Cendoj 28079130072009100315 – STS 4718/2009), (ponente: Juan José González Rivas).

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones generales

a) La audiencia a la Federación de Municipios de la Región de Murcia no sustituye el trámite preceptivo de informe del Consejo Regional de Cooperación Local legalmente previsto

La STS de 20 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, (Id Cendoj 28079130022009100584 – STS 3977/2009), (ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero), resuelve el recurso de casación interpuesto por la Región de Murcia contra la Sentencia de 27 de octubre de 2005 del TSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda). Esta resolución estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Ceutí contra el Decreto 102/2002, de 14 de junio, de la Consejería de Economía y Hacienda por el que se aprueba el Reglamento Económico-Financiero Tributario del canon de saneamiento de la Región de Murcia. La Sala a quo constató que en la tramitación del reglamento se omitió el informe del Consejo Regional de Cooperación Local, que es necesario conforme al artículo 3.1.a) de la Ley reguladora de dicho órgano, en cuanto que el Decreto regula una parte de la acción pública de la administración regional que afecta al ámbito de competencias de la administración local. Además, el Tribunal también llegó a la conclusión de que la consulta al Consejo Económico y Social había sido meramente formal, pues no se le remitieron los datos necesarios para cumplir adecuadamente su función; en concreto, no se le remitió una memoria económica que permitiese evaluar el impacto socioeconómico del canon. Frente a esta sentencia, el recurso de casación se apoya en la vulneración del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, que regula el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales; del artículo 25.2.1) de la Ley de Régimen Local (LBRL); y del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Al respecto, señala el Tribunal, en primer lugar, que el Decreto impugnado es una disposición general autonómica dictada en desarrollo de una Ley autonómica. A continuación, analiza los motivos de casación. El primero de ellos es la vulneración del artículo 25.2.1) LBRL. Afirma el Tribunal que la disposición impugnada afecta efectivamente a las competencias locales, pues el canon que impone se vincula a infraestructuras municipales. Además, implícitamente la propia Comunidad Autónoma aceptó la proyección de la norma sobre el ámbito local, pues durante su elaboración citó a la Federación de Municipios de la Región de Murcia. A continuación, confirma el Tribunal el fallo de instancia. Señala que la participación de la Federación de Municipios de la Región de Murcia no puede sustituir el trámite preceptivo del informe del Consejo Regional de Cooperación exigible en la medida en que se afectaban competencias locales; de modo que se ha producido una vulneración del procedimiento establecido que conlleva la nulidad del Decreto, conforme al artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (FJ 5º). Por todo ello, desestima el recurso de casación interpuesto.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad ante la Ley

a) Los precedentes administrativos no vinculan a los tribunales. Sólo cabe entablar un juicio de igualdad a partir de resoluciones judiciales del mismo órgano judicial que ante supuestos idénticos se apoyan en criterios distintos de forma injustificada

La STS de 25 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, (Id Cendoj 28079130032009100171 – STS 2945/2009), (ponente: Fernando Ledesma Bartret), resuelve el recurso de casación interpuesto por una entidad privada contra la STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta). Esta sentencia confirmó la resolución impugnada, que permitía la inscripción de una marca similar a otras ya registradas por la entidad recurrente.

El recurso de casación se apoya en la infracción de los artículos 6.1 y 8.1 de la Ley 17/2001, de Marcas y de la jurisprudencia que los interpreta. En concreto, entiende la demandante que la Sala *a quo* rechazó indebidamente los precedentes administrativos que invocó, vulnerando su derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. Para resolver el recurso el Tribunal Supremo se apoya en una reiterada jurisprudencia. Afirma que no se ha producido una vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley ya que los antecedentes invocados no son jurisdiccionales, sino administrativos, y estos últimos no vinculan a los tribunales (FJ 1º). Además, posteriormente, el Tribunal confirma de nuevo la inexistencia de similitud entre las marcas controvertidas. Con base en estos argumentos, desestima el recurso interpuesto.

b) Posibles vulneraciones de este principio en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

En la STC 201/2009, de 27 de octubre, se plantea la posible vulneración del principio de igualdad ante la ley en la regulación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. El punto de partida del análisis se centra en determinar si estamos ante un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta, en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al artículo 14 CE.

El Tribunal afirma, en primer lugar que el análisis debe ser enfocado en relación con los límites relativos al principio de igualdad y no con los de la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues “no constituye el sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”. Reconducida la duda de constitucionalidad a la perspectiva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma cuestionada pasa, porque “el tratamiento diferenciado de supuestos

IV. Fuentes del Derecho

de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”.

En este caso, los preceptos cuestionados, a la vista de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica, responden a un fin legítimo, que es el de “prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales” (STC 59/2008, FJ 8º, transcrito por la STC 153/2009, FJ 4º).

En cuanto a la funcionalidad de la medida para la legítima finalidad perseguida, de nuevo según la STC 59/2008 “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y, además, para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” [FJ 9.a)].

La diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas que se ofrecen como contraste no permite concluir que se genere una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad, ex principio de igualdad, de ambos preceptos, tanto en función de las finalidades de la diferenciación (que no son otras que la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres las cuales el legislador entiende como insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, y la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito –STC 59/2008, FJ 8º–), como en función de la flexibilidad con la que se ha concebido el sistema de determinación de las respectivas penas.

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 discrecionales. a) Límites al control judicial derivados de la discrecionalidad técnica. **3. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) En relación con los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva. **4. Procedimiento administrativo.** A) Funcionamiento de los órganos colegiados. a) La determinación de las convocatorias de las sesiones y el orden del día de las reuniones no constituyen decisiones discrecionales del presidente del órgano (artículo 23.1 LRJPAC). B) Principios de publicidad, transparencia y audiencia de los interesados en la tramitación de un expediente administrativo. a) Principios aplicables a procedimientos iniciados a instancia de parte. b) Principios aplicados a procedimientos de oficio. c) Audiencia a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos. C) Silencio. a) Fundamento del silencio positivo. b) Cómputo del plazo en el silencio positivo. c) Consecuencias del silencio administrativo sobre las resoluciones administrativas tardías. d) Efectos del silencio en relación con los procedimientos de expedición, renovación, revalidación, homologación, convalidación y reconocimiento de títulos, diplomas, licencias y certificados académicos o profesionales: silencio negativo. e) Efectos del silencio en relación con el procedimiento de reclamación de intereses de demora en procedimiento expropiatorio: silencio negativo. D) Finalización del procedimiento. a) Interrupción de la prescripción: actuaciones administrativas con eficacia interruptora. b) Caducidad.

5. Eficacia de los actos administrativos. A) Notificación a) Notificación edictal.

6. Eliminación del acto administrativo. A) Revisión de oficio. a) No procede cuando, por el transcurso del tiempo transcurrido, la revisión del acto sea contraria al principio de equidad. B) Recurso de alzada. a) Cómputo de plazos para interposición del recurso.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de septiembre a octubre, ambos incluidos, de 2009, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período resulta muy relevante que varias sentencias –hasta quince– del Tribunal Supremo de los días 18 y 25 de septiembre de 2009 pongan de manifiesto un cambio significativo en la doctrina de este tribunal. Según se declara en ellas, se ha procedido a variar de criterio jurisprudencial, de modo que se ha pasado a considerar como “interesados” a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, teniendo en cuenta que su participación en estos procedimientos es muy importante para poder resolver correctamente la concesión o no de un título concreto.

2. CLASES DE ACTOS

A) Actos discrecionales

a) Límites al control judicial derivados de la discrecionalidad técnica

En este ámbito la STS de 15 de septiembre de 2009, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el FJ 6º de su Sentencia 219/2004, de 29 de noviembre, sostiene que la existencia de la discrecionalidad técnica “no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (artículo 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. En este sentido el Tribunal considera que se trata de “las cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”. En esta línea afirma, citando de nuevo al Tribunal Constitucional (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3º), que “lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo, salvo circunstancias excepcionales”, pero además, declara (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3º) que “la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria... no se incluye en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que el Tribunal con su decisión de excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador”. Subraya también que “la determinación de si la fórmula empleada para la corrección de determinados ejercicios de un proceso selectivo ha sido aplicada correctamente o no, tampoco entra dentro del ámbito de

la discrecionalidad técnica, y por tanto dicha circunstancia, que en absoluto implica sustituir la actividad de la Administración, debe ser controlada por los Jueces y Tribunales cuando así sea demandado por los participantes en el proceso selectivo”. Por todo ello, la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción *iuris tantum* sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

Asimismo, declara el Tribunal, que no cabe confundir, como pretende el recurrente, que la previa admisión al procedimiento determine el otorgamiento de la máxima puntuación correspondiente a formación, sino que dicho aspecto junto con el de la actividad profesional desarrollada por cada solicitante habrán de ser valorados por el Tribunal con arreglo a la discrecionalidad técnica.

3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) En relación con los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva

El Tribunal Supremo entiende, así en la citada STS de 15 de septiembre de 2009, que, de conformidad con el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la motivación en los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de acuerdo con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, por lo que, cuando así venga previsto en la convocatoria, el órgano de selección cumplirá con expresar la puntuación que exteriorice su calificación. Asimismo y siguiendo la STS de 14 de julio de 2000 expone y resume los criterios jurisprudenciales sobre la motivación en estos particulares supuestos, de la siguiente forma:

“Lo anterior explica que las normas reguladoras de la actuación de esos órganos calificadores sólo exijan a estos efectos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exteriorice su juicio técnico. Y que tal puntuación sea bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica. Y cuando tales normas no exijan más que dicha puntuación, el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el que no la haya acompañado de una explicación o motivación complementaria”.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Funcionamiento de los órganos colegiados

a) La determinación de las convocatorias de las sesiones y el orden del día de las reuniones no constituyen decisiones discrecionales del presidente del órgano (artículo 23.1 LRJPAC)

La STS de 25 de septiembre de 2009 (recurso de casación 2581/2007) conoce del recurso interpuesto por la Generalidad Valenciana contra la inactividad de la Ministra de Sanidad y Consumo (que ostenta la presidencia del Consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud) al no convocar una reunión del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en el que se requiere el cese de dicha inactividad, que se proceda a la convocatoria del pleno de dicho Consejo, así como a incluir en el orden del día de dicha convocatoria los asuntos relacionados en el mencionado requerimiento y no tratados en los plenos celebrados con posterioridad a él. En resolución del recurso de casación interpuesto el Tribunal declara (FD 5º): “Ha sido, pues, consustancial a nuestro sistema administrativo y más plausible parece que lo sea bajo un Estado social y democrático de derecho, que el orden del día de un órgano colegiado no quede en manos del Presidente sino que, debe atender a las peticiones de todos los que ayudan a formar la voluntad del mismo en orden a que la colegialidad se vea reforzada”.

Así lo interpreta el Tribunal, basándose en el artículo 23.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común, y siguiendo jurisprudencia reciente anterior, en concreto en Sentencias del mismo Tribunal 20 de septiembre de 2006, 27 de diciembre de 2006, 31 de enero de 2007. A estos efectos se considera que el artículo 23 de la citada Ley, si bien no tiene carácter de norma básica, (conforme a la Sentencia 50/1999 del Tribunal Constitucional), es aplicable en el ámbito de la Administración estatal.

B) Principios de publicidad, transparencia y audiencia a los interesados en la tramitación de un expediente administrativo

a) Principios aplicables a procedimientos iniciados a instancia de parte

Estos principios que rigen el procedimiento administrativo, son aplicados por los tribunales en el caso de los procedimientos de solicitud de apertura de farmacia. Así se deriva de la STS de 23 de septiembre de 2009, en la que se enjuicia en casación una sentencia del Tribunal de instancia por la que se declara nula la resolución de un Director General de Farmacia de una Comunidad Autónoma y se ordena retrotraer el expediente administrativo. La retroacción del expediente se dispuso en aquella resolución al apreciar, conforme declara el FD 1º de la sentencia: “un vicio de forma causante de indefensión, no a la recurrente, sino a todos los interesados, como son los que presentaron solicitudes anteriores a la suya y que no han tenido ni siquiera noticias de que había un señor (sic) que había solicitado con posterioridad, pudiendo influir en sus expedientes que aún no son firmes en vía administrativa, por lo que se le está conculcando el derecho a la defensa de sus legítimos intereses, motivo por el cual se debe retrotraer el expediente administrativo, a fin de que le sea dado trámite de audiencia a los

otros interesados por si quisieran personarse en el expediente y formular las alegaciones que hubieran de hacer para la mejor defensa de sus derechos”. Por lo mismo entiende el Tribunal debe darse publicidad de la solicitud, para que otros farmacéuticos se pudieran personar en el expediente y alegar sus méritos con el fin de valorarlos y adjudicar la oficina de farmacia, si procediera, al farmacéutico con mejor derecho...”.

b) Principios aplicados a procedimientos de oficio

Esto se deriva de la **STS de 30 de septiembre de 2009**, en el caso de un procedimiento de clasificación de terrenos incluidos en la vía pecuaria, en la que se reconoce expresamente que a los propietarios de los predios afectados por el expediente de clasificación, indudablemente interesados en el procedimiento administrativo correspondiente, se les deben notificar dichos actos. En esta misma sentencia se recuerda que según reiterada jurisprudencia los defectos o irregularidades formales en la tramitación de los procedimientos administrativos resultan trascendentes en la medida que a través de ellos se genera una situación de indefensión real y efectiva, más allá de la meramente formal.

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

Este trámite de audiencia resulta preceptivo para los Consejos Generales y los Colegios profesionales en los procedimientos de concesión y homologación de títulos. Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en este punto ha cambiado de parecer. Concretamente, para el período de tiempo comprendido en esta crónica, se trata de las **SSTS de 18 de septiembre** (recursos de casación: 3244/2008, 5137/2008, 38/2009, 4558/2008, 5129/2008, 3442/2008, 5795/2008, 512/2009 y 2981/2009), y **de 25 de septiembre de 2009** (recursos de casación: 5146/2008, 3896/2008, 5911/2008, 5147/2008, 3375/2008 y 3741/2008). En todas ellas se sigue la jurisprudencia sentada por este tribunal a partir de varias sentencias de 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2008. Esta doctrina jurisprudencial se basa en el reconocimiento de la condición de interesados a “los Consejos y Colegios profesionales” en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, al considerar muy relevante su juicio en los procedimientos de este tipo. Siguiendo esta tesis, el Tribunal concluye que las sentencias de instancia infringen, en todos los casos, los artículos 31 y 84 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la interpretación que de ellos efectúa la jurisprudencia más reciente, dado que el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales de España, recurrente en todas ellas, ni fue emplazado en el procedimiento administrativo que culminó en las Órdenes Ministeriales impugnadas en instancia, ni se le notificaron las respectivas resoluciones.

C) Silencio

a) Fundamento del silencio positivo

Sobre esta cuestión se pronuncia la **SAN de 8 de octubre de 2009**, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo, cuando afirma lo siguiente:

“(…) el fundamento de la institución del silencio administrativo positivo es proteger al interesado en la obtención de una resolución expresa frente a las dilaciones de la

Administración competente, y al mismo tiempo, servir de acicate para vencer la inacción de ésta, produciéndose, no sólo cuando dentro del plazo reglado al efecto no se adopte resolución alguna, sino cuando dentro de tal plazo no tenga el interesado conocimiento de su existencia (...). De esta forma, en el supuesto del silencio administrativo positivo, el transcurso del plazo fijado para dictar la resolución produce, por sí solo, la ficción jurídica de que aquella –la resolución– ha sido estimatoria, sin que el interesado tenga que hacer nada para adquirir el derecho que declare a su favor el ficticio, pero legalmente eficaz acuerdo resolutorio, que ya no puede ser alterado o cambiado por el Órgano Administrativo, cuya obligación de resolver expresamente está extinguida. En este contexto resulta claro que, en los casos de silencio administrativo positivo, si la resolución denegatoria no es notificada al interesado antes de que precluya el plazo para dictarla, quedará enervada por la resolución ‘ficta’, de carácter positivo, producida anteriormente por el simple transcurso del tiempo y por ministerio de la Ley”.

b) Cómputo del plazo en el silencio positivo

A juicio del Tribunal Supremo, **STS de 29 de septiembre de 2009**, la determinación del *die a quo* hay que referirla a la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su aprobación. Esto tiene lugar cuando se acredita que el documento fue entregado personalmente a los responsables de órgano administrativo autonómico al que iban destinados, por más que su incorporación formal al expediente no se produjese hasta un momento posterior.

c) Consecuencias del silencio administrativo sobre las resoluciones administrativas tardías

Sobre esta cuestión se pronuncia la **STS de 6 de octubre de 2009**, en relación con el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Liérganes contra el acuerdo del Consejo de Ministros, dictado fuera del plazo previsto para resolver, por el que se declara la utilidad pública y se aprueba el proyecto de ejecución de la línea eléctrica aérea a 400 kV, doble circuito, “Penagos-Güeñes”, en las provincias de Cantabria y Vizcaya:

“El silencio administrativo se configura como una institución en beneficio del administrado, de tal forma que permita a éste, una vez transcurrido un determinado plazo, presumir un sentido positivo o negativo a la solicitud o cuestión planteada a la Administración y poder reaccionar en consecuencia. Pero así como la Administración queda vinculada con el silencio positivo, de tal forma que no puede luego dictar una resolución denegatoria, no sucede lo mismo con el silencio negativo. El transcurso del plazo en un procedimiento ligado a un silencio negativo –como es el caso de autos– tiene como principal finalidad permitir al administrado recurrir contra la denegación presunta y, en su caso, acceder a la jurisdicción ordinaria, pero no excluye la respuesta posterior de la Administración, sino que, antes al contrario, la Administración sigue obligada a responder en todo caso, respuesta que podrá ser positiva o negativa (artículos 42.1 y, específicamente, 43.1 y 4 de la Ley 30/1992). Todo lo cual está expresamente previsto en los preceptos mencionados y ha sido aplicado en forma constante por una prolongada jurisprudencia. A lo anterior podría

añadirse que, tal como sostiene la codemandada Red Eléctrica de España, de acuerdo con lo que prevé el artículo 63.3 de la citada Ley 30/1992, el transcurso de un plazo para resolver sólo implicará, en su caso, la anulabilidad de la resolución dictada ya transcurrido el mismo cuando así lo imponga la naturaleza de término o plazo. Y nada hay en el procedimiento de que se trata que implique la anulación de la declaración de utilidad pública una vez transcurrido el referido plazo, que sólo tiene la finalidad común de permitir la reacción del recurrente frente a la inacción de la Administración”.

d) Efectos del silencio en relación con los procedimientos de expedición, renovación, revalidación, homologación, convalidación y reconocimiento de títulos, diplomas, licencias y certificados académicos o profesionales: silencio negativo

En este sentido declara la STS de 15 de septiembre de 2009, FD 3º:

“Y con relación a la expresada cuestión conviene advertir, que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, introdujo importantes modificaciones en la regulación del silencio administrativo. Probablemente por la trascendencia de dichas novedades, el apartado segundo de la disposición adicional primera de la referida Ley 4/1999 impuso al Gobierno la obligación de adaptar, en el plazo de dos años, las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio establecido por la nueva Ley, y entre tanto se llevaba a cabo la citada adaptación, el apartado tercero de la disposición transitoria primera de la misma Ley 4/1999 previno que conservaría su validez el sentido del silencio administrativo establecido en aquellas normas. Dicha adaptación se llevó a cabo en la disposición vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (posteriormente modificada por el artículo 69 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y por el apartado 1.a) de la disposición derogatoria primera de Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo apartado segundo establece que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, los procedimientos que se relacionan en el anexo 2 de la disposición se entenderán incluidos en la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 43 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, darán lugar a la aplicación del silencio administrativo negativo. Pues bien, entre los procedimientos incluidos en el referido anexo, se encuentran los relativos a ‘expedición, renovación, revalidación, homologación, convalidación y reconocimiento de títulos, diplomas, licencias y certificados académicos o profesionales’. Consecuentemente, en el supuesto enjuiciado deben entenderse negativos los efectos del silencio de la Administración”.

e) Efectos del silencio en relación con el procedimiento de reclamación de intereses de demora en procedimiento expropiatorio: silencio negativo

La SAN de 18 de septiembre de 2009 considera que la reclamación de intereses de demora derivada de un procedimiento expropiatorio es un procedimiento iniciado de oficio. De esta

manera, a juicio de la sentencia, aunque dubitativamente, debería aplicarse lo previsto en el artículo 44.1 de la Ley 30/1992.

Para llegar a esa decisión, la Audiencia considera que resulta aplicable la doctrina de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2007 que, resumidamente, consideró que, “como no existía procedimiento administrativo específico para la petición de intereses en relación a la cantidad adeudada derivada de un contrato y que dicha petición no era sino una incidencia en la ejecución del propio contrato de obra, siendo el procedimiento de contratación un procedimiento iniciado de oficio, la falta de resolución en plazo tenía efecto negativo”.

D) Finalización del procedimiento

a) Interrupción de la prescripción: actuaciones administrativas con eficacia interruptora

Sólo se interrumpe la prescripción, según la **STS de 18 de septiembre de 2009**, cuando se realizan actuaciones inspectoras o actos tendencialmente ordenados a iniciar o perseguir los respectivos procedimientos administrativos que, sin responder meramente a la finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, recaudación del tributo o a la imposición de sanción. Esto se declara en el marco de un procedimiento sancionador por infracción tributaria. A estos efectos, el Tribunal, siguiendo jurisprudencia anterior, entre otras, Sentencias de 13 de febrero de 2007, de 8 de febrero de 2002, 14 de diciembre de 1993 y 29 de junio de 2002, analiza las diligencias presuntamente interruptoras de la prescripción a fin de llegar, en unos casos, a la conclusión de su naturaleza interruptora de la prescripción, y, en otros, a que carecen de ella.

b) Caducidad

La caducidad no tiene lugar en el caso del que conoce la **STS de 30 de septiembre de 2009**, por las mismas razones que ya indicó el tribunal en una sentencia anterior de 6 de julio de 2009. En ella se consideró que la norma aplicable para apreciar la concurrencia de esa supuesta caducidad es la Ley 30/1992, pero en su redacción original, ya que el procedimiento administrativo concernido comenzó antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999 (que se produjo el 14 de abril de 1999), siendo, pues, de aplicación al caso su disposición transitoria segunda, párrafo primero, que señaló que “a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”. En este caso ésta no resulta ser una cuestión indiferente para el Tribunal, ya que a su juicio, entre una y otra Ley existían diferencias relevantes en cuanto a la caducidad de los procedimientos:

“El artículo 44.2 LRJ-PAC, después de la reforma realizada por Ley 4/1999, no se refiere, como el anterior artículo 43.4 (de la redacción originaria de la Ley), a procedimientos iniciados de oficio ‘no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos’,

V. Actos, Procedimiento y Contratos

sino, pura y simplemente, de procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras ‘o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen’, lo que permite referir la naturaleza y efectos del procedimiento no a la ciudadanía en general sino a la persona concreta afectada por la actuación administrativa. Por tanto, la aplicación de uno u otro precepto puede conducir a conclusiones diferentes. Así las cosas, siendo aplicable al caso la LRJ-PAC en su redacción originaria, el precepto verdaderamente relevante para apreciar la caducidad del expediente es el citado artículo 43.4, donde se establecía, en lo que ahora interesa, que ‘cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada’. Y partiendo de esta base, es claro que la propia y específica naturaleza del procedimiento de clasificación, en cuanto a través del mismo ‘se determina la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaria’ (artículo 7 de la Ley 3/1995), siendo las vías pecuarias bienes de dominio público (artículo 2), promueve y defiende intereses generales que revierten en beneficio de los ciudadanos, y esta constatación es la que nos lleva a excluir, en definitiva, la aplicabilidad del tan citado artículo 43.4 al caso”.

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal deja al margen la cuestión de si el expediente administrativo se tramitó o no fuera de plazo, puesto que concluye que no le resulta de aplicación el instituto de la caducidad.

5. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) Notificación edictal

Este tipo de notificación resulta procedente, en aplicación del artículo 59.4 LRJPAC, cuando realizada la notificación personal, ésta no ha surtido efecto porque el cambio de domicilio del particular no ha sido debidamente comunicado a la Administración. En este sentido, declara la STSJ de Murcia de 25 de septiembre de 2009:

“En consecuencia, y ante el resultado infructuoso de los intentos de notificación personal se acudió a la notificación por edictos. Y dichas notificaciones son válidas y conformes a derecho, pues no correspondía a la Administración realizar averiguaciones del domicilio del infractor, toda vez que éste lo facilitó en un expediente sancionador, y la misma diligencia que se pretende de la Administración se le puede exigir al interesado, en el sentido de comunicar el cambio de domicilio a los efectos de las notificaciones que hubieran de practicarse en los procedimientos sancionadores, y, en su caso, en el de recaudación. No es imputable, por tanto, a la Administración la imposibilidad de notificación personal en el domicilio que había fijado el interesado”.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Revisión de oficio

a) No procede cuando, por el transcurso del tiempo transcurrido, la revisión del acto sea contraria al principio de equidad

A este respecto, acerca del tiempo transcurrido desde que se produce el acto hasta que se ejercita la acción de revisión de oficio, el Tribunal Supremo en **STS de 30 de septiembre de 2009**, siguiendo lo declarado en la Sentencia de 16 de julio de 2003, que trataba sobre la impugnación a la pertenencia a un Colegio Profesional, recuerda que, a tenor del artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las facultades de revisión de los actos administrativos no pueden ser ejercidas, entre otros casos, cuando por el tiempo transcurrido aquel ejercicio resulte contrario a la equidad:

“Para la aplicación de este artículo es un dato decisivo el de que transcurrieron más de veinte años desde el acuerdo de colegiación hasta la denuncia de irregularidades, por lo que debemos considerar tras la correspondiente deliberación que la revisión de dicho acto resulta ahora contraria a la equidad”.

En esta línea el Tribunal considera en el caso enjuiciado que en los sesenta años transcurridos desde la privación de la propiedad a los recurrentes en virtud de una expropiación forzosa, éstos tuvieron múltiples oportunidades de ejercitar su derecho de defensa invocando la pretendida revisión de oficio del expediente, por lo que no procede estimar su pretensión.

B) Recurso de alzada

a) Cómputo de plazos para interposición del recurso

Conforme a reiterada jurisprudencia, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002, 3 de diciembre de 2003 y 28 de abril de 2004, la **SAN de 18 de septiembre de 2009** hace referencia (FD 1º) a la determinación del cómputo del plazo de interposición de los recursos administrativos para declarar conforme a derecho la inadmisión de un recurso administrativo interpuesto extemporáneamente:

“(…) se interpreta y aplica el artículo quinto del Código Civil y el artículo 48.2.4 de la Ley 30/1992, que viene a trasladar al ámbito administrativo la norma relativa al cómputo de plazos, indicando el más alto tribunal que: cuando se trata de plazos de meses, como sucede en el caso de interposición del recurso, el cómputo ha de hacerse según el artículo quinto del Código Civil, de fecha a fecha, para lo cual se inicia al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición y concluye el día correlativo a la notificación o publicación en el mes de que se trate, dado el carácter de público procesal que reviste la exigencia del cumplimiento de los plazos, en aplicación del principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo nueve de la Constitución”.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

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

Distinción entre “concesión de servicios” y “contrato de servicios”. B) La contratación con otra autoridad pública sobre la que se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios no debe someterse a licitación pública. Este supuesto no concurre cuando la entidad adjudicadora, aunque posea la gran parte del capital de la entidad adjudicataria, permita la participación de una empresa privada en el capital de dicha entidad adjudicataria.

3. Ejecución de los contratos. A) Enriquecimiento injusto para la Administración que tiene su origen en la modificación unilateral del contrato. a) En el caso de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares no prevean el precio de eventuales modificaciones futuras respecto del proyecto inicial, la interpretación debe ser la más favorable para el contratista. b) El principio que veda el enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obra de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto, siempre que hubiesen sido efectivamente entregados y realizados como consecuencia de órdenes de la Administración.

4. Extinción de los contratos.

A) La caducidad (artículo 44 LRJPAC) es aplicable al procedimiento iniciado de oficio de resolución del contrato administrativo. **5. Contratos administrativos típicos. A)** Contrato de obras. a) A los efectos del cómputo del plazo de prescripción de los intereses de demora se considera “un solo contrato de obra” por lo que se fija como días a quo de todas las obligaciones parciales la fecha de su liquidación definitiva.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de agosto de 2009 a noviembre de 2009. Lo más relevante en este ámbito se encuentra en las precisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en torno al concepto de “concesión de servicios” y su distinción del “contrato de servicios” en el sentido de la Directiva 2004/17/CE. 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) Distinción entre “concesión de servicios” y “contrato de servicios”

La STJCE de 10 de septiembre 2009, As. C-206/08, resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del concepto de “concesión de servicios” en el sentido 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. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio relativo a la adjudicación del servicio público de suministro de agua potable y de evacuación de aguas residuales entre el *Wasser-und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisingemeinden* (mancomunidad de suministro de agua y de evacuación de aguas residuales de la ciudad de Gotha y de los municipios pertenecientes a su distrito administrativo; y *Eurawasser Aufbereitungs-und Entsorgungsgesellschaft mbH* (empresa de tratamiento y de eliminación de aguas; en lo sucesivo, “Eurawasser”).

Determina el Tribunal (apartado 50 de la sentencia) que a tenor del artículo 1, apartado 3, letra b), de la mencionada Directiva 2004/17/CE, la “diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida 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 de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago”. Y además apunta el Tribunal que a este respecto carece de relevancia que dicha remuneración se rija por el Derecho privado o por el Derecho público (vid. apartado 55).

Además aclara el TJCE (apartado 54), que dicho criterio resultaba ya de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2004/17. Según dicha jurisprudencia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación (véase, en este sentido, la Sentencia *Telaustria y Telefonadress* (apartado 58); el Auto de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, C-358/00, Rec. p. I-4685 (apartados 27 y 28), así como las Sentencias de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, C-382/05, Rec. p. I-6657 (apartado 34), y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, C-437/07 (apartado 29).

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Por ello, considera el Tribunal que cuando en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, este contrato ha de calificarse como “concesión de servicios”, en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios (apartado 80). Así el Tribunal de Justicia, en particular, ha reconocido la existencia de una concesión de servicios, en casos en los que la remuneración del prestador provenía de pagos efectuados por los usuarios de un parking público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución.

B) La contratación con otra autoridad pública sobre la que se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios no debe someterse a licitación pública. Este supuesto no concurre cuando la entidad adjudicadora, aunque posea la gran parte del capital de la entidad adjudicataria, permita la participación de una empresa privada en el capital de dicha entidad adjudicataria

La STJCE de 10 de septiembre de 2009, As. C-573/07, resuelve una cuestión prejudicial que se presentó en el marco de un litigio entre *Sea Srl* y el *Comune di Ponte Nossa* (municipio de Ponte Nossa) sobre la adjudicación por este último de un contrato relativo al servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos a *Servizi Tecnologici Comuni – SETCo. SpA*. Dicha cuestión prejudicial tiene por objeto dilucidar sobre si es obligatorio o no someter a licitación dicho contrato, de acuerdo con el artículo 1 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.

El Tribunal de Justicia (apartado 3) parte de su reiterada jurisprudencia que determina que una licitación no es obligatoria en caso de contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la autoridad local que es la entidad adjudicadora en el supuesto de que esta entidad territorial ejerza sobre dicha entidad un control, aunque el cocontratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que la entidad territorial, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y de que esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan (véase, en este sentido, la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50).

Ahora bien, precisa sobre lo anterior (apartados 45 a 47) que:

“(…) es preciso recordar que la circunstancia de que la entidad adjudicadora posea, junto con otras entidades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal entidad adjudicadora ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (veáanse, en este sentido, las sentencias de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 37, y de 13 de noviembre de 2008 [TJCE 2008, 267], *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec. p. I-0000, apartado 31). En cambio, 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 (véanse, en este sentido, las sentencias, *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, apartado 49, y *Coditel Brabant*, apartado 30). En general, 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. Asimismo, puede resultar pertinente tener en cuenta el hecho de que, cuando una entidad adjudicadora adjudica un contrato a una sociedad de la que posee todo el capital, la legislación nacional aplicable establece la apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno”.

Y, por último, aclara el Tribunal que 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 (vid. apartado 53).

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Enriquecimiento injusto para la Administración que tiene su origen en la modificación unilateral del contrato

a) En el caso de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares no prevean el precio de eventuales modificaciones futuras respecto del proyecto inicial, la interpretación debe ser la más favorable para el contratista

La STS de 29 de septiembre de 2009 (recurso de casación 5947/2007, FFDD 3º a 6º), afirma que en el caso de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares no contemplen cambios en el proyecto inicial, ni nuevos trabajos de la dirección facultativa inicialmente no planificados y por tanto no proyectados y, en consecuencia, tampoco prevea cómo deben cobrarse las eventuales modificaciones futuras del proyecto inicial, deben interpretarse los pliegos de la forma más favorable para el contratista. En este sentido la sentencia aplica el artículo 1288 CC, del que se infiere que en caso de dudas de interpretación del clausulado del contrato, éste debe interpretarse en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Por tanto, considera el tribunal que “siendo evidente que cuando un proyecto es modificado, la dirección facultativa realiza un nuevo trabajo, es decir, hay un trabajo añadido, éste naturalmente, debe retribuirse, pues en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto para la Administración”; y, en este caso, cuando no se prevea en los pliegos el cálculo del precio tras un cambio en el proyecto inicial, “los honorarios deben calcularse según el presupuesto de ejecución material de las unidades re proyectadas, pues la base de los honorarios según se desprende del Pliego de cláusulas es el presupuesto de lo que la dirección facultativa proyecta”.

En el mismo sentido téngase en cuenta la STS de 6 de octubre de 2009 (recurso de casación 1537/2007, FFDD 3º a 6º).

- b) El principio que veda el enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obra de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto, siempre que hubiesen sido efectivamente entregados y realizados como consecuencia de órdenes de la Administración**

La SAN de 15 de septiembre de 2009 (recurso contencioso-administrativo 759/2005, FD 6º), parte de que “el enriquecimiento injusto (...) viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa —enriquecimiento y empobrecimiento— al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”. Y, en consecuencia, afirma que esta doctrina sobre el enriquecimiento injusto “ampara la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto (...), que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”.

Señala la sentencia que así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo, u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna. Dentro de estos supuestos incluye también una prórroga de un contrato no pactada, aunque sí prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la Administración, así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la Administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes, y por último, el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que ésta hubiere cuestionado su importe.

4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

- A) La caducidad (artículo 44 LRJPAC) es aplicable al procedimiento iniciado de oficio de resolución del contrato administrativo**

La STS de 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación 327/2008, FD 4º) afirma que “la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia”, y que dado que “no existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras” y que el procedimiento para la resolución del contrato se ha iniciado de oficio por el órgano de contratación competente, los artículos aplicables, en orden a la obligación de resolver y notificar, son los artículos 42, 44 y 92 LRJPAC. Y concluye afirmando la sentencia que “como consecuencia de lo expuesto, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente

el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el artículo 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común”.

5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

a) A los efectos del cómputo del plazo de prescripción de los intereses de demora se considera “un solo contrato de obra” por lo que se fija como *dies a quo* de todas las obligaciones parciales la fecha de su liquidación definitiva

La STS de 29 de septiembre de 2009 (recurso de casación 5947/2007, FD 4º) reitera la doctrina asentada del Tribunal Supremo que consiste en valorar “a los efectos del cómputo del plazo de prescripción, un solo contrato de obra, y en iniciar aquel cómputo, en todas las obligaciones parciales de ese único contrato, desde su liquidación definitiva; añadiendo a continuación que ‘debe declararse que, a tales efectos, la misma sustancia jurídica de obligación parcial corresponde a las certificaciones de obra que a la reclamación del importe de las que hayan sido encargadas al mismo contratista como complementarias de la obra inicialmente pactada como principal’”. Esta doctrina parte del presupuesto de entender que aplicar en los casos de falta de liquidación definitiva la prescripción, comporta un trato profundamente discriminatorio para ambas partes contratantes, pues mientras los derechos del contratista están prescribiendo, los de la Administración, derivados del contrato, se encuentran intactos y son ejercitables en cualquier momento, sin que la prescripción haya comenzado.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Administración del Estado. Órganos colegiados. El orden del día de un órgano colegiado no puede quedar en manos de su Presidente. 2. Administración local. A) Autonomía local. La autonomía local no acoge la celebración de consultas populares sobre materias que exceden de las competencias estrictamente locales. B) Denominación oficial de las entidades locales en la zona vascófona de Navarra. C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Derecho de los concejales a obtener información, incluso cuando se trata de una sociedad instrumental del Ayuntamiento. D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales por otras Administraciones. Plazo. E) Mancomunidades de Municipios. La voluntad del Ayuntamiento es suficiente para separarse de la Mancomunidad, sin perjuicio de que deba ponerse al corriente del pago de sus aportaciones y abonar los gastos originados con motivo de su separación. F) Organización provincial. Requisitos de constitución de la Diputación. G) Padrón municipal. Anulación de un Decreto Foral sobre extinción del Concejo, que se dicta como consecuencia de un fraude de ley en el empadronamiento. H) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. Falta de competencia del Alcalde para sancionar a funcionario con habilitación de carácter nacional. **3. Colegios profesionales y profesiones tituladas. Interés legítimo y directo del Consejo General de Colegios Oficiales de los Procuradores de los Tribunales en los procedimientos de otorgamiento de títulos de Procurador. 4. Universidades. La autonomía universitaria no puede ser excusa para que el Consejo de Gobierno de una Universidad se arrogue unas competencias que por ley se adjudican a unos órganos de representación sindical.**

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. ÓRGANOS COLEGIADOS. EL ORDEN DEL DÍA DE UN ÓRGANO COLEGIADO NO PUEDE QUEDAR EN MANOS DE SU PRESIDENTE

Las SSTs de 16 de septiembre de 2009 (recursos 2986/2007 y 2085/2007), 25 de septiembre de 2009 (recurso 2581/2007) y 29 de septiembre de 2009 (recurso 4138/2007), resuelven diferentes recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado contra las Sentencias de la Audiencia Nacional que estimaban los recursos de diferentes Comunidades Autónomas interpuestos contra la inactividad de la Ministra de Sanidad y Consumo, en su condición de Presidenta del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), al no convocar una reunión del Pleno de dicho Consejo tras requerimiento realizado por escrito por un tercio de sus miembros. La sentencia de instancia estimó el recurso y dispuso requerir al Presidente del CISNS para que convocase el Pleno, incluyendo en el orden del día los asuntos propuestos en dicha solicitud y no tratados en los Plenos celebrados con posterioridad a la solicitud de la convocatoria no atendida.

El TS resuelve estos recursos utilizando la Ley 30/1992, que es de aplicación al caso que nos ocupa por tratarse de un órgano de la Administración del Estado. El TS recuerda que la STC 50/1000, de 6 de abril, entendió que los preceptos allí enjuiciados si bien no eran de aplicación a las Comunidades Autónomas por vulnerar el orden constitucional de competencias “al regular aspectos que afectan a la organización y funcionamiento interno de los órganos colegiados (...) de un modo tan detallado y exhaustivo que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas puedan desplegar las potestades de desarrollo legislativo que los respectivos Estatutos de Autonomía les otorgan”, sí lo son para la Administración del Estado que se encuentra constreñida por ellos.

Así, el artículo 23 de la Ley 30/1992 enumera un amplio conjunto de funciones del Presidente del órgano colegiado, entre las que se encuentra el acordar la convocatoria de las sesiones fijando el orden del día. Sin embargo, esta fijación no es libérrima sino que la norma legal establece que lo hará “teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con suficiente antelación”. Por lo tanto, constituye una obligación fijar en el orden del día las peticiones de los demás miembros, no siendo una decisión discrecional por cuanto el Presidente no lo es con efectos jerárquicos sino que sólo es una figura de *primus inter pares* a la que la Ley atribuye determinadas funciones para un adecuado funcionamiento del órgano colegiado. Por lo tanto, es consustancial a nuestro sistema administrativo y más plausible bajo un Estado Social y Democrático de Derecho, que el orden del día de un órgano colegiado no quede en manos del Presidente, sino que se atenga a las peticiones de todos los que ayudan a formar su voluntad en orden a que la colegialidad se vea reforzada.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local. La autonomía local no acoge la celebración de consultas populares sobre materias que exceden de las competencias estrictamente locales

Por Auto de 9 de septiembre de 2009 (recurso 445/2209) el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 14 de Barcelona mantiene la medida cautelar de suspensión acordada

VI. Organización Administrativa

por Auto de 3 de septiembre de 2009, al apreciar que el Acuerdo municipal impugnado invade competencias reservadas al Estado y existe una apariencia de buen derecho a favor de la actora. El acuerdo controvertido del Ayuntamiento de Arenys de Munt permitía la celebración de una consulta popular sobre la independencia de Cataluña, convocada por una entidad privada.

El Juzgado, en cambio, de forma contundente, entiende que no se puede invocar el principio de autonomía local al margen de la Constitución y de las leyes, pues el Derecho Público local deja bien claro que el Municipio ha de ejercer sus competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, con lo que la autonomía local viene condicionada por las normas de ambas Administraciones, y no puede invocarse este principio constitucional para eludirlas. Los Ayuntamientos pueden fomentar la participación de los vecinos, pero siempre que concurren en cada caso los presupuestos jurídicos habilitantes. La ponente recuerda el marco normativo en el que se desenvuelven las consultas populares (artículo 149.1.32ª CE, disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero y Decreto de la Generalitat de Cataluña 294/1996, de 23 de julio) y constata que del expediente no resulta que se haya seguido ni siquiera el procedimiento previsto en el Reglamento autonómico. “El acuerdo que autoriza la consulta invade manifiestamente competencias reservadas expresamente al Estado por la propia Constitución y por tanto la vulneran. Además no se trata de un asunto de carácter local, (...) la consulta que autoriza el acuerdo impugnado supone una invitación al incumplimiento de la Ley, porque ésta sólo reconoce la consulta para asuntos de carácter local, de los que el Municipio tenga competencias propias, lo que evidentemente no es el caso; y además, con sujeción a los requisitos de naturaleza procedimental, legal y reglamentariamente previstos, que tampoco se respetan”.

B) Denominación oficial de las entidades locales en la zona vascófona de Navarra

El STSJ de Navarra de 11 de junio de 2009 (recurso 200/2008), estima el recurso interpuesto contra el Acuerdo de 18 de febrero de 2008 del Gobierno de Navarra que denegaba el cambio de denominación oficial del Municipio de “Bera/Vera del Bidasoa” por la de “Bera”, cambio que se había acordado por el Ayuntamiento de Bera el 17 de enero de 2008, y que se considera conforme a Derecho, y concretamente conforme al artículo 8.1.a) de la Ley Foral 18/1986.

El TS resuelve el recurso teniendo en cuenta lo ya dicho en la Sentencia de 30 de junio de 2003 (recurso 1052/2001) referida al Ayuntamiento de Orkoien (antes Orcoyen), si bien luego matiza las diferencias existentes para con el presente caso, ya que en aquél se trataba de cambios de denominación en municipio sito en zona mixta mientras que en éste se trata de única denominación al hallarse en zona exclusivamente vascófona, intentándose eliminar la doble denominación, con el pretendido de que conste oficialmente una, la vascófona, Bera.

En Informe del Perito del Ayuntamiento establecía que la Ley Foral 18/1986, de 15 de diciembre, del Vascuence, en su artículo 5.1.a) encuadra al municipio de Bera dentro de la zona vascófona de Navarra, y en su artículo 8.1.a) dice “En la zona vascófona, la denominación oficial será en vascuence, salvo que exista denominación distinta en castellano, en cuyo caso se utilizarán ambas”. Siendo así que Bera es topónimo eusquérico, que, por ser tal, tiene grafía única, de conformidad con la normativa académica de aplicación en su ámbito, y que transcrito como tal no coincide con ninguna otra denominación municipal ni en la Comunidad Foral

de Navarra, ni en todo el Reino de España, es obvio que no se da el caso de la existencia de “denominación distinta en castellano”, como en el caso de otros municipios navarros para los que sí es de aplicación el artículo 8.1.a) como Luzaide/Valcarlos, Orreaga/Roncesvalles, etc., por lo que no cabe utilizar ninguna otra doble denominación, por tratarse, como queda demostrado, de un topónimo euskérico y único, transcrito por normativa académica en la grafía que le corresponde, y por hallarse ubicado en la zona vascófona de Navarra; y, en consecuencia, por haber desaparecido totalmente las razones por las que se le asignó el calificativo en 1916”.

El TS comparte este informe, y concluye que la denominación de Bera es exclusivamente euskérica, de forma y manera que carece de razón y sentido la anexión del hidrónimo De Bidasoa y, por ende, no alcanza a este topónimo del Municipio el dictado del artículo 8.1 a) de la referenciada Ley Foral, porque la única denominación vascuence e irreconciliable o inconfundible para con otro supuesto ente local de Estado es la de Bera.

C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Derecho de los concejales a obtener información, incluso cuando se trata de una sociedad instrumental del Ayuntamiento

La STS de 15 de junio de 2009 (recurso 9584/2003), desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Ponferrada contra la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2002, que anula el Decreto de 11 de febrero de 2002 del Alcalde del Ponferrada que inadmitía la petición de acceso al expediente de enajenación del suelo de un Plan Parcial del Municipio. La sociedad mercantil de capital público municipal Ponferrada Gestión Urbánica, S. A. (PONGESUR), también denegó el acceso a ese expediente.

La Sala de Valladolid ya había recordado que PONGESUR es una sociedad de capital íntegramente municipal y que, según sus Estatutos, se constituyó, de acuerdo con los artículos 85.3.c) LBRL y 126 de la Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León, para la prestación en régimen de gestión directa de los servicios y actividades señalados en el artículo 2 de los Estatutos. Se trata, pues, de una gestión directa de servicios públicos bajo la responsabilidad de la corporación, tal como resulta de los artículos 194 y siguientes de la Ley de Haciendas Locales. Y no debe olvidarse que el Tribunal Supremo, en Sentencias de 30 de noviembre de 2001, (recurso 8032/1997) y de 28 de octubre de 2002 (recurso 11860/1998), ha afirmado que corresponde al orden contencioso-administrativo conocer de los litigios sobre actos de estas sociedades en los que se discuta sobre la infracción del artículo 23 de la Constitución.

Los motivos alegados por los recurrentes descansan en la idea de que no es enjuiciable en sede contencioso-administrativa la actuación de PONGESUR de no facilitar a un concejal del Ayuntamiento de Ponferrada la información solicitada. Con ello, no discuten la obligatoriedad del Ayuntamiento de facilitar al concejal la información solicitada. Pero además, para el Tribunal Supremo, “una sociedad mercantil de capital íntegramente público como PONGESUR no puede concebirse al margen del Ayuntamiento que la ha constituido, pues su creación no responde a otra cosa que a la mejor satisfacción de los intereses generales que tiene confiados la corporación local mediante la prestación en régimen de gestión directa de diversos servicios del municipio. Además, el Ayuntamiento la gobierna a través de la Junta General, integrada por el Alcalde y todos los concejales, y la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. En otras palabras, esta sociedad no es equiparable

VI. Organización Administrativa

desde el punto de vista de su posición y de los fines que persigue a una entidad privada cualquiera: es un instrumento creado para la realización de los intereses municipales y, por tanto, subordinado a ellos y a la corporación que los tiene encomendados”. La distinta personalidad jurídica, ni separa a PONSEGUR del sector público local, ni elimina su carácter instrumental para el Ayuntamiento.

Lo contrario supondría justificar la sustracción al control que ejercen los concejales de parte importante de la gestión municipal. Y es que el derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos públicos representativos a ejercerlos valiéndose de todos los medios que la Ley les confiere está directamente vinculado con el derecho de los ciudadanos a quienes representan de participar, en este caso, en la vida local a través de ellos y que esa participación indirecta ha de extenderse a todos los extremos de la actuación municipal sin que haya espacios exentos a ella y a lo que implica de control democrático.

El artículo 77 LBRL reconoce a los miembros de las entidades locales el derecho a obtener “cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función” y no debe olvidarse que el mismo Pleno municipal opera como Junta General de la Sociedad, conforme al artículo 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales por otras Administraciones. Plazo

En el número 39 de esta revista tuvimos ocasión de comentar la STS de 26 de septiembre de 2007, relativa al inicio de cómputo del plazo para la impugnación en vía contenciosa de actos de las entidades locales por la Administración del Estado. Ahora, otras dos sentencias contienen precisiones sobre la extemporaneidad en la interposición de los recursos entre Administraciones.

La primera, **STS de 10 de septiembre de 2009** (recurso 1005/2005) desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la STSJ de Asturias de 30 de noviembre de 2004, que declaraba la inadmisibilidad del recurso contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Soto del Barco, de 20 de octubre de 2000, sobre aprobación definitiva del presupuesto por el que se aprueba un incremento de las retribuciones básicas y complementarias de su personal. El Tribunal Supremo manifiesta que la constatación de los datos fácticos apreciados en la sentencia recurrida y no desvirtuados en casación permiten apreciar con claridad la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo y con ello su inadmisibilidad. De las fechas tomadas en consideración se deduce que se ha superado el plazo de quince días hábiles para efectuar el requerimiento previo previsto en el artículo 65.2 LBRL y que, siendo extemporáneo el requerimiento, tampoco la Administración ha impugnado directamente en plazo el Acuerdo controvertido, ya que el recurso contencioso permitido por el artículo 65.4 LBRL tampoco se ha interpuesto en plazo.

La Sala recuerda resoluciones anteriores como la STS de 2 de enero de 2002 (recurso 8098/1996), la de 4 de julio de 2002 (recurso 6133/1997), o la de 14 de junio de 2006 (recurso 4748/2000), que manifiestan que el procedimiento de impugnación de acuerdos de las entidades locales por la Administración estatal o autonómica debe ser interpretado restrictivamente, en cuanto implica una limitación de la autonomía local en aras de facultades de tutela reconocidas a las Administraciones territoriales de ámbito superior y el plazo de quince

días reconocido por el artículo 65.2 LBRL debe respetarse para que se pueda reconocer eficacia al requerimiento previo que en dicho precepto se regula.

Por ello, la cuestión relativa a la interpretación del término “desde que se formule” el requerimiento, debe resolverse de forma que se exija conocimiento por parte del interesado, en este caso, el Ayuntamiento correspondiente. El Tribunal ya tuvo oportunidad de declarar en STS de 9 de marzo de 2006 (recurso 3605/2001) lo siguiente:

“(…) no puede admitirse que el *dies a quo* del plazo sea la fecha de firma, puesto que sería como admitir que un escrito firmado surte efectos para quienes se van a ver afectados por el mismo, sin su conocimiento, lo que afectaría al principio de seguridad jurídica, pues los Ayuntamientos no sabrían nunca, caso de que no se les comunicara, cuándo sus actos serían firmes, y aun cuando fueran ejecutivos, siempre estarían sujetos a una posible impugnación, tanto por parte de la Administración del Estado, como por parte de la Comunidad Autónoma. Inseguridad que igualmente se predicaría de los terceros interesados, administraciones públicas o particulares, que deberían ejercer los derechos, o cumplir las obligaciones, derivados de dichos actos, sin tener la seguridad de que éstos eran firmes y por lo tanto irrecurribles. Por lo demás ésta es la solución que se adopta para el cómputo de los plazos en general (artículo 48.2 de esta Ley); para la interposición de recursos administrativos, así el artículo 118.2 de la misma norma, para el recurso extraordinario de revisión dispone que se interpondrá, cuando se trate de la causa 1ª, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada, y para la interposición de recursos contencioso-administrativos, disponiendo el artículo 46.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo que ‘el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se contará desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición’”.

La misma posición mantiene la **STS de 19 de octubre de 2009** (recurso 5720/2007), si bien considera, como vamos a ver, que luego el incumplimiento del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo se debe a causas imputables al Ayuntamiento cuya actuación se pretendía impugnar y que por tanto no cabe declarar la inadmisibilidad del recurso.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto y anula el auto del TSJ de Madrid, de 17 de octubre de 2007, desestimatorio del recurso de súplica dirigido contra el auto de 24 de mayo de 2007, que declaraba la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la aprobación por el Ayuntamiento de Carmama de Esteruelas de un Estudio de Detalle correspondiente a un plan parcial de un sector de suelo industrial.

De acuerdo con el artículo 215 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, el cómputo del plazo de quince días para formular el requerimiento previo a que se refiere el artículo 65.2 LBRL sólo puede interrumpirse si se hubiera solicitado ampliación de la información y se reanudará a partir de la recepción de la documentación interesada. Según manifiesta el Tribunal Supremo, de acuerdo a una reiterada jurisprudencia –SSTS de 5 de marzo de 2004 (recurso 9775/1988), 9 de marzo de 2006 (recurso 3605/2001), o la ya comentada de 26 de septiembre de 2007, (recurso 5003/2002)–, lo determinante para saber si el requerimiento se ha formulado o no dentro del plazo de 15 días previsto en la norma es la fecha de su entrega o recepción en el Ayuntamiento, o la de presentación en una oficina de correos que acredite fehacientemente su depósito en tal fecha, sin que pueda otorgarse relevancia a la fecha en que se emite el acto de requerimiento.

VI. Organización Administrativa

Ahora bien, en el presente caso sucede que, cuando el Ayuntamiento de Camarma de Esteruelas recibió el requerimiento, no lo rechazó por extemporáneo sino que decidió otorgar a la empresa promotora del Estudio de Detalle un plazo para alegaciones y así lo comunicó a la Comunidad Autónoma. De esta manera, el Ayuntamiento, al no rechazar entonces el requerimiento por extemporáneo, pudo generar en la Administración autonómica la confianza de que el requerimiento había sido recibido en plazo e iba a ser respondido, siendo esa confianza determinante para que no se interpusiese el recurso contencioso-administrativo en el plazo previsto en el artículo 65.3 LBRL, ni el recurso contencioso-administrativo directo a que se refiere el apartado 4 del mismo artículo 65 LBRL. Por tanto, “fue la actuación del Ayuntamiento, al abrir un trámite de audiencia a la empresa promotora sin rechazar por extemporáneo el requerimiento desde un primer momento, la que propició que la Administración autonómica demorase la interposición del recurso contencioso-administrativo. Y siendo ello así, este Tribunal Supremo ha declarado en un caso semejante –Sentencia de la sección 7ª de esta Sala de 24 de junio de 2009 (casación 1115/2004)– que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo concurriendo circunstancias como las descritas supone hacer recaer sobre la Administración autonómica las consecuencias de una extemporaneidad que es también imputable al Ayuntamiento; y ello es un resultado que, por su falta de proporcionalidad, no puede ser considerado conforme con lo que demanda el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”. Por tanto, los autos recurridos, mediante una interpretación en exceso rigurosa de lo dispuesto en el artículo 65 LBRL, conducen a un resultado que no es conciliable con el principio de proporcionalidad ni con el derecho a la tutela judicial efectiva.

E) Mancomunidades de Municipios. La voluntad del Ayuntamiento es suficiente para separarse de la Mancomunidad, sin perjuicio de que deba ponerse al corriente del pago de sus aportaciones y abonar los gastos originados con motivo de su separación

La STJ de Andalucía de 7 de mayo de 2009 recurso 983/2001, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Aljaraque contra el Acuerdo del Pleno de la Mancomunidad de Aguas “Costa de Huelva”, de 27 de junio de 2001, por el que se desestimaba el requerimiento previo realizado a la luz del artículo 44 LJCA, y que confirmaba el Acuerdo del Pleno de 15 de mayo de 2001 que resolvía el expediente de separación del Municipio de Aljaraque de dicho ente supramunicipal. Ahora bien, la Sentencia anula las resoluciones citadas exclusivamente en lo relativo a que se declare que el Ayuntamiento de Aljaraque sigue siendo miembro de la Mancomunidad hasta que no dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27 de los Estatutos, pero confirma dichos Acuerdos en lo relativo a la cantidad adeudada por el Ayuntamiento a la Mancomunidad (1.196.364,43 euros).

El artículo 27 de los Estatutos de la Mancomunidad de Aguas Costa de Huelva dispone que, para la separación voluntaria de la Mancomunidad de cualquiera de los municipios que la componen, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Solicitud de la corporación interesada, previo acuerdo adoptado por mayoría absoluta del Pleno.
- b) Encontrarse al corriente del pago de sus obligaciones.
- c) Abonar los gastos que se originen con motivo de su separación y la parte del pasivo contraído por la Mancomunidad a su cargo.

La sentencia recuerda otra anterior sobre el mismo tema de 22 de enero de 2007 (recurso 603/2001) y la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen de 25 de junio de 1986), que favorece la separación al no hacerla depender de la voluntad de la mancomunidad.

Sin embargo, la Sala entiende que el recurso no puede prosperar en el apartado relativo al importe de la cantidad adeudada por el Ayuntamiento, porque éste no ha conseguido demostrar que las partidas contenidas en el estudio económico obrante en el expediente, son erróneas o insuficientes, ya que la ausencia de prueba al respecto es total y absoluta.

F) Organización provincial. Requisitos de constitución de la Diputación

La **STS de 16 de junio de 2009** (recurso 529/2007) desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Instrucción 9/2007 de la Junta Electoral Central de 19 de junio de 2007. El objeto del recurso era que se anulara tal Instrucción, y en concreto su apartado segundo, en la interpretación que hace del artículo 205.1 de la LOREG. Esta Instrucción establece que “en el caso de que deban convocarse nuevas elecciones en algún municipio de la provincia, bien por no haberse presentado ninguna candidatura, bien por haberse anulado total o parcialmente el proceso como consecuencia de los correspondientes recursos contencioso-electorales, no se pospondrá la constitución de la Diputación Provincial, si bien en el supuesto de que como consecuencia de la celebración de elecciones provinciales parciales, se altere la atribución de puestos en la Diputación Provincial, las Juntas Electorales de Zona deberán realizar las operaciones necesarias para hacer una nueva asignación”.

El demandante solicita que esta Instrucción se declare no ajustada a derecho y que se sustituya tal interpretación por la de que “las Diputaciones Provinciales no podrán constituirse hasta que se haya rematado definitivamente el proceso electoral, y en consecuencia las elecciones a Diputados Provinciales en los respectivos partidos judiciales no podrán celebrarse hasta que no estén constituidos todos los Ayuntamientos pertenecientes al Partido Judicial”. Puntualiza el demandante que las consecuencias prácticas de la posposición dispuesta en ese apartado segundo de la Instrucción que es objeto de impugnación no afectaría a la constitución de la Diputación Provincial sino a la elección de los diputados provinciales. Los argumentos esgrimidos con los que se intenta justificar la pretensión anulatoria se pueden resumir en estos dos principales:

- a) Que una interpretación literal de los artículos 206.2 de la LOREG y 57.1 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Entidades Locales a lo que conduce es a considerar que la constitución de la Diputación Provincial solamente puede tener lugar una vez hayan sido elegidos la totalidad de los diputados provinciales y no antes (como viene a preconizar la aquí polémica Instrucción).
- b) Que el derecho fundamental, reconocido en el artículo 23 de la Constitución, que asiste a todo concejal a ser elector y elegible en ese proceso de elección de los diputados provinciales y que, en el criterio de la demanda, se debe reconocer y garantizar aunque la repetición de las elecciones en algún municipio de la provincia no traiga como consecuencia una alteración de la atribución de los puestos en la Diputación Provincial.

La Junta Electoral Central, en su contestación, combate esos argumentos de la demanda entendiendo que la constitución es un todo y cualquier criterio interpretativo no puede apoyarse

en uno solo de sus preceptos sino en el conjunto de todos los que la integran y que por esta razón deben ser ponderados todos los bienes e intereses constitucionales que están en juego. Por otro lado, entiende que en el caso controvertido, esos otros intereses están representados por el derecho de los restantes concejales que hayan sido elegidos y cuyo cargo no haya sido objeto de impugnación o nulidad; por el también derecho de los ciudadanos que han participado en la elección a que su voto adquiera eficacia lo antes posible; y por la conveniencia de respetar en la mayor medida posible la duración ordinaria establecida legalmente para el mandato de las Diputaciones.

El TS entiende que aunque ambas posiciones procesales ofrecen argumentos de importante consistencia, lo que ya debe decirse es que la plena tutela del derecho de los concejales a ser elegible y ser elegido que, al amparo de lo establecido en el artículo 23 CE, es invocado en la demanda como razón muy principal de lo que en ella se postula, no impone como obligada la nulidad de la Instrucción aquí combatida. Matiza que la Instrucción es tan solo la indicación del criterio a seguir en actuaciones futuras y, consiguientemente, no tiene directa trascendencia individual sobre los derechos de persona alguna. Por otro lado, tampoco impide la impugnación de esos eventuales actos futuros que, dictándose en aplicación de ella, puedan menoscabar o lesionar indebidamente los derechos de los concejales que resulten elegidos en esa nueva convocatoria que haya tenido lugar como consecuencia de cualquiera de los supuestos contemplados por el punto segundo de la Instrucción. Por estos motivos, la Instrucción por sí misma no es lesiva de derecho individual alguno; no impide a quienes resulten elegidos en la nueva convocatoria el poder reclamar que se realicen las operaciones que consideren necesarias para la plena efectividad de todas las facultades que son inherentes a su derecho de sufragio; y, tampoco, en su caso, les imposibilita ejercitar la acción judicial frente a los actos que en vía administrativa no hayan atendido sus pretensiones individuales, por lo que desestima el recurso contencioso-administrativo.

G) Padrón municipal. Anulación de un Decreto Foral sobre extinción del Concejo, que se dicta como consecuencia de un fraude de ley en el empadronamiento

Por STS de 21 de octubre de 2009 (recurso 278/2008), se desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la STSJ de Navarra de 6 de noviembre de 2007, que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varios vecinos contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 31 de julio de 2000, que desestimaba el recurso de reposición formulado contra el Decreto Foral 166/2000, de 25 de abril, que acordaba la extinción del Concejo de Saldise, perteneciente al municipio del Valle del Olla, en aplicación del artículo 44 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio.

La Sala de instancia considera acreditado que quince de las veinte personas empadronadas en el Concejo, decidieron empadronarse con el fin de obtener formalmente la vecindad y el derecho a participar en los asuntos públicos, y, en concreto, para participar en la extinción del concejo por la vía del artículo 44 antes citado, pues esa decisión no hubiera sido posible con la sola voluntad de los vecinos preexistentes. Lo hicieron sin voluntad alguna de residir en él, pues la mayoría eran residentes en Pamplona o poblaciones aledañas, aunque formalmente estuvieran empadronados todos en el mismo domicilio del Concejo. Participaban en las decisiones siempre por delegación a través del mismo vecino y no había ningún rastro de su presencia efectiva en el territorio de dicho Concejo. Y constatado esto “es claro que se ha incurrido en fraude de ley no tolerado por nuestro Ordenamiento, fraude que consiste en haber obtenido

la condición de vecino a que se refiere el artículo 44 citado en el fin de coadyuvar a que una minoría se imponga en las decisiones concejales a la mayoría presente”. Difícilmente, concluye la Sala, pudieron conculcarse los artículos 15 y 16 de la Ley de Bases de Régimen Local, cuando “aquellos ciudadanos se prevalieron torticeramente del padrón municipal, al provocar una inscripción indebida, vulnerando así el artículo 72 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio”.

H) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. Falta de competencia del Alcalde para sancionar a funcionario con habilitación de carácter nacional

El STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2009 (recurso 54/2007) desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Lérida, de 12 de diciembre de 2006, confirmando la nulidad de las sanciones disciplinarias impuestas a un funcionario con habilitación de carácter estatal mediante Decreto de la Alcaldía.

La Sala manifiesta que es incuestionable la vigencia del artículo 151 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, conforme al cual para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves el órgano competente es el Pleno de la Corporación cuando se trate de sanciones a funcionarios con habilitación de carácter nacional que no estén comprendidas en la letra a) del citado precepto. Para el Tribunal resulta evidente que dicha norma no ha resultado afectada ni por la Ley 11/1999 ni por la Ley 57/2003, que modificaron la LBRL, pues “aun cuando la letra h) del artículo 21.1 de la misma hace referencia a la competencia del Alcalde, como Presidente de la Corporación Local que es, para sancionar a ‘todo el personal’ dentro de dicha expresión no se incluye a los funcionarios con habilitación de carácter nacional en la medida en que para ellos existe una norma competencial específica que ha de prevalecer y que no ha sido derogada ni expresa ni tácitamente, norma que, por lo demás, se justifica en atención a las especiales funciones que tienen encomendadas y a la necesidad de que se garantice el ejercicio de sus funciones (artículo 141) lo que lleva al legislador a residenciar la competencia en el Pleno de la Corporación, órgano que no puede confundirse con la Alcaldía o Presidencia de la misma”.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS. INTERÉS LEGÍTIMO Y DIRECTO DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE LOS PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE OTORGAMIENTO DE TÍTULOS DE PROCURADOR

En las SSTs de 18 de septiembre de 2009 (recursos 3442/2008, 3244/2008, 5131/2008 y 38/2009) y 25 de septiembre de 2009 (recurso 5911/2008), entre otras, se estima el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores contra las sentencias de la Audiencia Nacional que desestimaron el recurso contencioso-administrativo de este Consejo contra la Orden del Ministerio de Justicia por la que se expide el título de Procurador de los Tribunales a favor de un particular.

VI. Organización Administrativa

El Consejo recurrente aduce que habida cuenta que el Ministerio de Justicia no le ha dado trámite de audiencia, la Sentencia vulnera el artículo 85 de la Ley 30/1992, que eleva el principio de audiencia a los interesados a la categoría de núcleo definidor del procedimiento administrativo. El Consejo entiende que ostenta un interés legítimo y directo en los procedimientos de expedición de títulos de Procuradores a favor de personas no licenciadas en Derecho, interés que se vio perjudicado por la expedición del título a favor de este particular que no era licenciado en Derecho, al no haber sido llamado el Consejo al procedimiento administrativo en que se expidió el citado título.

El TS entiende que esta cuestión ya ha sido resuelta en Sentencias de esta misma Sala de 5 de marzo de 2009, entre otras, donde declaró que “el criterio del Consejo recurrente, en cuanto defiende su interés legítimo y directo, coincide, con el cambio jurisprudencial significativo y ya consolidado en 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 cuestionado en la instancia”. Este cambio de jurisprudencia está basado en una reconsideración del interés de estos Consejos y Colegios en los procedimientos que afectan a los intereses profesionales, cambio que acogió la Sentencia de 23 de mayo de 2008 (recurso 4374/2007). Los Consejos y los Colegios de acuerdo con el artículo 31.2 de la Ley 30/1992 son titulares, en cuanto organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, de intereses legítimos en los términos que la ley reconozca y en este caso la Ley de Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de febrero, establece en su artículo 1.3 que “son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses de los profesionales colegiados”. En el caso que nos ocupa se trata de defender por el Consejo los intereses colectivos que trascienden al individual de cada profesional, como son los intereses propios de una profesión, lo que obligaría a la Administración de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 30/1992 a comunicar a estas personas jurídicas la tramitación del procedimiento.

Por lo tanto, como el Consejo recurrente no fue emplazado en el procedimiento administrativo ni se le notificó su resolución, resulta obligado concluir que la Sentencia recurrida infringe los artículos 31 y 84 de la Ley 30/1992, siendo procedente casar, anular y dejar sin efecto la sentencia recurrida, así como declarar la nulidad de la Orden del Ministerio de Justicia por la que se expedía título de Procurador.

4. UNIVERSIDADES. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA NO PUEDE SER EXCUSA PARA QUE EL CONSEJO DE GOBIERNO DE UNA UNIVERSIDAD SE ARROGUE UNAS COMPETENCIAS QUE POR LEY SE ADJUDICAN A UNOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN SINDICAL

La STS de 20 de mayo de 2009 (recurso 3116/2007) desestima el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid contra la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid en el recurso interpuesto por la Federación Regional de Enseñanza de CCOO contra el Decreto de la Universidad Politécnica de Madrid por el que se aprobaban sus Estatutos, y específicamente contra sus artículos 178 y 181, que contravenían, a su entender, lo dispuesto en el RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de

Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles del Estado y el Convenio Colectivo del Personal Laboral de las Universidades, Ley Orgánica de Libertad Sindical y Ley 9/1987 de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, entre otras normas. El TSJ estimó en parte el recurso contencioso administrativo en su sentencia al entender contrarios a derecho estos artículos.

El principal motivo de casación se ampara en el artículo 89.2 de la LJCA en relación al artículo 86.4 por infracción del artículo 8 de la Ley 9/1987 de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y del artículo 66 del Estatuto de los Trabajadores.

Aduce que el artículo 181.4 discutido del Real Decreto 251/2003, de 16 de octubre, del Consejo de gobierno de la Comunidad de Madrid, no contraviene la legislación invocada ya que dicho precepto se refiere a una representatividad diferente, por contenido y fin, de la que se ejerce en la Ley 9/1987, en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El TS entiende que de la lectura del artículo 181 de los Estatutos de esta Universidad y del artículo 66 del Estatuto de los trabajadores, se evidencia que la aprobación del Reglamento del PAS y del Reglamento del Comité de Empresa, así como su modificación constituye facultad exclusiva de sus componentes por lo que no puede el Consejo de Gobierno de la Universidad arrogarse unas competencias que una Ley, en este caso el Estatuto de los Trabajadores y la Ley 9/1987, adjudica a los miembros de los citados órganos de representación. Es por ello que la empresa, en este caso la Universidad, no puede asumir la función ordenadora u organizativa de dichos órganos representativos. Por este y otros motivos el Tribunal Supremo desestima el presente recurso de casación.

JESÚS DEL OLMO ALONSO

VANESA RODRÍGUEZ AYALA

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que no constituyen sanción. **2. Distribución de competencias normativas en materia sancionadora.** A) La competencia normativa sancionadora es *ratione materiae*. **3. Potestad sancionadora.** A) El CGPJ no es competente para sancionar disciplinariamente a los Magistrados del Tribunal Constitucional.

4. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad. A) Se admite la concreción de conceptos jurídicos indeterminados con el simple borrador de la norma reglamentaria de desarrollo. B) Interpretación previsible del tipo conforme con el principio de tipicidad.

5. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable. A) Se extiende, también, al plazo de prescripción. B) Retroactividad de los criterios de graduación de la sanción. C) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, en que se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora. D) ¿Irretroactividad de los criterios de interpretación de una norma sancionadora? **6. Antijuridicidad.** A) Anulación de la sanción por desaparición sobrevenida de la antijuridicidad de la conducta infractora. **7. Elementos subjetivos de las infracciones.**

Culpabilidad. A) Extensión del deber de diligencia del empresario por accidentes laborales. B) Exclusión de la culpabilidad por error sobre un elemento del tipo infractor y un cierto grado de confianza legítima. **8. Concurso de infracciones. Concurso de**

normas punitivas: non bis in idem. A) Concurso real de infracciones: hechos relacionados, aunque distintos. **9. Competencia sancionadora.** A) No afecta a la objetividad del órgano sancionador el obtener ingresos con las sanciones que impone. B) Sí compromete la objetividad de los órganos instructores su falta de preparación. **10. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Deber de incoar y resolver el procedimiento sancionador:

no hacerlo puede lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos. B) Deber de informar sobre el derecho a no declarar contra sí mismo al imputado inminente. C) Se admite que recaigan sobre la misma persona las condiciones de víctima de la infracción y de mando sancionador del supuesto infractor. D) Consecuencias del inicio del procedimiento disciplinario: paralización de otros procedimientos no disciplinarios

cuya resolución podría excluir la imposición de la sanción. E) Vinculación entre el procedimiento de inspección y el sancionador en el ámbito tributario: la caducidad de la acción. F) Ilegalidad de una medida provisional que resulta incongruente a los fines de la norma que la prevé. G) Dictar resolución antes de recibir las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia constituye un defecto formal sin relevancia invalidante si tales alegaciones insisten en argumentos ya expuestos y valorados con anterioridad.

11. En especial, la prueba y la presunción de inocencia. A) La denegación inmotivada de pruebas pertinentes y decisivas para la defensa lesiona el derecho fundamental a la prueba. B) Toma de muestras e intervención del imputado. C) La presunción de inocencia exige que la Administración pruebe y motive la culpabilidad. Motivar la culpabilidad diciendo simplemente que se ha cometido la conducta infractora y que no existen causas que puedan excluirla invierte la carga de la prueba. D) La carga de la prueba de las causas que excluyen la culpabilidad recae sobre el imputado. E) “La presunción de inocencia también abarca el dolo”. F) Valor probatorio de las actas de inspección.

G) Anulación de la sanción impuesta en virtud de meras conjeturas que no constituyen una prueba de cargo suficiente. **12. La resolución del procedimiento administrativo**

sancionador. A) La imposición de una sanción con una extensión superior al mínimo previsto exige una especial motivación. B) La imposición de una sanción en su grado mínimo ni exige motivación específica ni plantea problemas de proporcionalidad.

13. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador. A) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Regla general. B) Informe recabado de oficio por el instructor que suspende el plazo de caducidad. C) La caducidad de los procedimientos disciplinarios militares no genera la invalidez de la sanción extemporánea. **14. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.**

A) Toma en consideración de todas las circunstancias concurrentes. **15. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Cómputo: el inicial no es el día en que la Administración tenga conocimiento de la infracción sino el de su comisión. B) Prescripción de las infracciones de ejecución instantánea cuyos efectos permanecen en el tiempo: el día inicial sigue siendo el de su comisión pues no son infracciones permanentes. C) Diferencia entre caducidad de la acción y prescripción de la infracción. **16. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.**

A) Las sanciones impuestas a abogados y procuradores en

VII. Derecho Administrativo Sancionador

ejercicio de la policía de estrados no son impugnables ante los jueces de lo contencioso-administrativo. B) Las sanciones impuestas por una federación deportiva que actúa como un ente privado no son impugnables ante los jueces de lo contencioso-administrativo. C) La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede ser subsanada en vía judicial. D) Sustitución o modulación por el juez de la sanción impuesta por la Administración.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que no constituyen sanción

– El deber de derruir un muro indebidamente construido en zona de dominio público marítimo-terrestre y de restituir el terreno a su primitivo estado. Afirma la **STSJ de Murcia 914/2008, de 27 de octubre**, que “esta medida no es una sanción sino una medida de restauración de la legalidad alterada”.

– La clausura de un pozo abierto sin autorización para ello. Al respecto, la **STSJ de Castilla-La Mancha 169/2009, de 6 de abril**, dice que “no porque la medida de restauración de la situación se haya adoptado en el seno de un expediente sancionador (...) deja de ser posible mantener la eficacia de la medida adoptada, pese a la prescripción de la sanción”.

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA

A) La competencia normativa sancionadora es *ratione materiae*

Frente a una sanción impuesta por la Junta de Andalucía por la comisión de una infracción en materia de montes, se alegó la superación del plazo de caducidad de seis meses previsto en el REPEPOS para la resolución y su notificación. La **STS de 2 de marzo de 2009**, Sección Quinta, (recurso de casación 9845/2009), rechaza tal alegación “pues existe en la regulación autonómica una previsión normativa específica que fija el plazo de un año”, lo que excluiría la aplicación del REPEPOS, toda vez que “la potestad sancionadora –y el procedimiento para su ejercicio– es de carácter accesorio con relación a la competencia material o sustantiva, por lo que debe atenderse al carácter con que esté atribuida la competencia en materia de montes que, como ya hemos señalado, fue asumida con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

3. POTESTAD SANCIONADORA

A) El CGPJ no es competente para sancionar disciplinariamente a los Magistrados del Tribunal Constitucional

La Comisión Disciplinaria del CGPJ rechazó abrir expediente disciplinario contra Magistrados del Tribunal Constitucional denunciados por un particular, que justificaba su pretensión en la aplicación supletoria de la LOPJ prevista por el artículo 80 LOTC. La **STS de 11 de marzo de 2009**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 264/2007), confirma la decisión impugnada, dada la “falta de competencia [del CGPJ] para enjuiciar la actuación del Tribunal Constitucional, cuyos miembros no están sometidos al régimen disciplinario regulado en la LOPJ y que se refiere únicamente a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, pues el Tribunal Constitucional es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a lo dispuesto en su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre”.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Se admite la concreción de conceptos jurídicos indeterminados con el simple borrador de la norma reglamentaria de desarrollo

Así lo hace la **STS de 17 de marzo de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 4283/2006), a la que nos referimos más extensamente en un epígrafe posterior.

B) Interpretación previsible del tipo conforme con el principio de tipicidad

La entidad mercantil Endesa Distribución Eléctrica, SL, fue sancionada por la Junta de Andalucía por la comisión de varias infracciones tipificadas en el artículo 61.2 Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, consistentes en “el incumplimiento de las medidas de seguridad, aun cuando no suponga peligro manifiesto para personas o bienes”. La entidad sancionada alegó la vulneración del principio de tipicidad acusando a la Administración de haber realizado una interpretación imprevisible del tipo, pues su conducta (la falta de remisión de los boletines de revisión) no resultaba constitutiva de la infracción descrita en la norma. La **STS de 17 de marzo de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 4351/2006), recuerda, en primer lugar, la doctrina constitucional (STC 215/2008, de 12 de septiembre) que distingue, dentro del principio de tipicidad, entre el principio de taxatividad, dirigido al legislador y al poder reglamentario, y el principio de tipicidad en sentido estricto, dirigido al aplicador de la norma, indicando que “la garantía de predeterminación normativa (...) tiene (...) como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora (...). Como quiera que dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del artículo 25.1 CE deberá analizarse,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

(...) con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad”.

A partir de ahí, la sentencia estima que “el tipo infractor aplicado (...) permite predecir con suficiente grado de certeza la conducta infractora, sin que quepa obviar que los hechos que se consideran probados, que motivan la imposición de las sanciones, no consisten en una falta de diligencia formal en la remisión de los boletines de revisión, sino en la constatación de que las frecuentes suspensiones en el suministro eléctrico a poblaciones obedece al incumplimiento de la obligación de revisión de las líneas de alta y media tensión y de los centros de transformación de la compañía distribuidora, que evidencia que esa falta de revisiones supone un incumplimiento de las medidas de seguridad requeridas”. En consecuencia, concluye, “las sanciones se imponen con base en la aplicación del tipo infractor (...) sin incurrir en interpretaciones extensivas, analógicas, exorbitantes o extravagantes, contrarias al significado tuitivo de garantizar la seguridad de las instalaciones eléctricas y conseguir la necesaria regularidad de los suministros de energía eléctrica”.

5. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Se extiende, también, al plazo de prescripción

Lo reitera la STS de 22 de enero de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 7117/2004), pues la prescripción “puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material” y no meramente procedimental –lo que implicaría que rigiese la norma vigente en el momento de producirse los hechos–. En idénticos términos, STS de 20 de marzo de 2009, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 238/2004).

B) Retroactividad de los criterios de graduación de la sanción

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impuso a Telefónica de España, SAU, una multa de ocho millones de euros por una infracción muy grave de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones. Para el cálculo de dicha sanción, y de conformidad con la indicada Ley, se tuvieron en cuenta los ingresos brutos de la entidad infractora en el último ejercicio, sin distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad. No obstante, la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que deroga a la anterior, introdujo una modificación en los factores determinantes de la extensión de la sanción, precisando que los ingresos brutos anuales que debían tenerse en cuenta para su cálculo debían ser los “obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada”. La STS de 4 de marzo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 3943/2006), estima que esta nueva previsión “puede suponer, pues, para la recurrente un efecto más favorable que el resultante del precepto legal aplicado, lo que determinará su aplicación in melius a un caso pendiente como éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992”.

C) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, en que se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora

La STS de 5 de marzo de 2009, Sala de lo Militar (recurso 90/2008), confirma esta jurisprudencia y realiza una interpretación conforme a ella del apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 12/2007, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Dicha disposición establece la aplicación de la nueva Ley, cuando se derivaran efectos más favorables para el sancionado, a las resoluciones firmes que no hubiesen sido ejecutadas, total o parcialmente, y a las que no hubiesen alcanzado firmeza, sin especificar si tal firmeza debía haberse producido en vía administrativa o jurisdiccional. La sentencia considera, de conformidad con jurisprudencia anterior (STS de 19 de junio de 2008), que “la ley más favorable es aplicable mientras la resolución sancionadora sea susceptible de ser reformada, lo que se produce no sólo cuando está abierta la vía administrativa sino también cuando, como es el caso, agotada ésta el sancionado solicita la intervención de los Tribunales”. De este modo, “si antes de que la resolución sancionadora sea definitivamente firme, lo que no sucede hasta que la jurisdicción contencioso-administrativa se pronuncia (...), el legislador dicta una norma que resulta más favorable, corresponde aplicarla porque en definitiva así lo exige el valor justicia, que es el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico”.

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado supuso la anulación de la sanción disciplinaria impugnada, por haber quedado los hechos destipificados como infracción en la nueva Ley (consumo esporádico de drogas sin afección a la imagen de la Guardia Civil o de la función pública). En el mismo sentido, y con idéntica conclusión anulatoria de la sanción impuesta por atipicidad sobrevenida, STS de 23 de marzo de 2009, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-administrativo 51/2008).

D) ¿Irretroactividad de los criterios de interpretación de una norma sancionadora?

Gestevisión Telecinco, SA, fue sancionada con multa de 84.141,70 euros por infracción grave consistente en haber presentado en el ejercicio 2001 un déficit en la financiación obligatoria de largometrajes cinematográficos y películas para televisiones europeas. Las alegaciones de la sancionada se centran en la interpretación del concepto “películas para televisión” y, en particular, en si dicho concepto incluye las “miniseries” para televisión de dos o tres capítulos, dado que, en caso de entenderlas incluidas, deberían añadirse al cómputo de la financiación obligatoria varias producciones que permitirían cubrir el mínimo de financiación exigido. Mediante una modificación realizada por la Ley 15/2001, de 9 de julio, se definió el concepto de “películas para televisión” como “obras unitarias de duración superior a sesenta minutos con desenlace final”. Dado que el tenor de la Ley aún podía plantear dudas, la Administración notificó a los operadores de televisión, en noviembre de 2001, un borrador de Orden ministerial de desarrollo de la Ley en el que se aclaraba que las “miniseries” quedaban excluidas de concepto de “películas para televisión”. La norma reglamentaria, sin embargo, no fue aprobada hasta el Real Decreto 1652/2004, por lo que Gestevisión Telecinco, SA, alegó que le había sido aplicada *in peius* una norma sancionadora con carácter retroactivo. La STS de 17 de marzo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 4283/2006), precisa que no se trata de un caso de aplicación retroactiva de norma alguna, sino de una cuestión de interpretación normativa: “la Administración aplicó a partir de noviembre de 2001 un criterio de interpretación de la

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Ley que es acorde con su texto y que estaba claro para los sujetos directamente afectados desde el momento en que se les notifica un proyecto de desarrollo reglamentario en el preceptivo trámite de información pública (...). No hubo aplicación retroactiva de disposición alguna, ni sancionadora ni no sancionadora: la Ley estaba en vigor desde julio y el criterio interpretativo de la misma, en lo que se diferencia de la anterior regulación legal, se aplica sólo a partir de su conocimiento por los operadores de televisión en noviembre de 2001”.

6. ANTIJURIDICIDAD

A) Anulación de la sanción por desaparición sobrevenida de la antijuridicidad de la conducta infractora

La entidad mercantil Ynsadiet, SA, fue sancionada por la Comunidad de Madrid por comercializar sin autorización productos que la Agencia Española del Medicamento (AEM) había calificado como medicamentos y ordenado retirar del mercado. Posteriormente, la Audiencia Nacional, sin entrar a enjuiciar si se trataba o no de medicamentos, anuló la resolución de la AEM y, con ello, la orden de retirada al apreciar la existencia de vicios procedimentales en su adopción. A partir de estos hechos, la **STSJ de Justicia de Madrid 79/2009, de 10 de febrero**, anula la sanción impuesta pues “encuentra su justificación en otro acto administrativo, que configura su presupuesto lógico, [de modo que] la anulación de éste lo deja sin base ni fundamento”. La sentencia parece asumir que ha desaparecido la antijuridicidad (o incluso la tipicidad) de la conducta sancionada. No obstante, lo cierto es que la calificación de los productos como medicamentos se mantiene en todo momento (con independencia de que se anule la decisión de retirarlos del mercado), por lo que la acción (comercialización, sin la debida autorización, de productos que poseían la consideración legal de medicamentos) continuaba siendo típica y antijurídica.

En parecidos términos, pero más acertadamente, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) 1143/2008, de 20 de noviembre**, anula una sanción tributaria tras haber anulado previamente la liquidación que servía para constatar un elemento esencial del tipo infractor (la existencia de una falta de ingreso) y de la que dependía el importe mismo de la propia sanción.

7. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Extensión del deber de diligencia del empresario por accidentes laborales

La Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias sancionó a una empresa por una infracción en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Los hechos fueron la manipulación y rotura de un andamio, a consecuencia de los cuales se produjo la muerte de un trabajador y diversas lesiones en otros. La **STSJ de Asturias 823/2008, de 10 de julio**, anula la resolución sancionadora porque la modificación de la estructura inicial del andamio fue realizada por los propios operarios sin la supervisión ni la indicación de la empresa responsable de su instalación. Esta circunstancia determina que “el elemento culpabilístico, en forma de dolo o culpa que, como reproche a una actividad constitutiva de infracción administrativa

exige no sólo el artículo 130 de la Ley 30/1992 sino también el 25 de la Constitución, no concurre en el caso”, ya que “se impuso una sanción por unos hechos a una empresa que no participó en los mismos ni se la puede considerar responsable de ellos”.

B) Exclusión de la culpabilidad por error sobre un elemento del tipo infractor y un cierto grado de confianza legítima

La STSJ de Murcia 914/2008, de 27 de octubre, anula una multa impuesta por la Dirección General de Costas por falta de culpabilidad. Los hechos sancionados consistieron en la construcción de un muro de contención que invadía la servidumbre de tránsito y acceso al mar en una playa de la costa murciana. A diferencia de otros pronunciamientos, la sentencia no alude expresamente al concepto de confianza legítima y, tampoco, a la noción de error de tipo (ni, por tanto, a su carácter vencible o invencible), pero sí declara que no concurría el elemento de culpa en el sancionado, en la medida en que éste había obtenido una licencia para tales obras, aunque fuera de una Administración equivocada (la obtuvo de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Costas de la Comunidad Autónoma cuando debería haberla acordado la Dirección General de Costas de la Administración General del Estado). La existencia de tal autorización y la concurrencia de competencias de ambas Administraciones —autonómica y estatal— sobre el mismo espacio físico, unidas a otros factores (como la prueba en vía administrativa de que el muro era sustitución de otro anterior que estaba deteriorado) conduce a la Sala a estimar la inexistencia de culpa, pues “cuando realizó las obras lo hizo en la creencia de que le amparaba una resolución autorizándole expresamente”.

8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: NON BIS IN IDEM

A) Concurso real de infracciones: hechos relacionados, aunque distintos

La entidad mercantil Endesa Distribución Eléctrica, SL, fue sancionada por la Junta de Andalucía por varias infracciones consistentes en incumplir medidas de seguridad, en particular, por no realizar las revisiones periódicas de sus instalaciones de electricidad en diversas provincias de Andalucía (Málaga, Almería, Huelva y Granada). Endesa alega que, previamente, había sido sancionada, con base en una denuncia formulada por la Sección Sindical FIA-UGT, por no disponer de los boletines de revisión de las instalaciones ubicadas en la provincia de Huelva, por lo que la imposición de una segunda sanción supondría una vulneración del principio *non bis in idem*. La STS de 17 de marzo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 4351/2006), estima, por el contrario, que las sanciones responden a “hechos diferentes, a títulos de imputación que no coinciden y a un marco normativo, asimismo, distinto por razones temporales”. En particular, y con relación a los hechos, aclara que “no se ha acreditado que la empresa recurrente hubiera sido sancionada dos veces por los mismos hechos, en relación con incumplimientos de la obligación de revisión de sus instalaciones en determinadas zonas geográficas de Andalucía y respecto de los concretos períodos de tiempo analizados”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

9. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) No afecta a la objetividad del órgano sancionador el obtener ingresos con las sanciones que impone

Lo reitera la STS de 22 de enero de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 7117/2004), con relación a la previsión contenida en el artículo 103.5 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, conforme a la cual parte de la financiación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria consiste en “un porcentaje de la recaudación que resulte de los actos de liquidación realizados por la Agencia respecto de los tributos cuya gestión realice”.

B) Sí compromete la objetividad de los órganos instructores su falta de preparación

En virtud de un Decreto de la Alcaldía de Tobarra (Albacete) se nombró instructor de los expedientes sancionadores en materia de tráfico al Subinspector Jefe de la Policía Local de ese Ayuntamiento. La STSJ de Castilla-La Mancha 134/2008, de 30 de junio, confirma la anulación de dicho nombramiento, pues “no se puede desconocer que la instrucción de un expediente sancionador implica el desarrollo e impulso de una serie de tareas de gestión administrativa, así como la adopción de acuerdos o de la formulación de propuestas de carácter técnico que han de ser asumidas por funcionarios con la preparación y grado de competencia que este tipo de tareas requieren. En el ámbito de la Administración Local las tareas o funciones comunes propias del ejercicio de la actividad administrativa en el nivel superior que la instrucción de un expediente sancionador exige se encomiendan (...) dentro de la Escala de Administración General a la Subescala Técnica de Administración General en cuanto funcionarios pertenecientes a la misma tienen encomendadas las tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo a dicho nivel superior. Así se deduce del artículo 169 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. (...). [Cuando] la atribución de la facultad de instruir los expedientes sancionadores se atribuya un órgano de la policía local (...) quedan afectadas las propias normas de competencia y organización de los servicios administrativos que tienen encomendada tal misión en cuanto que la vulneración de tal regulación puede comprometer el rigor, objetividad y legalidad de los procedimientos por la falta de preparación de los órganos o titulares encargados de su tramitación cuando no son éstos los regulados y previstos en las normas de procedimiento pertinentes”.

10. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Deber de incoar y resolver el procedimiento sancionador: no hacerlo puede lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos

Dos reconocidos actores, Inés y Luis Carlos, denunciaron ante la Agencia Española de Protección de Datos a las empresas Gestevisión Telecinco, SA, y Europortal Jumpy España, SA, por difundir tanto en televisión como en internet unas fotografías suyas manipuladas en las que uno de ellos aparecía totalmente desnudo. La AEPD, tras iniciar un procedimiento de tutela de derechos y unas diligencias previas, procedió al archivo de las actuaciones alegando su falta de competencia. El citado archivo es recurrido por el procedimiento especial y sumario para la protección de los derechos fundamentales de la persona y la SAN de 1 de octubre de

2008 (recurso contencioso-administrativo 1/2007), condena a la AEPD a incoar el correspondiente procedimiento sancionador y a finalizarlo sin prejuzgar su resultado:

“La Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal tiene como principal función –artículo 37.a) LOPD– la de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos. Tiene por tanto el deber jurídico de actuar en los términos previstos en la citada Ley, lo que conlleva en un caso como el enjuiciado, en el que estamos en presencia de posibles infracciones tipificadas en la LOPD, la obligación de abrir el procedimiento sancionador que corresponda. Su inactividad, acordando el archivo de la denuncia, no está justificada como ya hemos visto ya que ni están amparados los tratamientos de datos efectuados en el consentimiento de los afectados, ni en la libertad de expresión ni en las excepciones contempladas en el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982. En su consecuencia, el acuerdo de archivo de las actuaciones iniciadas como consecuencia de denuncias presentadas contra las compañías Gestevisión Telecinco, SA, y Europortal Jumpy España, SA, es contrario al ordenamiento jurídico y lesivo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”.

B) Deber de informar sobre el derecho a no declarar contra sí mismo al imputado inminente

Una guardia civil declaró en un procedimiento disciplinario incoado contra otro guardia civil, sirviendo su testimonio, junto con otras pruebas, para imputarle al segundo una falta disciplinaria y sancionarlo. Interpuesto por el sancionado recurso de alzada contra la sanción, la guardia civil fue de nuevo llamada como testigo y en su declaración modificó sustancialmente el sentido del testimonio anterior, con una intención claramente exculpatoria. Esta actuación, que implicaba la aportación de una declaración falsa, fue considerada constitutiva de la infracción tipificada como “realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución”, por la que la guardia civil acabó siendo sancionada. Ante tal situación, se plantea la cuestión de si la guardia civil sancionada gozaba, en el momento de declarar como testigo, del derecho a no declarar contra sí misma y no confesarse culpable y, correlativamente, del derecho a ser informada de aquél.

Al respecto, la **STS de 23 de marzo de 2009**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario militar 51/2008), aclara, de conformidad con jurisprudencia anterior, que “cuando un militar es imputado o razonablemente va a serlo (...) una condición se añade a la de militar: la de imputado actual o futuro. Condición añadida que cambia sustancialmente las cosas, pues lo que se pide al interrogado ya no es información sobre un asunto del servicio (...), sino datos por los que puede ser inculcado”, lo que genera a su favor el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Así que “cuando un militar que razonablemente va a ser sometido a expediente es interrogado sin haber sido informado previamente de su derecho a no declarar contra sí mismo (...), la vulneración del derecho fundamental se proyecta sobre su declaración anulándola”.

Sin embargo, en el supuesto enjuiciado la sentencia considera que “la recurrente compareció (...) en calidad de testigo (...), no en concepto de inculpada o encartada, actual o futura, condición que jamás tuvo en el procedimiento (...). Cuando la demandante fue citada para deponer (...) como testigo (...) no era probable, ni por asomo, que pudiera terminar sometida a un procedimiento sancionador (...), sin que el conjunto de las preguntas formuladas (...) estuvieran dirigidas a obtener contestaciones que pudieran inculcar a la hoy recurrente (...). En

VII. Derecho Administrativo Sancionador

conclusión, la demandante no declaró contra sí misma, sino que efectuó una declaración falsaria que, por el solo hecho de su emisión (...) y dada su objetiva contradicción con la realidad de los hechos y con la que prestó anteriormente, evidencia una falta de dignidad”, lo que impide considerar que en momento alguno se vulnerara su derecho a no declarar contra sí misma o se omitiese, por parte de la Administración militar, el deber de informarle de ésta.

C) Se admite que recaigan sobre la misma persona las condiciones de víctima de la infracción y de mando sancionador del supuesto infractor

A pesar de reconocer que “esta doble condición no respeta el principio de que nadie puede ser ‘juez y parte’”, la STS de 27 de marzo de 2009, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 73/2008), afirma que no es suficiente para retirar “la potestad sancionadora a quien teniéndola atribuida fuera sujeto pasivo de la supuesta infracción”. A ello se sumaría la doctrina constitucional (STC 74/2004) conforme a la cual “que el ordenamiento jurídico atribuya al propio ofendido la competencia para sancionar al ofensor se sustenta en al presunción *iuris tantum* de que la potestad disciplinaria se ejercerá sin sobra de irregularidad o desviación de poder”.

D) Consecuencias del inicio del procedimiento disciplinario: paralización de otros procedimientos no disciplinarios cuya resolución podría excluir la imposición de la sanción

Un guardia civil fue condenado por un delito contra la salud pública, por Sentencia de 3 de mayo de 2006, a la pena de tres años y medio de prisión. Este hecho fue considerado constitutivo de una infracción disciplinaria muy grave, lo que motivó que se ordenara la incoación de un procedimiento disciplinario, el 25 de julio de 2006, a resultas del cual fue sancionado con la separación del servicio. El sancionado alega que, antes del inicio del procedimiento disciplinario, con fecha de 4 de mayo de 2006 había sido incoado un “expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas” que, de conformidad con el artículo 74.2 de la Ley 30/1992, debía haber sido tramitado con carácter preferente. Este expediente podría haber dado lugar, en su caso, a la separación del servicio mediante el pase a la situación de retiro, sin la pérdida de los derechos profesionales adquiridos que conlleva la sanción de separación del servicio impuesta en el marco del expediente disciplinario. La STS de 2 de abril de 2009, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 61/2007), niega que entre ambos expedientes se diese la nota de homogeneidad exigida por el artículo 74.2 de la Ley 30/1992, lo que sería suficiente para rechazar su aplicación. Pero, además, la sentencia estima que “cuando concurren ambos expedientes, debe otorgarse prioridad al disciplinario-sancionador, con suspensión del destinado a conocer el estado psicofísico del guardia civil, pues lo contrario supondría un fraude de ley: declarada la inutilidad permanente para el servicio y decretado el retiro del guardia civil afectado, resultaría imposible, por haber cesado su relación funcional, imponer la sanción correspondiente por unos hechos cometidos mientras estaba en activo”.

E) Vinculación entre el procedimiento de inspección y el sancionador en el ámbito tributario: la caducidad de la acción

A resultas de un procedimiento de inspección dirigido contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA, se dictó acta de disconformidad, contra la cual la entidad mercantil presentó

alegaciones el 30 de marzo de 1999. El 21 de octubre de 1999, ampliamente superado el plazo de un mes desde la presentación de las alegaciones, se le notificó acto de iniciación de un procedimiento sancionador que terminó con resolución sancionadora. En aplicación de jurisprudencia anterior (STS de 16 de octubre de 2008, Sección Segunda, recurso de casación 8525/2004), la **STS de 15 de enero de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 2159/2006), insiste en que el artículo 49.2.j) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos exige que se notifique al sujeto pasivo la iniciación del procedimiento sancionador dentro del plazo de un mes, bien desde la firma del acta de conformidad, bien desde la presentación de alegaciones al acta de disconformidad, todo ello con independencia de que en las actas se incluya, o no, una mención expresa sobre la procedencia de abrir expediente sancionador. Esta misma solución vendría, además, confirmada por el actual artículo 209.2 LGT.

En el supuesto de hecho, y transcurridos casi siete meses entre la presentación de alegaciones al acta de disconformidad y la notificación del acto de iniciación del expediente sancionador, “en virtud del artículo 49.2.j) RGIT ya no podía iniciarse un procedimiento sancionador contra la actora, por lo que proced[e] anular la sanción impuesta a la misma”.

F) Ilegalidad de una medida provisional que resulta incongruente a los fines de la norma que la prevé

La Dirección General de Recursos Pesqueros abrió procedimiento sancionador por arrastre en fondos prohibidos y, con el fin de asegurar la efectividad de la resolución sancionadora, consistente en la imposición de una multa, acordó la retención del buque pesquero supuestamente responsable de la infracción hasta la constitución de una fianza. La **SAN de 18 de diciembre de 2008** (recurso de apelación 81/2008), anula la medida provisional porque con ella no se asegura la eficacia de la multa que pudiera recaer, ya que la embarcación retenida constituye el medio de vida del actor, con lo que al privársele de él se dificulta o imposibilita la obtención de recursos que permitan el pago de la multa. Además, si lo que se pretendía era la constitución de una fianza, la sentencia estima que, dadas las circunstancias (embarcación identificada y matriculada en España y base operativa conocida), la Administración disponía de medios de ejecución menos gravosos para el administrado. Tampoco sirve la medida impugnada a los demás fines previstos por la norma sectorial: asegurar el buen fin del procedimiento (pues la prueba de los hechos fue obtenida por control de satélite, y no por inspección del buque) y evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción (pues la embarcación, una vez constituida la fianza, podría seguir faenando en fondos prohibidos).

G) Dictar resolución antes de recibir las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia constituye un defecto formal sin relevancia invalidante si tales alegaciones insisten en argumentos ya expuestos y valorados con anterioridad

El Director de la Agencia de Protección de Datos sancionó a una empresa por realizar un envío masivo de correos electrónicos de contenido publicitario sin que sus destinatarios lo hubieran solicitado o hubieran entrado anteriormente en contacto comercial con dicha empresa. Una vez notificada la propuesta de resolución, la empresa presentó en Correos escrito de alegaciones tres días antes de terminar el plazo que se le había concedido para ello. La Agencia dicta resolución tres días después de finalizado dicho plazo y al mismo tiempo que las alegaciones

VII. Derecho Administrativo Sancionador

formuladas por la empresa sancionada son recibidas en la propia Agencia, motivo por el cual ésta no las tuvo en cuenta en su resolución. La **SAN de 9 de enero de 2009** (recurso contencioso-administrativo 97/2007), estima, sin embargo, que esta inobservancia no generó en la empresa recurrente indefensión material alguna, en la medida en que “las alegaciones presentadas no venían sino a incidir, en esencia, en los argumentos ya expuestos con anterioridad por dicha parte en el escrito de fecha 7 de julio de 2006 y que fueron valorados por la Resolución de 25 de octubre de 2006 [resolución final], por lo que ninguna indefensión material se le causó”.

11. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La denegación inmotivada de pruebas pertinentes y decisivas para la defensa lesiona el derecho fundamental a la prueba

En el procedimiento disciplinario seguido contra un guardia civil, el órgano instructor (que, al mismo tiempo, era el ofendido por la infracción) denegó una prueba consistente en la opinión del superior jerárquico común del sancionador y el sancionado “por entender improcedente su unión a las actuaciones”. La **STS de 27 de marzo de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 73/2008), declara que “decir que la prueba se rechaza por ser improcedente no es motivar la decisión. Es preciso exponer las causas por las que (...) entiende que es improcedente, pues, caso contrario, como aquí sucede, el sancionado queda indefenso al no poder rebatirlas”. La sentencia considera que, con la prueba propuesta, el expedientado pretendía “acreditar la falta de credibilidad del mando sancionador”, por lo que su pertinencia “es tan inobjetable como su importancia para defensa”. En consecuencia, y citando expresamente la doctrina constitucional al respecto (STC 74/2004), concluye que “puesto que, mediante algunas de las pruebas cuya práctica se denegó, a lo que se aspiraba era a combatir la eficacia probatoria de la apreciación personal del mando sancionador, hay que concluir que la denegación *in genere* de las mismas vulneró el derecho del recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE), provocando ello la indefensión proscrita en nuestra Constitución”.

B) Toma de muestras e intervención del imputado

– La entidad Corporación Alimentaria Peñasanta, SA es sancionada con multa de 17.550.000 pesetas por infracción consistente en realizar un vertido contaminante a la cuenca del río Nora. Alega que, según declaran las sentencias que aporta de contraste, cuando la Administración no facilita la presencia del interesado en la toma de muestras del agua contaminada y no le hace entrega de una o más para análisis contradictorio se vulnera el artículo 24 CE y se le causa indefensión, lo que conlleva la nulidad de la resolución sancionadora. Sin embargo, la **STS de 16 de abril de 2009**, Sección Quinta (recurso de casación para la unificación de doctrina 328/2005), resuelve que el recurso ha de ser desestimado pues no concurren las identidades requeridas por el artículo 96.1 LJ para que prospere. En concreto, por lo que se refiere a la falta de intervención de la sancionada en las actuaciones previas, dice que “la ausencia en la toma de muestras del que luego será durante la sustanciación del procedimiento presunto in-

fractor, si ello no va acompañado de otras circunstancias que permitan apreciar la indefensión material, no comporta sin más y de modo automático la infracción del derecho de defensa”. “Y sucede –continúa– que la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, que se invoca como contradictoria, efectivamente estima el recurso contencioso-administrativo pero no sólo por no estar presente la parte después sancionada en la toma de muestras, sino por un conjunto de irregularidades procedimentales, de las que interesa destacar que la recurrente en aquel caso había solicitado en el procedimiento administrativo la práctica de una prueba contradictoria que, sin embargo, no fue practicada. Precisamente esta circunstancia –la omisión de solicitud de prueba en el procedimiento administrativo– se reprocha a la recurrente por la sentencia ahora impugnada, (...) (que) señala que la recurrente siguió una estrategia de invocación genérica de indefensión por no haber sido citada a la toma de muestras que fue previa al inicio del expediente sancionador, por lo que ‘ninguna prueba se solicita’ en dicho procedimiento administrativo al respecto. De modo que no sólo no concurren las identidades, relativas a los hechos y fundamentos, requeridas sino que incluso la sentencia recurrida constata una pasividad a la recurrente que no se aprecia en el supuesto resuelto por la sentencia de contradicción”. En definitiva, en el caso de la sentencia de Castilla-La Mancha la sancionada sí pidió la práctica de un análisis contradictorio en el propio procedimiento sancionador y la Administración se lo denegó indebidamente, lo que le provocó una situación de indefensión material que justificó la anulación de la sanción impuesta. La omisión de esa solicitud en el presente caso lleva a la sentencia a negar la existencia de una efectiva indefensión y a la desestimación del recurso.

– La Mancomunidad de Municipios Juncaril es sancionada con multa de 558.370 euros por vertido directo al cauce del río sin autorización del organismo de cuenca. Alega que no fue citada para la toma de muestras, tal como dispone el artículo 94 del TR de la Ley de Aguas. Pero la STS de 7 de mayo de 2009, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 182/2006), rechaza tal alegación pues “lo cierto es que el ‘muestrador’ se personó en las oficinas de la mancomunidad antes de la toma de muestras para ponerlo en su conocimiento pero no encontró a ninguna persona, sin que la recurrente haya dado razón alguna de tal ausencia”.

C) La presunción de inocencia exige que la Administración pruebe y motive la culpabilidad. Motivar la culpabilidad diciendo simplemente que se ha cometido la conducta infractora y que no existen causas que puedan excluirla invierte la carga de la prueba

Lo reitera la STS de 15 de enero de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 10234/2004) [vid., sobre esta jurisprudencia reciente en materia tributaria, en los núms. 44 y 45 de esta revista, los apartados VII.9.B) y C) y VII.12.B), respectivamente], que anula la sanción impuesta a la entidad Quesos Forlasa, SA –por una infracción tributaria grave consistente en no haber ingresado en plazo la totalidad de la deuda tributaria– debido a la insuficiencia de motivación de la resolución sobre la culpabilidad de la sancionada:

“se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio (...), siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere (...). El principio de presunción de inocencia (...) no permite que la Administración tributaria razone la existencia

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una (...) causa (...) excluyente (...) de la responsabilidad (...). (Ello) equivale, simple y llanamente, a invertir la carga de la prueba”.

En términos similares, STS de 27 de abril de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 9369/2003).

D) La carga de la prueba de las causas que excluyen la culpabilidad recae sobre el imputado

Lo declara, después de afirmar lo expuesto en el apartado anterior, la STS de 15 de enero de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 10234/2004):

“cuando la Administración ha razonado, en términos precisos y suficientes, en qué extremos basa la existencia de culpabilidad, procede exigir al acusado que pruebe la existencia de una causa excluyente de la responsabilidad”.

En el mismo sentido, explica la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2848/2008, de 5 de diciembre, que el error invencible debe alegarse y probarse por quien lo padezca.

E) “La presunción de inocencia también abarca el dolo”

Lo afirma la STS de 12 de febrero de 2009, Sala de lo Militar (recurso 72/2008), que proclama la necesidad de que el dolo quede debidamente acreditado para poder sancionar aquellos ilícitos administrativos únicamente punibles a título de dolo y no por simple culpa o negligencia.

F) Valor probatorio de las actas de inspección

Con relación a las actas extendidas por funcionarios en materia de protección del dominio público hidráulico, la STS de 7 de mayo de 2009, Sección Quinta, recurso contencioso-administrativo 182/2006, declara que “las actas constituyen una prueba documental pública que permite considerar constatados los hechos que reflejan, como resulta del artículo 137.3 de la Ley 30/1992. Además, estos hechos así constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que aparezcan formalizados en documento público, como las actas, observando los requisitos legales pertinentes tienen valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos o intereses puedan señalar o aportar”.

G) Anulación de la sanción impuesta en virtud de meras conjeturas que no constituyen una prueba de cargo suficiente

La Confederación Hidrográfica del Guadiana sancionó a una explotación agrícola por consumir más agua de la autorizada por el Régimen de Explotación del Acuífero de La Mancha Occidental. La STSJ de Extremadura 753/2008, de 18 de julio, sin embargo, anula la sanción:

“Y es que basta una somera lectura de la denuncia efectuada para comprobar que en la misma no se especificó nada acerca del volumen de agua utilizado, ni se determinó si los riesgos supuestamente comprobados se habían realizado solamente en ese día en el que se formulaba la denuncia o si se habían producido otros días, y en este caso, con qué frecuencia, ni tampoco el horario de los riegos. En definitiva, existe una ausencia de datos objetivos que permitan establecer el volumen de agua que se destinó a regar la supuesta superficie de cebolla (...). No podemos aceptar, (...), los cálculos efectuados sobre el volumen extraído según las tablas del Plan de Ordenación, que se basan en meras conjeturas (...), al no basarse en datos objetivos realmente constatados”.

12. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La imposición de una sanción con una extensión superior al mínimo previsto exige una especial motivación

Se desprende de la STS de 17 de marzo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 4351/2006), que considera que la imposición de una sanción en su grado medio en lugar de en su grado mínimo, sin justificar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, “constituye una motivación insuficiente, lesiva del principio de proporcionalidad”.

B) La imposición de una sanción en su grado mínimo ni exige motivación específica ni plantea problemas de proporcionalidad

Lo afirma la STSJ de Andalucía (Granada) 437/2008, de 29 de septiembre, con relación a una sanción en materia de protección del consumidor.

13. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Regla general

Recuerda la STS de 17 de marzo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 4351/2006), que “a efectos del inicio del cómputo del plazo de caducidad, las fechas que resultan determinantes son las de iniciación de los procedimientos sancionadores (...) y no las fechas en que se formularon las denuncias o se produjeron las actuaciones administrativas de inspección preliminares”. En esta ocasión, los procedimientos que determinaron la imposición de las sanciones impugnadas, impuestas con relación a varias infracciones en materia del sector eléctrico, fueron precedidos de una amplia actuación inspectora de la Administración, al amparo del artículo 12 REPEPOS, justificada por la gran cantidad de denuncias y la dispersión

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de su origen geográfico (Ayuntamientos y colectivos de vecinos de Málaga, Almería, Huelva y Granada).

En idéntico sentido, **STS de 7 de mayo de 2009**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 182/2006), con relación a una sanción por vertido contaminante sin autorización al cauce de un río, que rechaza que el cómputo del plazo se iniciara el día del levantamiento del acta de inspección o el de la toma de muestras.

B) Informe recabado de oficio por el instructor que suspende el plazo de caducidad

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) incoó procedimiento sancionador contra Telefónica de España, SAU, por incumplir una orden que la conminaba a no realizar determinados descuentos en su facturación telefónica a los operadores integrados en una concreta asociación (AOTEP). Durante la instrucción, interesó informe de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones con la finalidad de aportarlo como prueba. Como consecuencia, y en aplicación del artículo 17.4 REPEPOS, que permite sostener que tales informes tienen carácter preceptivo y determinante para la resolución del procedimiento a los efectos del artículo 83.3 de la Ley 30/1992, la CMT consideró que el cómputo del plazo de duración del procedimiento quedaba interrumpido en tanto el informe no fuera emitido. La sancionada, Telefónica de España, SAU alegó que no se trataba de un informe pedido a instancia de parte, únicos a los que el artículo 17.4 REPEPOS parece referirse, lo que impediría que pudiesen interrumpir dicho cómputo. Por el contrario, la **STS de 4 de marzo de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 3943/2006), estima que, aunque el artículo 17.4 REPEPOS parece “en una primera aproximación referirse tan sólo a los informes solicitados por las partes (...), ninguna razón lógica hay para excluir del régimen aplicable a dichos informes aquellos que el instructor pueda interesar de oficio cuando su contenido responda a necesidades objetivas de la instrucción”. Por lo tanto, “nada obsta (...) a aplicar el régimen propio de aquellos informes tanto a los que el instructor decida previa petición de parte como a los que acuerde recabar de oficio”.

C) La caducidad de los procedimientos disciplinarios militares no genera la invalidez de la sanción extemporánea

A pesar de aceptar que el transcurso del plazo máximo previsto en la norma para resolver y notificar los procedimientos disciplinarios militares origina su caducidad, la jurisprudencia sigue negando que las resoluciones sancionadoras dictadas o notificadas de forma extemporánea sean inválidas. En su lugar, y como vuelve a afirmar la **STS de 24 de marzo de 2009**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 43/2008), el único “efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión del expediente (...) es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda”. En los mismos términos, **SSTS de 2 y 21 de abril de 2009**, Sala de lo Militar (recursos 61/2007 y 196/2008, respectivamente).

14. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Toma en consideración de todas las circunstancias concurrentes

Un soldado dio positivo al consumo de drogas (cannabis) en tres analíticas realizadas en fechas distintas, hechos que fueron considerados constitutivos de una infracción disciplinaria y sancionados con la separación del servicio. La STS de 24 de marzo de 2009, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 43/2008), declara que en la imposición de la sanción no se tuvieron en cuenta todos los criterios individualizadores a los que debe atenerse la Administración. Entre tales criterios, la sentencia señala, a título ejemplificativo, “la naturaleza de la falta cometida, su mayor o menor repulsa social, así como el daño que haya podido producir en la imagen del Ejército (...), las circunstancias personales del sancionado, su conducta y muy especialmente el principio de proporcionalidad”. Atendiendo a las circunstancias del caso enjuiciado, la Sala resuelve que el cannabis es una droga blanda, que en los controles posteriores el sancionado no había vuelto a dar positivo y que siempre había observado un buen comportamiento profesional, por lo que “la sanción aplicada (la más grave de las posibles) es desproporcionada (...), absolutamente desproporcionada a la entidad de los hechos”, y la anula. En idéntico sentido y con igual resultado, STS de 3 de abril de 2009, Sala de lo Militar (recurso 58/2008).

15. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Cómputo: el inicial no es el día en que la Administración tenga conocimiento de la infracción sino el de su comisión

La STSJ de Castilla-La Mancha 169/2009, de 6 de abril, anula la sanción impuesta a una sociedad agraria de transformación por la apertura de un pozo sin autorización por prescripción de la infracción. Frente a lo sostenido por la Administración sancionadora de que el día a quo del plazo de prescripción habría comenzado en el momento en que tuvo conocimiento de la infracción, la sentencia declara que esa interpretación es “frontalmente contraria al artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al mismo concepto, funcionamiento ordinario, finalidad y razón de ser del instituto de la prescripción, a la regulación penal de esta figura (artículo 132 CP), y a toda la dogmática sobre esta institución; además de que, como no podía ser de otra manera, existen otras sentencias del Tribunal Supremo que sustentan la única interpretación a nuestro juicio sostenible, esto es, que la fecha de inicio de cómputo es la de comisión de la infracción”.

B) Prescripción de las infracciones de ejecución instantánea cuyos efectos permanecen en el tiempo: el día inicial sigue siendo el de su comisión pues no son infracciones permanentes

La misma STSJ de Castilla-La Mancha 169/2009, de 6 de abril, señalada en el epígrafe anterior, rechaza que la apertura de un pozo sin autorización constituya una infracción per-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

manente, lo que permitiría entender que su plazo de prescripción no comenzaría hasta que fuera cerrado o se obtuviera la autorización: “aunque la apertura del pozo deje una huella física permanente (...). Cuando la Sala Segunda del Tribunal Supremo se refiere al delito permanente alude a delitos que implican el mantenimiento de una conducta delictiva activa a lo largo del tiempo, o, más exactamente, el mantenimiento de una persistencia de la voluntad sin la cual los efectos del delito no pueden seguir produciéndose; pero no cuando lo que hay son unos efectos que se mantienen por sí solos y lo que falta es, simplemente, la ausencia de voluntad del delincuente de revertir las consecuencias del delito”.

C) Diferencia entre caducidad de la acción y prescripción de la infracción

La STS de 15 de enero de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 2159/2006), distingue de nuevo entre las figuras de la caducidad de la acción y la prescripción de la infracción, para lo que se remite a la STS de 16 de octubre de 2008, Sección Segunda (recurso de casación 8525/2004), de la que dimos cuenta en una crónica anterior [vid., en el núm. 44 de la revista, el apartado VII.11.C)].

16. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Las sanciones impuestas a abogados y procuradores en ejercicio de la policía de estrados no son impugnables ante los jueces de lo contencioso-administrativo

De conformidad con la doctrina constitucional (STC 205/1993), la STS de 24 de marzo de 2009, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 160/2006), recuerda que estas sanciones “no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías”. Ello excluye su fiscalización por el CGPJ y, en última instancia, su control contencioso-administrativo.

B) Las sanciones impuestas por una federación deportiva que actúa como un ente privado no son impugnables ante los jueces de lo contencioso-administrativo

A instancia de la Unión de Ciclistas Internacional, le fue realizado un control antidopaje a un ciclista en el curso de la “Vuelta Ciclista a Extremadura”, competición deportiva de carácter internacional. Como consecuencia de dichas pruebas, el Comité Nacional de Competición y Disciplina de la Real Federación Española de Ciclismo sancionó a dicho ciclista con suspensión de la licencia por dos años. El corredor recurrió la sanción ante el Comité Español de Disciplina Deportiva, adscrito al Consejo Superior de Deportes (organismo autónomo de la Administración General del Estado). El Comité Español de Disciplina Deportiva se declaró incompetente para resolver el recurso. La SAN de 16 de enero de 2009 (recurso de apelación 89/2008), confirma que el control de la sanción impuesta no es competencia del citado Comité y, en consecuencia, tampoco de la propia jurisdicción contencioso-administrativa, cuya competencia se extiende “al enjuiciamiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo y no se extiende a la actuación de organismos internacionales privados o por delegación de

los mismos”. Y ello porque “si bien las Federaciones deportivas pueden actuar ejerciendo funciones delegadas de la Administración pública, en cuyo caso sus actos quedan sometidos al control jurisdiccional de los tribunales contencioso-administrativos, también actúan, en cuanto entes privados integrantes de una organización internacional que las agrupa, como delegados de dicho organismo internacional y cuando así lo hacen no están ejerciendo funciones delegadas por una Administración Pública sino las delegadas por dicho organismo internacional, cuya normativa será la aplicable en tales casos y cuyas decisiones quedarán sometidas a los mecanismos de control establecidos en sus propias normas, sin que por ello se vulnere el derecho nacional ni se desconozcan funciones públicas de orden interno que no han entrado en juego, pues no ha existido iniciativa pública alguna ni están ejerciendo por delegación funciones públicas de carácter administrativo”.

C) La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede ser subsanada en vía judicial

La STS de 15 de enero de 2009, Sección Segunda (recurso de casación 10234/2004), repite que “en la medida en que la competencia para imponer las sanciones tributarias previstas en la LGT corresponde exclusivamente a la Administración tributaria, es evidente que los déficits de motivación de las resoluciones sancionadoras no pueden ser suplidos por los órganos de la jurisdicción ordinaria que, en este ámbito, sólo pueden llevar a cabo un mero control de legalidad. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional que (...) ha señalado que ‘una ulterior sentencia que justificase la sanción en todos sus extremos nunca podría venir a sustituir o de alguna manera sanar la falta de motivación del acto administrativo’”.

D) Sustitución o modulación por el juez de la sanción impuesta por la Administración

La STS de 17 de marzo de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 4351/2006), anula varias sanciones impuestas en su grado medio por no haberse motivado dicha graduación con la concurrencia de alguna circunstancia agravante y las fija en su grado mínimo. Por su parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana 1625/2008, de 30 de octubre, anula una multa impuesta (por realizar sin el preceptivo instrumento de evaluación ambiental actividades extractivas y posterior relleno con residuos no peligrosos) en su grado máximo por falta de motivación y la fija en su grado medio.

La STS de 24 de marzo de 2009, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 43/2008), tras anular por desproporcionada una sanción de separación del servicio, la sustituye por la de seis meses de suspensión de empleo y sueldo. Ante unos hechos muy similares, la STS de 3 de abril de 2009, Sala de lo Militar (recurso 58/2008), también anula y sustituye una sanción de separación del servicio por otra de un año de suspensión de empleo.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

ANTONIO MARÍA BUENO ARMIJO

MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

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

A) Ruptura del justo equilibrio entre el interés general y el derecho de propiedad en la aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH cuando las costas procesales del proceso expropiatorio exceden al justiprecio y se compensan con éste. **3. Ámbito y ob-**

jeto de la expropiación. A) El principio de intervención mínima y de proporcionalidad

anulan el margen de apreciación de la Administración para elegir entre la expropiación total del terreno y la ocupación temporal cuando ambos procedimientos satisfacen el fin perseguido, estando abocada la Administración a acordar la ocupación temporal

como vía menos gravosa para el propietario. 4. Determinación y pago del justiprecio.

A) Los daños susceptibles de indemnización por demérito consecuencia de una expropiación son exclusivamente los que provienen directamente de ella, sin perjuicio

de la vía de reclamación de responsabilidad patrimonial que pueda activarse con in-

dependencia a la expropiación; B) Cuando se impugna la resolución del Jurado, la en-

trega de la cantidad consignada fijada por éste o de la que se considere concurrente no

constituye una medida de aseguramiento de la ejecución de la sentencia, por lo que no

cabe como medida cautelar de tal carácter. **5. Garantías sustanciales.** A) El largo tiempo

transcurrido hace inicua la revisión de oficio de un procedimiento expropiatorio en

aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comenta en este número la jurisprudencia en materia expropiatoria correspondiente al período comprendido entre el 15 de junio y el 15 de noviembre de 2009. De la cincuentena larga de sentencias analizadas no son muchas las que merecerían comentario, aunque en esta ocasión todas las que se traen a estas páginas albergan un interés más o menos destacado. Entre ellas, destaca la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se comenta

en relación con la naturaleza y el alcance de la garantía patrimonial, que reconoce violación del derecho de propiedad de unos expropiados portugueses que vieron que la elevadísima cuantía de las costas procesales que les fueron impuestas por la impugnación del justiprecio superaba el importe de éste. También merece reseñarse preliminarmente la relevante STS que se comenta a propósito del ámbito y objeto de la expropiación, en la que se hace una interpretación delimitadora de la discrecionalidad de la que dispone la Administración a la hora de elegir la intervención a seguir en el marco de la LEF en aquellos supuestos en los que cabiendo la ocupación temporal, menos gravosa, se procede a la expropiación completa del terreno, más gravosa y por tanto contraria al principio de mínima intervención.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Ruptura del justo equilibrio entre el interés general y el derecho de propiedad en la aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH cuando las costas procesales del proceso expropiatorio exceden al justiprecio y se compensan con éste

En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la garantía del derecho de propiedad frente a las privaciones forzosas de éste está recogida por el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero al Convenio en los siguientes términos:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional”.

Esta fórmula está atemperada por el párrafo segundo del citado precepto, según el cual

“Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones y de las multas”.

El silencio del precepto sobre la indemnización que deba corresponder al propietario por la privación ha sido compensada por la jurisprudencia sentada por el TEDH a partir del *leading case* en la materia: la sentencia *Sporrong y Lönnroth* de 23 de septiembre de 1982; según la cual, el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero asegura un “justo equilibrio” entre las exigencias del interés general y la salvaguardia del derecho de propiedad, de forma que la ruptura de dicho equilibrio engendra el derecho a una compensación que, de no poder alcanzarse por los procedimientos del ordenamiento del Estado infractor, legitima al propio Tribunal a acordar una “satisfacción equitativa” en los términos del artículo 41 del Convenio.

Desde las premisas sentadas por la sentencia *Sporrong y Lönnroth*, el control de proporcionalidad que conlleva la apreciación del “justo equilibrio” se ha convertido en la piedra de toque para dilucidar la legitimidad de una privación patrimonial. Las referencias utilizadas por el TEDH para apreciar si la medida cuestionada respeta ese equilibrio y no hace recaer sobre el propietario una carga excesiva o desproporcionada son, como no podía ser de otro modo, las modalidades indemnizatorias previstas por la legislación nacional y las cargas impuestas a los

VIII. Expropiación Forzosa

propietarios. En relación a este segundo aspecto cobra especial interés la **Sentencia dictada por la Sección 2ª del TEDH, el 4 de agosto de 2009, en el caso Perdigueiro contra Portugal** (TEDH\2009\89).

El asunto se refiere a la expropiación de unos terrenos en Portugal en la que se discutió el alcance del justiprecio, que para los expropiados debía comprender tanto el terreno como los supuestos beneficios que derivarían de la explotación de una cantera cuyo valor, a juicio de los demandantes, ascendería a una cantidad cercana a los 20.000.000 de euros. En consecuencia, solicitaron ante los Tribunales portugueses que se les concediera una indemnización bastante más elevada que el justiprecio inicialmente reconocido por la Administración portuguesa. Las jurisdicciones internas decidieron finalmente que las pretensiones de los demandantes acerca de la cantera carecían de fundamento y les concedieron un justiprecio por los terrenos algo inferior a los 200.000 euros, cantidad bastante más cercana a la indemnización que las autoridades les habían ofrecido en el proceso administrativo de expropiación. Al ser rechazada la demanda de los recurrentes sobre la cantera y desestimadas en este capítulo sus pretensiones, aquéllos fueron condenados a abonar las costas judiciales, cuya cuantía se calculó en función del total de la reclamación pretendida por los demandantes ante los Tribunales; es decir, a partir de los 20 millones de euros que reclamaron, lo que, en aplicación del Código de costas judiciales portugués, dichas costas —fijadas inicialmente en unos 300.000 euros y luego rebajada por las instancias superiores— resultaban superiores al justiprecio. De modo que, compensando ambas cantidades, los expropiados fueron compelidos a abonar al Estado una cantidad cercana a los 15.000 euros, que se sumaba a la privación de sus terrenos.

Los demandantes aducen ante el TEDH una vulneración de su derecho de propiedad debido a que la indemnización recibida por una expropiación fue finalmente absorbida y superada por la cantidad que tuvieron que abonar al Estado en concepto de costas judiciales, efecto que consideran desproporcionado.

Antes de resolver sobre el fondo del asunto, la sentencia recuerda la doctrina del propio Tribunal sobre el artículo 1 del Protocolo núm. 1, que reiteradamente ha sostenido que dicho precepto encierra tres normas distintas: la primera, que se expresa en la primera frase del primer párrafo (“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes”) enuncia con carácter general el principio del respeto de la propiedad; la segunda, que figura en la segunda frase del mismo párrafo (“Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional”), trata la privación de propiedad sometiéndola a ciertas condiciones. La tercera norma es la del segundo párrafo del precepto, que reconoce a los Estados el poder, entre otros, de regular el “uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones y de las multas”. El Tribunal ha interpretado la relación entre estas normas afirmando que la segunda y la tercera tratan casos concretos de vulneración del derecho de propiedad, por lo que deben interpretarse a la luz del principio consagrado por la primera (“James y otros contra Reino Unido”, de 21 de febrero de 1986 y, más recientemente, “Kozacioglu contra Turquía”, de 19 de febrero de 2009).

En el litigio que resuelve la sentencia que ahora comentamos, el Tribunal afirma que las costas judiciales son “contribuciones” en el sentido del segundo párrafo del artículo 1º (tercera norma, que atempera la responsabilidad del Estado). No obstante, considera que “es más fácil” examinar la situación denunciada a la luz de la norma general enunciada en la primera frase. Situado así el análisis, la sentencia concluye que:

“para ser compatible con la norma general enunciada en la primera frase del artículo 1 (...), una injerencia en el derecho al respeto de los bienes de una persona debe alcanzar un ‘equilibrio justo’ entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo (...). Además, la necesidad de examinar la cuestión del equilibrio justo sólo se puede sentir cuando se ha probado que la injerencia en litigio ha respetado el principio de la legalidad y que no era arbitraria (...).

La preocupación por garantizar dicho ‘equilibrio justo’ se refleja en la estructura del artículo 1 en su totalidad y se traduce en la necesidad de una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad (...). En el marco de la norma general enunciada en la primera frase del primer párrafo de la disposición en cuestión, la verificación de la existencia de dicho equilibrio exige un examen global de los diferentes intereses en causa. Así, en ausencia de abono de una cuantía razonable en relación con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente una vulneración excesiva de los derechos del individuo. Por otro lado, los Estados deben poder adoptar las medidas que consideren necesarias con el fin de proteger el interés general de una financiación equilibrada de los sistemas judiciales. En definitiva, en situaciones como la del presente asunto, conviene igualmente examinar el comportamiento de las partes en litigio, incluidos los medios empleados por el Estado en su puesta en marcha (...). El Tribunal señala que, en este caso, los demandantes recibieron formalmente una indemnización por expropiación, de una cuantía de 197.236,25 EUR, pero que, tras la determinación de la cantidad que debían abonar en concepto de costas judiciales, finalmente no percibieron. Por el contrario, tuvieron que abonar al Estado 15.000 EUR suplementarios en concepto de costas judiciales (...).

En opinión del Tribunal,

“dichas condiciones de indemnización –o exactamente dicha ausencia de indemnización– no podría, en principio, respetar el ‘equilibrio justo’ exigido por el artículo 1 del Protocolo núm. 1, disposición que, al igual que todo el Convenio, debe ser interpretada de manera que garantice los derechos concretos y efectivos y no teóricos e ilusorios”.

En lo que concierne al comportamiento de las partes en el litigio, el Tribunal tiene en cuenta el argumento del Gobierno según el cual los demandantes, que atribuyeron –de manera temeraria– un valor económico al litigio no conforme con la realidad debían esperar, tras el rechazo de su demanda y conforme al Derecho procesal portugués, una cuantía de costas judiciales elevada. Sin embargo, el Tribunal considera que tampoco

“se podría reprochar a los demandantes haber tratado, por los medios procesales a su disposición, de convencer al Tribunal para que incluyera en la indemnización por la expropiación elementos que, en su opinión, eran esenciales”.

Ponderando las circunstancias del caso la sentencia reconoce que hubo violación del artículo 1 del Protocolo Primero y fija una indemnización a favor de los demandantes, en el marco del artículo 41 del Convenio y en concepto del perjuicio material, idéntica a la cantidad que fue fijada en justiprecio por los Tribunales portugueses.

VIII. Expropiación Forzosa

Luce en razonamiento del Tribunal –a nuestro modo de ver– una inclinación hacia la justicia material acaso inspirada en la ciceroniana máxima del *summum ius summa iniuria*, que, sin embargo, adolece de cierta debilidad en la construcción argumental desde un punto de vista exclusivamente técnico-jurídico. En efecto, pese a orientar el fallo desde el principio general que consagra la norma primera del precepto vulnerado (la primera frase el primer párrafo) lo cierto es que la sentencia reconoce explícitamente que la ausencia de indemnización de la que se quejan los demandantes no fue causada por la privación de la propiedad por vía expropiatoria sino por la aplicación del Derecho procesal portugués que (al igual que hacen otros ordenamientos europeos con el ánimo de evitar ciertos abusos conocidos) permite calcular las costas procesales en proporción a la cuantía de la reclamación fijada por la demanda. El hecho de que ésta y no otra sea la causa inmediata del gravoso efecto finalmente tuvo la expropiación para los demandantes motiva la opinión disidente de dos Magistrados que, siquiera sea en lo esencial, merece la pena reproducir. Para esta minoría de la Sala:

“Las conclusiones a las que llegó la mayoría son fruto de un amalgama falaz entre lo que concierne a la indemnización por expropiación y las costas judiciales que los demandantes tuvieron que abonar. Éstas no tenían ninguna relación con la indemnización por expropiación, pero concernían exclusivamente al hecho de que los demandantes presentaron una acción carente de fundamento relativa a un objeto de gran valor. Si sus pretensiones hubieran sido todavía más elevadas, también lo habrían sido las costas. La compensación de lo que las autoridades públicas debían pagar a los demandantes con lo que éstos debían pagar no autoriza la mezcla de los dos títulos, uno de crédito y el otro de débito, que son, en mi opinión, independientes uno de otro.

La cuestión de las costas judiciales, el criterio adoptado por el legislador portugués y la cuantía que se desprende podrían ser examinados bajo el ángulo de una traba eventual al acceso a un Juez. Pero se trata de una queja que los demandantes no presentaron. En cualquier caso, el vínculo entre la cuantía de las costas judiciales y el valor del litigio indicado por el solicitante no es una extravagancia del sistema portugués. Al contrario, es conocido en otros sistemas europeos y se trata del pago de contribuciones, en el sentido del segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1”.

3. ÁMBITO Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) El principio de intervención mínima y de proporcionalidad anulan el margen de apreciación de la Administración para elegir entre la expropiación total del terreno y la ocupación temporal cuando ambos procedimientos satisfacen el fin perseguido, estando abocada la Administración a acordar la ocupación temporal como vía menos gravosa para el propietario

La STS de 16 de junio de 2009 (JUR\2009\300156) resuelve el recurso de casación formulado por la propietaria de unos terrenos expropiados con la única finalidad de extraer áridos de ellos para la construcción de una carretera. El recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora se basaba en dos órdenes de razones: por un lado, invocaba la falta de debida identificación de los bienes afectados por la expropiación; por otro lado, argüía que la expropiación total de 14,51 hectáreas con la sola finalidad de extraer los áridos necesarios para las obras vulnera el artículo 16 de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, que establece que el aprovechamiento de los recursos de la sección A) –es decir, los minerales cuya única

utilidad sea la construcción— corresponde al propietario de la finca en que se encuentren. Añadía la recurrente que, al proceder a la expropiación total de la finca para satisfacer sólo dicha finalidad de abastecimiento de material de construcción, la Administración incurrió en desviación de poder y dio lugar a un enriquecimiento injustificado a su costa. La idea central de su argumentación era que la Administración habría podido obtener los áridos por otras vías menos gravosas que la expropiación total de la finca, como la ocupación temporal para la extracción de materiales de construcción o, incluso, la adquisición de éstos por vía contractual. Concluía pidiendo que, tras anular la declaración de necesidad de ocupación, se le restituyesen las 14,51 hectáreas expropiadas, se repusiera el terreno a su estado originario y se le indemnizasen los daños sufridos.

La sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso interpuesto por la expropiada, resolviendo que la Administración habría debido expropiar sólo el derecho a la extracción de los áridos que corresponde al propietario de la finca en virtud del artículo 16 de la Ley de Minas. En consecuencia, el fallo declara el derecho de la recurrente a que se le expropie únicamente el derecho a la extracción de áridos, ordenando la continuación del procedimiento expropiatorio a fin de fijar el correspondiente justiprecio.

Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declara haber lugar a él acogiendo los argumentos iniciales de la demanda. El fundamento quinto de la sentencia expone una interpretación delimitadora de la discrecionalidad de la Administración a la hora de elegir la intervención a seguir en el marco de la LEF —en función de las circunstancias del caso— que nos parece impecable, aparte de sentar una doctrina general muy novedosa sobre cuál sea el procedimiento adecuado en estos casos en virtud del principio de mínima intervención sobre los derechos del propietario. Por su valor hermenéutico y su peso doctrinal reproducimos en su práctica integridad el citado fundamento:

“La razón sustantiva en que se apoya el recurso contencioso-administrativo es, dicho sintéticamente, que la Administración no habría debido proceder a la expropiación total de la finca si su finalidad era sólo extraer los áridos necesarios para las obras. Para analizar esta cuestión, es necesario partir de la premisa de que efectivamente el artículo 16 de la Ley de Minas atribuye el aprovechamiento de los recursos de la sección A) al propietario de la finca; es decir, dichos recursos, entre los que se hallan los áridos, constituyen un verdadero derecho patrimonial perteneciente al propietario de la finca en que se encuentren. Que este derecho de aprovechamiento puede ser objeto de una expropiación autónoma, manteniendo al expropiado en el dominio de la finca, es algo que no ofrece dudas; y ello no sólo porque el artículo 1 LEF permite la expropiación de cualesquiera ‘derechos o intereses patrimoniales legítimos’ distintos de la propiedad privada, sino también porque el artículo 108 LEF contempla expresamente esta posibilidad al regular las ocupaciones temporales. Entre los supuestos en que, según este último precepto, cabe la ocupación temporal está precisamente la ‘extracción de materiales de toda clase’ necesarios para la ejecución de obras declaradas de utilidad pública. La extracción de materiales de construcción es un supuesto típico que habilita para la ocupación temporal, entendida como una modalidad expropiatoria menos intensa y gravosa que la expropiación total de la finca. En parecidos términos se pronuncia la propia Ley de Minas, en su artículo 102. Es claro, por consiguiente, que la Administración habría podido en el presente caso satisfacer la necesidad de abastecimiento de áridos para la construcción del citado tramo de autovía

VIII. Expropiación Forzosa

mediante la ocupación temporal de las 14,51 hectáreas de la recurrente, en vez de expropiarlas totalmente.

Así las cosas, el núcleo del problema no es si la Administración tenía abierta una vía distinta de la expropiación total —que la tenía—, sino si la expropiación total le estaba permitida: en los supuestos en que legalmente cabe la ocupación temporal, ¿puede la Administración optar libremente por la expropiación total de la finca? ¿Goza la Administración de discrecionalidad, dicho de otro modo, para elegir entre la ocupación temporal y la expropiación total?

En el escrito de contestación a la demanda, el Abogado del Estado sostuvo una respuesta afirmativa a este interrogante, sobre la base de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 115 LEF, relativo a la tasación de las ocupaciones temporales: ‘Nunca deberá alcanzar la tasación de una ocupación el valor de la finca, y la Administración, en los casos en que le parezca excesiva, podrá pedir la valoración de la expropiación pura y simple por los procedimientos que esta Ley determina, y optar por ella siempre que su importe no exceda de una mitad de la de los daños y perjuicios causados.’ Según el Abogado del Estado, este precepto muestra que la Administración, si lo estima conveniente, puede pedir la expropiación total o ‘pura y simple’ en la terminología de la ley.

Este modo de argumentar debe ser rechazado. Dentro de la innegable oscuridad del artículo 115 LEF, un extremo es indiscutible: se trata de una norma reguladora de la tasación de las ocupaciones temporales y, por tanto, sólo es aplicable a aquellos casos en que ya se ha acordado una ocupación temporal. Este dato es importante porque pone de manifiesto que la opción por la expropiación total, dejando ahora de lado otras posibles condiciones, sólo está abierta cuando ya se ha llegado a la fase de tasación; y ello significa que la Administración no puede optar de entrada por la expropiación total, sino sólo cuando la tasación de la ocupación temporal —que, por definición, habrá debido ser ya acordada— le parezca excesiva. Cuando concurre alguno de los supuestos de ocupación temporal establecidos en el artículo 108 LEF, la Administración no tiene, en principio, otro instrumento para incidir en los derechos e intereses patrimoniales de los particulares; y sólo si en fase de tasación le parece excesivo el coste de la indemnización debida, puede optar por la expropiación total. El artículo 115 LEF, lejos de lo mantenido por el Abogado del Estado, proporciona un argumento contrario a la existencia de discrecionalidad de la Administración en materia de ocupaciones temporales.

Pero hay aún otro argumento, seguramente de mayor calado: el artículo 15 LEF, al regular la declaración de necesidad de ocupación, dispone que ‘declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación’. Esta es una norma de alcance general, que vale para cualquier clase de expropiaciones. Su tenor literal es, además, inequívoco: sólo cabe expropiar aquello que sea ‘estrictamente indispensable’ para el fin perseguido. El ordenamiento español consagra, así, un principio de intervención mínima en la propiedad privada o, si se prefiere, una exigencia de proporcionalidad en las actuaciones expropiatorias. Ello está en sintonía, por lo demás, con una interpretación conforme al artículo 33 CE de la legislación de expropiación forzosa (...).

La conclusión de cuanto se ha expuesto es que la Administración habría debido acudir a la ocupación temporal de las arriba citadas 14,51 hectáreas, en lugar de expropiarlas totalmente. Esta utilización de la potestad expropiatoria, en cuanto una potestad distinta y más intensa de la potestad de ocupación temporal, para una finalidad distinta de la que tiene legalmente atribuida constituye indudablemente desviación de poder en el sentido del artículo 63 de la LRJ-PAC. Por ello, este recurso de casación debe ser estimado y, por

tanto, debe anularse la declaración de necesidad de ocupación con respecto a las 14,51 hectáreas de la recurrente expropiadas para la extracción de áridos”.

La doctrina es clara: entre dos posibilidades igualmente eficaces para la consecución del interés general, la Administración ha de escoger siempre la más eficiente (que es el punto donde confluyen el artículo 15 de la LEF y el 57.1 de la Ley 30/1992). Es decir, la más adecuada y proporcionada al fin perseguido; que sea, al tiempo, la menos intensa o gravosa para el propietario afectado.

4. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Los daños susceptibles de indemnización por demérito consecuencia de una expropiación son exclusivamente los que provienen directamente de ella, sin perjuicio de la vía de reclamación de responsabilidad patrimonial que pueda activarse con independencia a la expropiación

La STS de 7 de julio de 2009 (JUR\2009\327903) resuelve el recurso de casación planteado por la Compañía Concesionaria del Túnel de Soller S.A. contra la STSJ de las Islas Baleares de 20 de diciembre de 2005, que tiene su origen en la expropiación de 350 metros cuadrados de una finca rústica (de una superficie total de más de un millón de metros cuadrados) para la construcción de la entrada al Túnel de Soller en Mallorca.

El Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Baleares fijó un justiprecio en razón de la superficie expropiada al que se añadía el premio de afección y una indemnización por demérito de la edificación existente en la parte no expropiada de la finca. Dicha edificación es una mansión señorial situada a unos cien metros de la entrada del túnel, y a una altura de treinta metros por encima de éste. El demérito padecido consistiría, según el Jurado, en ruidos y gases, así como en el impacto visual de la entrada del túnel.

Tanto los expropiados como la citada compañía concesionaria acudieron a la vía jurisdiccional, siendo acumulados ambos recursos contencioso-administrativos. El de la beneficiaria fue desestimado, y el de los expropiados fue estimado únicamente en lo relativo al cómputo de intereses. El justiprecio en cuanto tal fue declarado conforme a Derecho. Para ello, el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta los distintos informes periciales obrantes en autos: cuatro aportados por los expropiados; tres aportados por la beneficiaria; dos elaborados por vocales del Jurado; y cuatro elaborados por peritos de designación judicial. Los informes periciales aportados por la beneficiaria y tres de los informes de peritos judiciales consideraron que no había demérito o no lo valoraron. La Sala *a quo*, sin embargo, otorgó mayor credibilidad a los otros informes y concluyó que había demérito, dando por buena la valoración de éste hecha por el Jurado.

El asunto llega al Tribunal Supremo por la interposición del recurso de casación por parte de la concesionaria y beneficiaria de la expropiación –pagana del demérito–, cuyo motivo más sustantivo discute la valoración afirmando que la indemnización por demérito es improcedente porque no deriva de la expropiación en cuanto tal, sino de la puesta en servicio del Túnel de Soller. El Tribunal Supremo estima dicho motivo recordando su consolidada doctrina según la cual las consecuencias dañosas relacionadas con la expropiación que deben considerarse en

VIII. Expropiación Forzosa

la fijación del justiprecio son únicamente las ligadas de modo directo al acto de privación patrimonial en que la expropiación consiste, no aquellas que son fundamentalmente imputables a causas ajenas a la expropiación. De acuerdo con ello,

“La expropiación no basta con que sea motivo u ocasión para la fijación o determinación del justiprecio, sino que es menester que constituya su causa directa, de tal forma que si los perjuicios no trajeran su causa directa de la expropiación, el derecho a obtener su resarcimiento no puede hacerse valer con ocasión de la expropiación dimanante de la necesidad de la obra realizada, sino que únicamente podrá encauzarse por las vías procedimentales previstas para la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que concurren los requisitos de fondo y de forma necesarios para que pueda apreciarse dicha responsabilidad”.

En el presente caso no puede decirse que los ruidos y gases y el impacto visual que la construcción de la entrada del Túnel de Soller comporta para la mansión de los expropiados, así como para el resto de su gran finca, sean consecuencia directa de la expropiación, sino más bien —como sostenía la concesionaria— consecuencia de la puesta en servicio del mencionado túnel. Así lo demuestra el dato incontestable de que, si no hubiesen sido expropiados 350 metros cuadrados de la finca, la presencia de la entrada del túnel a cien metros de la edificación habría tenido parecido impacto visual y le habrían llegado los mismos ruidos y gases. Los posibles daños sufridos por la finca de los expropiados no provienen, por tanto, de la expropiación misma, sino de la instalación de una nueva obra pública en las proximidades de su propiedad; y esto, todo lo más, puede dar lugar a una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración —siempre que concurren los requisitos de ésta—, pero no es un elemento a valorar en la fijación del justiprecio expropiatorio.

B) Cuando se impugna la resolución del Jurado, la entrega de la cantidad consignada fijada por éste o de la que se considere concurrente no constituye una medida de aseguramiento de la ejecución de la sentencia, por lo que no cabe como medida cautelar de tal carácter

La STS de 24 de junio de 2009 (JUR\2009\3117474) resuelve el recurso de casación interpuesto contra la desestimación del recurso de súplica interpuesto contra un Auto del TSJ de Cataluña en el que se desestimaba una solicitud en relación con la entrega de la cantidad fijada por el Jurado de Expropiación de Cataluña como justiprecio correspondiente a la valoración de finca, denegándose la medida cautelar formulada por el expropiado en el ámbito del recurso interpuesto contra la resolución del Jurado de Expropiación Forzosa sobre valoración de su finca que consistía, justamente, en la entrega a cuenta de aquella cantidad.

En efecto, de los antecedentes del caso se desprende que el expropiado solicitó de la Sala de instancia la adopción de una medida cautelar consistente en requerir a la Administración expropiante y a la empresa beneficiaria de la expropiación de sus terrenos para que efectuasen el pago del justiprecio acordado por el Jurado de Expropiación de Cataluña y de los intereses calculados por la empresa beneficiaria, cantidad que había sido consignada en la Caja General de Depósitos. La Sala de instancia desestimó la solicitud por estimar que no existía cantidad concurrente alguna entre las partes, toda vez que la beneficiaria de la expropiación se mostraba disconforme con el justiprecio de la finca y con el propio procedimiento expropiatorio. Al resolver el recurso de súplica contra esta denegación, la Sala lo desestimó igualmente afir-

mando que el abono de la cantidad consignada no podía acordarse en un recurso dirigido a la impugnación de la valoración del justiprecio realizada por el Jurado, puesto que, cuando se impugna dicha resolución, la entrega de la cantidad fijada por éste, o de la considerada como concurrente, es consecuencia de la aplicación de normas legales sustantivas y no constituye una medida de aseguramiento de la futura ejecución de la sentencia (como pretendía la suplicante) sino del acuerdo del Jurado.

La casación interpuesta contra este Auto se centra en la denegación de la petición de pago de la cantidad consignada como justiprecio, lo que es rechazado por el Tribunal Supremo afirmando que:

“si bien actualmente las medidas cautelares previstas en la Ley no se limitan a la suspensión del acto impugnado (...), arbitrando un número abierto de medidas posibles que no comprenden tan sólo, como anteriormente sucedía, la suspensión del acto, todas ellas han de responder a la finalidad esencial de estar dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, es decir, y como expresa el auto recurrido, toda medida cautelar debe guardar una relación de funcionalidad con la sentencia a dictar, y, en definitiva, con las pretensiones de las partes y, por tanto, con el objeto del procedimiento, por lo que, cuando se impugna la resolución del Jurado, la entrega de la cantidad fijada por éste, o de la que se considere concurrente, no constituye una auténtica medida de aseguramiento, sino que es la simple consecuencia de la aplicación de normas legales sustantivas, sin que con ello se asegure la ejecución de la sentencia sino la del acuerdo del Jurado”.

Y acogiendo íntegramente los argumentos de la instancia añade que:

“La propia LEF expresa de forma clara y contundente que el expropiado tiene derecho a que la administración beneficiaria le abone o bien la cantidad concurrente o la totalidad del justiprecio, según los casos. Pero ello no puede llevar a adoptar como medida cautelar en un recurso donde se impugna el justiprecio fijado por el jurado de Expropiación el ordenar a la administración a que cumpla con un mandato legal de pago, pues tal decisión no participa de la naturaleza, finalidad ni características de las medidas cautelares previstas en la Ley Jurisdiccional, encaminadas a asegurar la efectividad de la sentencia futura.

Por ello debe entenderse que en todo caso el expropiado puede reclamar a la administración que está obligada al pago, u obligada en cualquier caso a velar por el pago (si la beneficiaria no es administración), el abono de la cantidad que la Ley le reconozca tener derecho del justiprecio (la entidad recurrente o la totalidad, según sea el caso), y si se le niega el abono de forma expresa o presunta, puede reaccionar ex artículo 29 de la Ley Jurisdiccional (...). Pero por lo razonado, no resulta procesal ni substantivamente adecuado articular dicha cuestión como medida cautelar dentro del recurso interpuesto contra la resolución del Jurado fijando el justiprecio.

Tampoco resultaría procedente –como indica el Auto recurrido– tratar la cuestión como un incidente de los previstos en el artículo 137 de la Ley Jurisdiccional. Dicho precepto dispone que todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos. La cuestión incidental supone una alteración procesal, una crisis objetiva o ‘cuestión accesoria que tiene su origen dentro del juicio’, y por tanto una cuestión que, si no es puramente procesal, ha de guardar con la pretensión deducida una relación de tal naturaleza que sin haber de decidirse en la senten-

VIII. Expropiación Forzosa

cia, derive directamente del acto impugnado. Y si lo que se impugna es la valoración fijada por el Jurado como justiprecio, por reclamarse una superior, la cuestión de quién debe pagar, cuándo y cuánto debe pagarse y de qué manera, no deriva directamente del objeto del recurso, limitado al ‘plus’ que solicita el recurrente expropiado le sea reconocido sobre la cantidad fijada por el Jurado”.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) El largo tiempo transcurrido hace inicua la revisión de oficio de un procedimiento expropiatorio en aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992

La STS de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009\428065) resuelve el recurso de casación deducido contra una sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra desestimación presunta por silencio administrativo, y la desestimación posteriormente expresa del Ministerio de Defensa, que inadmitía una petición de revisión de oficio del procedimiento de expropiación seguido para la ampliación de la base aérea de Manises, en los términos municipales de Manises y Quart de Pobet (Valencia).

En el proceso de instancia, los recurrentes solicitaron la nulidad de pleno derecho del citado expediente expropiatorio, con la devolución de sus propiedades y, de forma subsidiaria, la nulidad de una resolución del Ministro de Defensa de 1999 por la que se desafectaban los terrenos e instalaciones de la Base Aérea y el reconocimiento del derecho de reversión de los terrenos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/1999 de Edificación (que modificó, como es sabido, los presupuestos del derecho de reversión).

Importa reseñar que nos encontramos ante una expropiación llevada a cabo en 1940, y que la referida petición de revisión de oficio al Ministerio se produjo en marzo de 2004. Por ello, la Audiencia Nacional estimó aplicable el artículo 106 de la Ley 30/1992, que precisa que las facultades de revisión de los actos administrativos no pueden ser ejercidas, entre otros supuestos, cuando por el tiempo transcurrido aquel ejercicio resulte contrario a la equidad. De modo que, como afirma la Sala a quo,

“(…) en presente caso los expropiados pudieron ejercitar las acciones correspondientes, por lo menos desde la notificación en septiembre de 1940 para que acudieran al levantamiento del acta previa a la ocupación, y dejaron transcurrir ellos y sus herederos más de sesenta años, lo que hace que la revisión de oficio resulte contraria a la equidad”.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y, abundando en el argumento de la instancia, apela al valor de la seguridad jurídica, como:

“(…) un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista constitucional (artículo 9.3 de la CE) como desde el punto de vista legal (así el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que, aunque referido a las facultades de revisión, expresa sin duda un valor general). Se trata de un valor con proyección colectiva, no puramente individual, de forma que es la colectividad misma, no sólo los intereses particulares, la que está concernida por el principio de seguridad jurídica; y los Jueces y Tribunales, que tienen encomendada la tutela judicial efectiva, también han de salvaguar-

dar la seguridad jurídica a fin de que no se pongan en tela de juicio situaciones jurídicas consolidadas por el transcurso del tiempo y que, en otro caso, podrían ser cuestionadas *ad eternum*; en la tensión dialéctica entre tutela judicial y seguridad jurídica, los Jueces y Tribunales no pueden, como pretende la parte recurrente, atender sólo a la primera con olvido manifiesto de la segunda.

No existe, en definitiva, infracción del principio de equidad invocado por el recurrente, siendo así que en el transcurso de sesenta años transcurrido desde la privación de la propiedad a virtud de la expropiación forzosa, los recurrentes tuvieron múltiples oportunidades de ejercitar su derecho de defensa invocando la pretendida reversión, petición esta última que, al menos, debieron de formular cuando, según los mismos afirman, la base se cerró en diciembre de 1997, y sin que, evidentemente, puedan alegar indefensión por la situación sociopolítica existente con anterioridad cuando pudieron ejercitar las correspondientes acciones, no ya desde la vigencia de la anterior Ley jurisdiccional de 1956 sino, en el peor de los casos, desde la promulgación de la Constitución que garantiza la tutela judicial efectiva en su artículo 24”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Objetividad del sistema: el criterio de diligencia como regla general. B) Objetividad del sistema: el criterio del perjuicio anormal y singular como regla excepcional. Daños sufridos por establecimientos hoteleros como consecuencia de la ejecución de obras públicas. C) Gescartera: alcance de la responsabilidad de las Autoridades independientes de regulación. D) Responsabilidad por actos médicos. Integración de los hechos en casación. E) Concurrencia de causas entre la omisión administrativa y la actuación de la víctima en un accidente de circulación. F) Falta de causalidad en los supuestos de conducta omisiva en materia de seguridad pública cuando no se dio aviso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Inexistencia de un deber general de garantía absoluta frente a la comisión de delitos. G) Antijuridicidad del daño: obligación de soportar los daños derivados de la retirada de productos ante la detección de riesgos para la salud humana, pese a que la medida sea objeto de anulación judicial posterior, si la decisión se mantuvo en el margen de lo razonable, salvo en caso de inexistencia de base legal para su adopción. H) Antijuridicidad del daño: margen de tolerancia en el ejercicio de potestades regladas.

3. Daño indemnizable. A) Compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por responsabilidad extracontractual. B) Prueba del daño derivado de un retraso en la comunicación del diagnóstico y en el tratamiento del SIDA: exigencia de acreditación de cuál hubiera sido la evolución de la enfermedad en caso de funcionamiento normal de los servicios sanitarios. **4. Acción y procedimiento.** A) Legitimación pasiva en el caso de daños ocasionados con ocasión de la ejecución de un contrato de obras. B) Valor de los informes médicos. C) Inexistencia de plazo para recurrir en los casos de desestimación presunta de la reclamación administrativa. **5. Responsabilidad del poder judicial.** A) Error judicial por aplicación de un precepto derogado o no aplicable al caso:

comparación de soluciones. B) Error judicial y apreciación del nexo de causalidad en las reclamaciones de responsabilidad administrativa.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica ofrece una serie de sentencias del mayor interés, pero lo singular es que todas ellas componen un auténtico muestrario de aspectos muy diversos de gran relevancia, de tal modo que pocos son los elementos de la institución de la responsabilidad patrimonial que no son abordados; así, algunas sentencias ponen de manifiesto cómo el carácter objetivo, santo y seña de este instituto, vuelve a mostrar sus profundas quiebras internas; o el nivel que se fija al deber jurídico de soportar un daño, esto es, a la antijuridicidad objetiva, cuando dicho deber traspasa el límite de lo razonable o proporcionado; o la necesidad de trazar una clara línea divisoria entre la responsabilidad derivada de actuaciones administrativas de la producida por omisiones; o el alcance del nivel de diligencia a que vienen obligados los órganos o entidades encargados de la regulación y control de un sector de actividad propio del tráfico privado (así, la presunta responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la no detección de las irregularidades de la entidad Gescartera, principal protagonista del escándalo de todos conocido). Análogamente a lo anterior, el alcance del deber de intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para impedir delitos cuando no tienen constancia de su comisión; la siempre difícil probanza de la responsabilidad por actos médicos cuando éstos aparecen revestidos de una aparente buena praxis; la recurrente doctrina del “margen de tolerancia” de efecto exoneratorio de responsabilidad de la Administración, esta vez aplicada no al típico supuesto de error en el ejercicio de actividad discrecional, o en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, sino incluso en el ámbito de facultades absolutamente regladas, y ello, claro es –aquí la razón de ser del “margen de tolerancia”– aunque la decisión administrativa hubiese sido anulada judicialmente.

Como complemento de este importante conjunto de cuestiones hay que destacar una ilustrada sentencia sobre el procedimiento a seguir en los daños materialmente ocasionados por contratista de obras y la inexistencia de plazo para recurrir en vía contencioso administrativa cuando en el procedimiento de responsabilidad se produce la desestimación presunta ante la ausencia de resolución expresa. Por último, cierran la serie tres sentencias sobre responsabilidad del Poder judicial donde queda patente el muy restringido concepto de error judicial que se maneja para que pueda generar derecho a indemnización.

En fin, una verdadera colección de sentencias, cuyo denominador común, dicho sea en términos generales, no es tanto la novedad de los temas tratados o la envergadura económica de los asuntos como el hecho de que se mueven en el resbaladizo terreno de la fijación de límites y contornos jurídicos en cada uno de los elementos de la institución de la responsabilidad que en ellos se tratan. Son resoluciones cargadas de tensión interna y que suscitan controversia y en algún caso disconformidad. Ello pone al descubierto la viveza de la institución y la incesante mutabilidad de sus perfiles.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Objetividad del sistema: el criterio de diligencia como regla general

La STS de 25 de febrero de 2009, Ar. 2094, vuelve a insistir en que la Administración sanitaria consiste en una prestación de medios en ningún caso garantizadora de resultados. Lo hace esta vez en un caso de accidente de tráfico, con resultado de fallecimiento, en que no considera acreditada la existencia de una demora injustificada y la inexistencia de medios técnicos. El recurrente, en efecto, denunciaba la falta de medios derivada de la falta de asistencia adecuada ante la inexistencia de servicio de neurocirugía en el hospital donde fue internado, habiéndose perdido, a través de la demora en la prestación de asistencia sanitaria, un tiempo determinante en la práctica de una analítica y en definitiva, la oportunidad de curación. Apelaba al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, invocando la infracción del artículo 139.1 y 2 en relación con el 141.1 de la Ley 30/1992 así como del artículo 106.2 de la Constitución y 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

La sentencia se enfrenta a la siempre delicada apreciación del caso concreto; en este caso, se trata de resolver hasta dónde llega la obligación de la Administración sanitaria de disponer de determinadas unidades o medios. En definitiva, el tema clave de los estándares de calidad de los servicios públicos, en el que sin duda se debe avanzar a partir de análisis rigurosos, de racionalidad y eficacia, para una mejora de la gestión pública. Establecimiento de estándares que, por lo demás, facilitaría sin duda el posterior enjuiciamiento por los tribunales.

“Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en Sentencias de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios, que, por su propia naturaleza, resulta limitada, no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio. Porque aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de

cualquier actividad humana; otra cosa sería si no existiese un centro de referencia dentro de un área que permita la asistencia en un tiempo razonable, lo que no ocurre en el caso de autos en que el Hospital al que fue trasladado estaba a 86 Km.

El centro hospitalario donde recibió la primera asistencia el paciente intentó facilitar una asistencia sanitaria más precisa que hubiera agotado todas las posibilidades de curación en el hospital más cercano, lo que efectivamente se efectuó trasladando al paciente al de Vitoria, donde finalmente se apreció que su estado, producto del grave accidente que había sufrido y que le ocasionó gravísimas lesiones cerebrales, no tenía posibilidad de asistencia quirúrgica, estando el paciente entubado y víctima de un coma profundo.

En estas circunstancias, ni cabe invocar el principio de responsabilidad objetiva, dada la imposibilidad de otra atención médica al paciente, ni cabía exigir responsabilidad alguna por el hecho de que el mismo hubiera sido trasladado a un servicio sanitario con instalaciones suficientes para la atención neurológica del paciente a través de la cirugía, sin que, como antes advertimos, quepa apreciar demora, determinante de un agravamiento de las lesiones que, desde el principio y una vez practicado el TAC, se calificó de gravísimas. En definitiva, no se ha producido una pérdida de oportunidad en el tratamiento del paciente, sin que sea aceptable el argumento de la recurrente de haberse producido una pérdida de tiempo, determinante de un agravamiento, al confundirse el diagnóstico del paciente con el resultante de una infección séptica, ya que la analítica no tenía esa exclusiva finalidad sino que, por el contrario, se apreciaron ya lesiones cerebrales que motivaron, durante la práctica de los análisis, la correcta asistencia sanitaria del paciente y la práctica de diversos exámenes radiológicos; y cuando se detectó la gravedad de las lesiones a través de la práctica del TAC se dispuso, ante la falta de instalaciones de neurocirugía, el traslado al centro sanitario más cercano para intentar en el mismo obtener un más adecuado tratamiento, incluso de naturaleza quirúrgica, que, en definitiva, no se asumió por dicho centro hospitalario.

En definitiva, falta el nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada al paciente y el hecho determinante de su fallecimiento, que no fue sino producto de las graves lesiones sufridas en el accidente de circulación determinante del fallecimiento del mismo, por lo que ninguna responsabilidad cabe atribuir a la Administración sanitaria autonómica”.

B) Objetividad del sistema: el criterio del perjuicio anormal y singular como regla excepcional.

Daños sufridos por establecimientos hoteleros como consecuencia de la ejecución de obras públicas

La STS de 23 de marzo de 2009, Ar. 2502, ventila la reclamación de un hotel contra la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid como consecuencia de los daños y perjuicios que dice haber sufrido con ocasión de la ejecución de las obras de conexión de las líneas 8 y 10 del Metro de Madrid. No se discute la realidad de la obra ni que su ejecución haya producido modificaciones en los accesos al establecimiento hostelero propiedad de la compañía demandante, así como el despliegue de maquinaria y operarios, el polvo, los ruidos y las vibraciones inherentes a los trabajos. La Administración demandada no niega la realidad del daño. El debate se centra, pues, en el requisito de la lesión antijurídica.

El tribunal de instancia descarta que pueda hablarse de lesión antijurídica, dado que la entidad reclamante se encuentra jurídicamente obligada a soportar los daños que sufrió porque no pasaron de las cargas generales ligadas a la condición de ciudadano, propias de la ejecución de toda obra pública. Subraya que los accesos al hotel estuvieron siempre practicables, que las

IX. Responsabilidad Administrativa

obras se ejecutaron conforme al proyecto aprobado, sin que nada acredite que su realización “bajo bóveda” en lugar de “a cielo abierto” hubiese disminuido los inconvenientes, y que se mantuvieron frecuentes contactos con la representación de la citada compañía mercantil para minimizar los efectos desfavorables en su negocio. La empresa recurrente se alza contra el anterior planteamiento, sosteniendo que el daño fue antijurídico, pues nada la obliga a soportarlo, ni la ley ni su propio comportamiento, además de que, al causarle una lesión individualizada, rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, desconociendo que no puede calificarse de riesgos socialmente asumidos los que suponen un sacrificio especial para un ciudadano en particular.

El Tribunal Supremo asume esta argumentación, mediante el siguiente razonamiento, que aporta muy relevante doctrina general al respecto:

“Ciertamente, la jurisprudencia [véanse las Sentencias de 18 de abril de 1995 (casación 306/1993, FJ 2º); 14 de abril de 1998 (casación 7292/93, FJ 3º); y 13 de octubre de 2001 (casación 5378/97, FJ 6º), las tres citadas por la Sala de instancia en el fundamento séptimo)] únicamente reconoce el derecho a ser indemnizado, en concepto de responsabilidad patrimonial, por la pérdida total de los accesos a un establecimiento desde una carretera; considera, por el contrario, que no ha lugar a esa responsabilidad si la intervención administrativa se limita a la reordenación del viario con la finalidad de mejorar su trazado. En tales supuestos el daño no puede reputarse antijurídico, siendo más bien consecuencia de los riesgos que los ciudadanos tienen que soportar por su condición de tales. Así lo hemos expresado también en pronunciamientos posteriores, incluso para casos en los que el reclamante era titular de una instalación de restauración dedicada exclusivamente a dar servicio a los usuarios de la calzada [Sentencias de 3 de junio de 2003 (casación 193/2001, FJ 4º) y 19 de septiembre de 2008 (casación 7370/2004, FJ 3º)].

Ahora bien, a nuestro entender la tesitura de ‘Hotel Miguel Ángel’ es muy distinta de las abordadas en las citadas sentencias, referidas a negocios de diferente naturaleza, algunos hosteleros, ubicados junto a vías de comunicación interurbanas. En nuestro caso se trata de un hotel, de alto *standing*, emplazado en el centro de Madrid y a cuyas puertas se desarrollaron ‘a cielo abierto’, a lo largo de un año (desde abril de 1996 a finales de marzo de 1997), durante veinticuatro horas al día, unas obras que, según ha declarado probado la Sala de instancia, obligaron a modificar los accesos, supusieron el despliegue de maquinaria pesada y de los operarios correspondientes, provocando polvo, ruidos y vibraciones.

Esta constatación nos obliga a detenernos en el requisito de la lesión antijurídica, para analizarlo con mayor detenimiento.

Un daño es de tales características cuando el afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley. Así lo expresa con claridad el artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992. Este requisito subraya el talante objetivo de la responsabilidad de las organizaciones públicas, pues el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico, en la que no influyen las características de aquella actividad, a la que se imputa el desenlace, su ‘normalidad’ o su ‘anormalidad’ [véanse las Sentencias de 14 de julio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 289/2007, FFJJ 3º y 4º) y 22 de septiembre del mismo año (casación para la unificación de doctrina 324/2007, FJ 3º)].

Situados en esta perspectiva, la del administrado, parece que únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga. Tal sería el caso de la existencia de un contrato previo, la ejecución administrativa o judicial de

una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos Sentencias de 5 de febrero de 1996 SIC (RJ 1996, 987) (casación 2034/1994, FJ 3º); 29 de octubre de 1998 (casación 2776/1991, FJ 2º); 11 de marzo de 1999 (casación 6616/1994, FJ 2º); 28 de junio de 1999 (casación 3150/1995, FJ 4º); 16 de septiembre de 1999 (casación 3816/1995, FJ 1º); 13 de enero de 2000 (casación 783/1995, FJ 2º); 18 de diciembre de 2000 (casación 8669/1996, FJ 3º); 12 de julio de 2001 (casación 3655/1997, FJ 2º); 21 de abril de 2005 (casación 222/2001, FJ 3º); 14 de febrero de 2006 (casación 256/2002, FJ 3º); y 31 de enero de 2008 (casación 4065/2003, FJ 2º).

De esos tres títulos posibles, el único con virtualidad para exigir a 'Hotel Miguel Ángel' que afronte los daños que dice haber padecido por las obras ejecutadas durante doce meses a las puertas de su hotel sería el último, esto es, la existencia de una obligación, impuesta a los ciudadanos, de tolerar los perjuicios que dimanen de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos. Tal es la *ratio decidendi* la razón para decidir que se trasluce en los fundamentos octavo y noveno de la sentencia impugnada, contra la que se rebela la compañía recurrente en el segundo motivo de casación y en la última parte del primero.

La cuestión consiste, pues, en indagar si, tal y como acontecieron los hechos, extremo sobre el que hay consenso, el perjuicio sufrido por la compañía recurrente supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales [Sentencia de 16 de diciembre de 1997 (casación 4853/1993, FJ 6º)] o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, perdiendo esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría desde la perspectiva que ahora examinamos, singularizándose en el patrimonio de la actora [véanse en este extremo las Sentencias de 14 de febrero de 2006 (casación 256/2002, FJ 3º) y 16 de noviembre de 2008 SIC casación 453/2006, FJ 3º], que, aunque referidas a supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, contienen reflexiones en torno a la antijuridicidad de la lesión pertinentes para el actual supuesto].

Pues bien, en esa pesquisa dos notas, una objetiva y la otra de índole subjetiva, se destacan sobremanera para evidenciar lo que, a nuestro juicio, constituye un error de la Sala de instancia en la apreciación y en el análisis de este elemento, netamente jurídico, del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. La primera consiste en que, como se enfatiza en la propia sentencia y se obtiene de las actuaciones (véase el artículo 88, apartado 3, de la Ley 29/1998), las obras se emplazaron a lo largo de toda la fachada del hotel, de manera que afectaron muy directa y singularmente a la actividad desenvuelta en el mismo. Los trabajos, por su ubicación, no incidieron con la misma intensidad en otros inmuebles, negocios o actividades del entorno. Los transeúntes soportaron las molestias de una calle cortada y en obras; los titulares de actividades económicas en la zona sufrieron, sin excepción, las consecuencias de la ejecución de unos trabajos públicos, llevados a cabo en beneficio de todos y para mejorar el transporte metropolitano de Madrid; pero nadie, salvo la compañía recurrente, tuvo que soportar durante un largo período una excavación 'a cielo abierto' en la puerta de su negocio, con maquinaria pesada y los consiguientes efectos. Los documentos aportados en el período de prueba reflejan esas singulares consecuencias (ocasionales cierres de los accesos; cambio de los mismos que obligan a sacar la basura por la zona de equipajes; cortes en el suministro de gas; rotura de las tuberías que abastecen de agua al hotel; pérdidas de las comunicaciones telefónicas; etc.).

IX. Responsabilidad Administrativa

La nota subjetiva consiste en la actividad desenvuelta por la empresa recurrente, que es la hotelera. Un hotel es un establecimiento destinado a proporcionar un cómodo alojamiento y alimentación adecuada a huéspedes y viajeros. A nadie se le puede escapar que esa actividad se ve seriamente obstaculizada por la realización de unas obras públicas que, según se nos dice en la sentencia impugnada, supusieron el despliegue de maquinaria y trabajadores, polvo, ruidos y vibraciones durante muchas horas al día. Difícilmente puede reposarse con trabajos de excavación y perforación en las inmediaciones, muy cercanos a la puerta del alojamiento.

En suma, no compartimos la opinión de la Sala madrileña, conforme a la que los perjuicios padecidos por ‘Hotel Miguel Ángel’ no pasan de ser las normales consecuencias que todos hemos de encarar fruto de la vida en una sociedad que demanda unos mejores servicios, constituyendo cargas generales ligadas al estatus jurídico de ciudadano. Ni por la ubicación y características de las obras ni por la naturaleza del negocio que explota dicha entidad estaba jurídicamente obligada a soportar el daño. Las circunstancias de que los accesos al hotel se clausuraran ocasionalmente, de que las obras se ejecutaran conforme al proyecto aprobado y de que sus responsables mantuvieran contactos y reuniones frecuentes con los directivos del hotel no desdicen nuestra conclusión, pues únicamente evidencian que la actuación administrativa fue normal, pero esta regularidad no elimina la responsabilidad patrimonial ex artículo 106, apartado 2, de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, que obligan a indemnizar a los ciudadanos que sufran en su patrimonio jurídico una lesión que no estén constreñidos a sobrellevar, aun cuando derive de una actuación administrativa jurídicamente correcta.

Las anteriores razones nos permiten discrepar también del dictamen emitido en este caso por el Consejo de Estado, que se mantiene en un análisis muy abstracto de la cuestión, sin abordar el estudio de las particularidades concurrentes en el supuesto sobre el que dictamina, pues no se trata simplemente de que se hayan realizado unas obras junto a un inmueble donde se regenta un negocio, cuyo titular tenga unas expectativas amparadas por las mismas, sino de los perjuicios singulares e individuales causados a esa actividad mercantil.

En definitiva, a nuestro juicio nos encontramos en el caso analizado ante una lesión anti-jurídica, por lo que, al no entenderlo así, la sentencia impugnada infringe el artículo 141 de la Ley 30/1992, debiendo casarse”.

Considera, además, que concurren el resto de requisitos a los que se condiciona el otorgamiento de indemnización y pasa a centrarse en la cuantificación de la indemnización, tema siempre complejo en este tipo de asuntos. La entidad reclamante cifraba el perjuicio en más de trecientos ochenta millones de pesetas, como consecuencia de la caída de los ingresos por el efecto de las obras, mientras que la segunda consiste en la pérdida de clientela ocasionada por éstas hasta su total recuperación, estimando la correspondiente disminución de ingresos y su impacto en los resultados, con base en el estudio de una consultora. Por el contrario, el Tribunal Supremo no considera daño real y efectivo el daño consistente en el impacto sobre la cuenta de resultados posterior a la finalización de las obras hasta su total recuperación, pues serían perjuicios meramente eventuales o hipotéticos. Respecto a la mengua de ingresos durante el período de ejecución de las obras, rechaza las proyecciones basadas en previsiones de ingresos y acude a la evolución de los beneficios declarados a efectos del impuesto sobre sociedades durante los ejercicios de los cuatro años previos.

Finalmente, aclara que en este caso la responsabilidad es de la Administración y no del contratista, dado que responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma. En

la noción de “órdenes” se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos de su puesta en práctica. Esta última situación es la que se dio en el caso analizado, habida cuenta de que los trabajos se desarrollaron con arreglo al proyecto aprobado por la Administración, manteniéndose por los ejecutores de la obra repetidas reuniones con los responsables del hotel a fin de minimizar los efectos inherentes a su realización. Estas circunstancias ponen de manifiesto que los daños no tuvieron su causa inmediata en la actuación del contratista sino, precisamente, en el proyecto, tal y como fue aprobado por la Comunidad de Madrid, y si algún protagonismo cabe imputar a la empresa adjudicataria es el opuesto, al intentar amortiguar sus consecuencias.

C) Gescartera: alcance de la responsabilidad de las Autoridades independientes de regulación

La STS de 27 de enero de 2009, Ar. 3294, resuelve la reclamación patrimonial dirigida contra la Administración del Estado, en concreto, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por los perjuicios derivados del escándalo GESCARTERA. Se le imputa un incorrecto funcionamiento en la supervisión e intervención de dicha entidad y la omisión de la adopción de medidas cautelares para la completa protección de los inversores. El Tribunal Supremo considera que la medida de intervención es tomada cuando se constató la excepcional gravedad de la situación y tras reiteradas actuaciones supervisoras e inspectoras, por lo que descarta la procedencia de indemnización. La sentencia aborda así un caso excepcional como es el de una reclamación dirigida contra una Autoridad independiente de regulación.

Esta extensa sentencia comienza exponiendo los fundamentos de la sentencia de instancia.

La Audiencia Nacional hace un relato detallado de las actuaciones emprendidas por la CNMV respecto de GESCARTERA hasta su intervención. Posteriormente, razona que el pronunciamiento no puede pivotar sobre un análisis de la mayor o menor diligencia en la actuación de la CNMV, dado que nos encontramos en un régimen de responsabilidad objetiva (siendo ésta la entrega número 46 de estas crónicas, ahorramos al lector puntualizaciones al respecto). Por tanto, la cuestión radica en dos elementos: A) ámbito del servicio público encomendado a la CNMV, y B) nexo causal entre la acción u omisión de ésta y el resultado dañoso. Aborda así la sentencia, en primer lugar, cuáles son la naturaleza y funciones de la CNMV, órgano de regulación del mercado de valores al que se encomienda la supervisión e inspección de éste, y cuáles sus potestades, de información e inspección, sancionadoras y de intervención. En cuanto al nexo causal, argumenta que en un régimen de libertad de empresa, la función de regulación, vigilancia y control no implica la determinación de cómo ha de realizarse la actividad privada. Concluye que a la vista de lo expuesto, debe concluirse considerando que no se aprecia una inacción en la CNMV o una falta de diligencia y eficacia en ella que hubiera sido la causa directa y eficaz de los perjuicios causados a los recurrentes.

El Tribunal Supremo asume esta misma aproximación, a partir del siguiente postulado:

“La responsabilidad del órgano de control ha de ponerse en relación con un ejercicio ponderado y razonable de dichas facultades, para lo que ha de tenerse en cuenta, además de la actitud e intervención de los distintos operadores, la naturaleza de las mismas y su incidencia en el funcionamiento del mercado, así como los intereses de los inversores, que

IX. Responsabilidad Administrativa

trata de proteger, y que pueden exigir y justificar una valoración del riesgo que el ejercicio de dichas facultades pueda representar para el mercado y los perjuicios desproporcionados que pueda representar para los intereses de los distintos afectados y todo ello en congruencia con el criterio general en relación con supuestos en los que se invoca la inactividad de la Administración, en el sentido que no resulta exigible una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, como se desprende de la Sentencia de 20 de junio de 2003, lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio. En otros términos, la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, lo que supone una valoración propia de un órgano técnico como la CNMV, con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma”.

Constata que la actuación de la CNMV sobre Gescartera se mantuvo de manera constante desde 1995 y que la adopción de la medida de intervención por la CNMV en 2001 y no otra anterior es el resultado de la ponderación de las sucesivas actuaciones sobre la entidad, en un ejercicio razonable de sus facultades, lo que no puede entenderse desvirtuado por una apreciación de la situación financiera de la entidad que no era cierta, pues ello fue consecuencia de la actuación falsaria de sus directivos y una entidad de crédito, que presentaron certificaciones atribuidas a la correspondiente entidad bancaria que no respondían a la realidad, lo que no se apreció en ese momento sino transcurrido el tiempo en virtud de la correspondiente persecución penal que dio lugar a condena en Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2008. En definitiva, el órgano de control apreció una situación financiera de la entidad inspeccionada que no era cierta, tras múltiples actuaciones encaminadas a la averiguación y corrección de la situación financiera de la entidad intervenida, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, y adoptando la medida de intervención cuando se comprobó la actuación falsaria de la entidad, permitiendo apreciar la gravedad de la situación y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando. Como puede comprobarse, como no puede ser de otro modo por la propia naturaleza de las cosas, una vez más se desarrolla una argumentación en clave de diligencia.

A la vista de todo ello, desestima el recurso.

D) Responsabilidad por actos médicos. Integración de los hechos en casación

La STS de 31 de marzo de 2009, Ar. 2534, enjuicia un caso de mala praxis médica, con resultado del alumbramiento sin vida, con el cordón umbilical enrollado a su cuello, del hijo que esperaba la recurrente. Ésta había ingresado en el hospital por rotura de membranas. En el control inicial que se le hizo, se detectó trombopenia —es decir, un nivel bajo de plaquetas en la sangre— y una leve taquicardia fetal. Quedó ingresada, si bien no consta que fuese monitorizada. Cuando llevaba en torno a día y medio hospitalizada, un control periódico

puso de manifiesto falta de signos vitales en el feto. Entonces se le provocó el parto, naciendo muerto el niño. La recurrente formuló querrela contra la ginecóloga del ambulatorio donde se le había seguido su embarazo, por no haberse percatado de la trombopenia que sufría. Las actuaciones penales fueron archivadas, al no hallarse indicios de conducta criminal. Presentó entonces reclamación de responsabilidad patrimonial por valor de 40.000.000 de pesetas sosteniendo que el tratamiento recibido había sido incorrecto y había provocado la muerte del feto, que estaba en un estado muy avanzado de gestación.

La sentencia de instancia desestimó la pretensión de indemnización, por entender que la causa inmediata de la muerte del feto —esto es la vuelta del cordón umbilical— fue independiente de la trombopenia padecida por la recurrente, que es relativamente frecuente en las mujeres embarazadas, y de la rotura de membranas con la consiguiente infección amniótica. Para llegar a esta conclusión, se basó no sólo en la información obrante en el expediente administrativo, sino también en el dictamen emitido por el perito judicial nombrado a petición de ambas partes.

El Tribunal Supremo parte de la constatación del dictamen pericial en que principalmente se sustenta la valoración de los hechos del tribunal *a quo*. Teniendo en cuenta que la recurrente llevaba ya día y medio hospitalizada —es decir, al cuidado del servicio sanitario— cuando se detectó falta de signos vitales en el feto y se provocó el parto y que no consta que, aun siendo un embarazo de riesgo, se procediese a la monitorización, concluye el propio Tribunal Supremo que no es evidente que el tratamiento recibido nada tuviera que ver con la muerte del feto y que la motivación de la sentencia impugnada, en suma, no es convincente.

Así las cosas, haciendo uso de la facultad prevista por el artículo 88.3 LJCA, procede a integrar los hechos admitidos como probados por el tribunal *a quo* con “aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones”. Y considera que a este respecto, es preciso llamar la atención sobre dos datos muy significativos, recogidos en el expediente administrativo: la consciencia de los médicos que consideraban muy probable que fuese necesario practicar una cesárea, lo que significa también que, si no se le practicó la cesárea a la recurrente, evitando así la muerte del feto, no hay que excluir que fuera a causa de ausencia de medios adecuados de hematología. Y, por otro lado, que, como reconocía la propia Administración demandada en su propuesta de resolución, la trombopenia es relativamente frecuente en los embarazos, sin que implique riesgo para la madre ni para el feto. De todo ello deduce que el verdadero problema de la recurrente en el momento del ingreso hospitalario no era la trombopenia, sino la rotura de membranas con la consiguiente infección amniótica, y la constatación de que la rotura de membranas es una causa importante de enrollamiento del cordón umbilical alrededor del feto. En estas circunstancias, no puede sostenerse que el tratamiento recibido por la recurrente fuese correcto, pues la realización de una cesárea —contemplada como necesaria por los médicos reunidos en sesión clínica— habría muy probablemente evitado la muerte del feto. El resultado lesivo, en términos del artículo 141.1 LRJ-PAC, se pudo “prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia”. Concluye, así, que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 139 LRJ-PAC al no acoger la pretensión de indemnización formulada por la recurrente, por lo que debe ser estimado el segundo motivo del presente recurso de casación. Concede, pues, indemnización, en la cuantía de 180.000 euros.

Contrasta este juicio con otros en los que el propio Tribunal Supremo recalca la necesidad de atenerse en vía casacional a los hechos declarados probados por la instancia, y manifiesta un estudio detallado del expediente judicial.

IX. Responsabilidad Administrativa

E) Concurrencia de causas entre la omisión administrativa y la actuación de la víctima en un accidente de circulación

La STS de 28 de abril de 2009, Ar. 4093, tiene como presupuesto un accidente en carretera de una persona que va conduciendo su motocicleta, y, al encarar una rotonda, el vehículo le hace un extraño y cae por un barranco. Acreditada la correcta señalización y trazado de la vía. El reclamante sostiene, entre otros argumentos, que la sentencia recurrida nada dice acerca de uno de los argumentos centrales de la demanda, consistente en lo reflejado en un informe de la Policía Local unos días antes del accidente, que hacía constar que la rotonda se hallaba desprovista de toda iluminación, y era de difícil visualización, así como la gravedad de las consecuencias que podía tener una salida de la vía, al estar ésta atravesada por una canal que encauza un barranco, la de una anchura y altura considerable como para agravar el accidente, y no encontrarse protegida por ninguna valla. Estima, pues, la existencia de incongruencia omisiva y resuelve sobre el fondo del asunto. Considera que la apreciación del tribunal « que de que hubo una cierta negligencia en el comportamiento del recurrente debe ser mantenida: es indubitable que la rotonda estaba señalizada y, sobre todo, que el recurrente conocía su existencia. Ahora bien, el informe de la Policía Local es inequívoco —y en tiempo no sospechoso— sobre los peligros de la rotonda y, muy en especial, sobre el hecho de que el cruce con el barranco no estaba vallado. De lo que infiere una conclusión por hipótesis, que le lleva a apreciar concurrencia de causas:

“Esto es seguramente lo ocurrido en el presente caso: según la común experiencia, una simple colisión en motocicleta con una rotonda, sin ningún otro vehículo implicado, y a la velocidad a que circulaba el recurrente debidamente provisto de casco no habría conducido normalmente a consecuencias tan trágicas como las que por desgracia se produjeron. La ausencia de vallado sobre el barranco, en otras palabras, ocasionó un agravamiento del daño, que sólo es imputable al Ayuntamiento de Puzol. No se puede achacar a la mera negligencia del recurrente un daño cuya gravedad habría debido ser mucho menor si la entidad local demandada hubiera protegido debidamente el cruce de la carretera con el barranco.

La conclusión de todo lo anterior es que hay una concurrencia de culpas del recurrente y del Ayuntamiento de Puzol. Ello obliga a estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo declarando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien para la determinación de la indemnización correspondiente deberá tenerse en cuenta la mencionada concurrencia de culpas. Así, si en supuestos en que el particular queda parapléjico como consecuencia de la actuación lesiva de la Administración suele esta Sala otorgar una indemnización en torno a los 600.000 euros, en un caso como éste de concurrencia de culpas es preciso reducir dicha cifra a la mitad. La indemnización debida al recurrente queda, por ello, fijada en la suma de 300.000 euros, que debe entenderse ya actualizada a la fecha de la presente sentencia”.

F) Falta de causalidad en los supuestos de conducta omisiva en materia de seguridad pública cuando no se dio aviso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Inexistencia de un deber general de garantía absoluta frente a la comisión de delitos

En la STS de 31 de marzo de 2009, Ar. 2540, se solicita indemnización por falta de actuación policial ante un robo en una joyería. Hay que destacar que la actuación de la policía no fue

requerida, por lo que la reclamación se basa en el deber general de garantizar la seguridad. El Tribunal Supremo descarta la procedencia de indemnización.

Resulta de interés el pronunciamiento sobre la apreciación de la relación de causalidad en los casos de comportamiento omisivo en materia de seguridad pública:

“Llegados a este punto, es conveniente hacer una aclaración: la relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. Problema distinto es si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia de las condiciones o como condición adecuada; pero ello es irrelevante en esta sede, pues en todo caso el problema es de atribución lógica del resultado lesivo a la acción de la Administración. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración. El caso aquí examinado es un excelente ejemplo de lo que se acaba de decir: es claro que, desde un punto de vista puramente lógico, si la Policía Nacional hubiese acudido a la joyería durante las largas horas en que los ladrones estuvieron allí, es casi seguro que habría impedido que huyeran con el botín y, así, habría enervado la consumación del resultado lesivo; pero el buen sentido indica que a ningún cuerpo de seguridad se le puede reprochar no haber intervenido en un hecho del que no tenía noticia. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar.

Ciertamente, como observa la recurrente, la Policía Nacional tiene un deber jurídico de hacer lo posible por evitar la comisión de delitos. Pero ese deber jurídico sólo se concreta y se hace efectivo cuando la Policía Nacional tiene noticia de que se está produciendo un hecho delictivo, lo que no ocurrió en el presente caso. Por esta razón, la sentencia impugnada está en lo cierto al afirmar que falta la relación de causalidad exigida por el artículo 139 LRJ-PAC.

Tampoco puede ser acogido el segundo motivo de este recurso de casación, pues no ha habido vulneración alguna de las normas reguladoras de la carga de la prueba. El apartado segundo del artículo 217 LEC dispone: ‘Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenden, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención’. Pues bien, a la vista de la sentencia impugnada y de los autos remitidos a esta Sala, la recurrente no ha probado que la Policía Nacional tuviera noticia del robo antes de que éste le fuera denunciado al día siguiente de producirse y, por ello, no ha probado que la Policía Nacional tuviese un concreto deber jurídico de intervenir para impedirlo. De aquí que no sea correcta la afirmación de la recurrente de que ‘la Administración demandada no ha realizado la más mínima prueba en contrario, es decir, no ha practicado prueba alguna, conforme al artículo 217.3 de que no tuviera conocimiento del robo cuando se produjo’: no habiendo probado la recurrente el

IX. Responsabilidad Administrativa

hecho en que fundaba su pretensión, no necesitaba la Administración probar otros hechos extintivos o enervantes de signo contrario”.

G) Antijuridicidad del daño: obligación de soportar los daños derivados de la retirada de productos ante la detección de riesgos para la salud humana, pese a que la medida sea objeto de anulación judicial posterior, si la decisión se mantuvo en el margen de lo razonable, salvo en caso de inexistencia de base legal para su adopción

Las sentencias que a continuación reseñamos abordan una cuestión que nos parece muy interesante, directamente conectada con el llamado principio de precaución y, en general, con el principio de ponderación: la de si la Administración debe indemnizar los daños que se siguen de la adopción de medidas provisionales de prohibición de comercialización y retirada de productos cuando detecta un riesgo para la salud —muchas veces a escala transnacional—, en los casos en que posteriormente los tribunales descartan la concurrencia de dicho riesgo.

La jurisprudencia muestra cómo en estos casos el Tribunal Supremo tiende a considerar que no concurre el elemento de la antijuridicidad siempre que la decisión administrativa se moviera en los límites de lo razonable, incluso si las medidas han sido declaradas posteriormente ilegales. Lo que, por lo demás, en no pocas ocasiones nos lleva a plantearnos si en ese caso no sería más coherente respetar el margen de apreciación administrativo también en el control de legalidad.

En esta línea se mueven las SSTS de 4 de marzo de 2009, Ar. 2125 y 2126, referidas a la retirada de determinadas partidas de aceite de orujo. Un caso distinto es cuando la Administración adopta este tipo de decisiones sin base legal alguna, en cuyo caso sí hay derecho a indemnización, como demuestra la STS de 18 de febrero de 2009, Ar. 2750, en materia de material médico (suturas de catgut constituidas por intestinos de ovino y bovino).

H) Antijuridicidad del daño: margen de tolerancia en el ejercicio de potestades regladas

En la STS de 16 de marzo de 2009, Ar. 2262, el supuesto es el de un guardia civil que ha sido objeto de sanciones disciplinarias y de la incoación de un proceso penal por delito de desobediencia. En concreto, habiéndosele dado el alta por enfermedad mental ese mismo día, se había negado a prestar el servicio de vigilancia del acuartelamiento, a resultas de lo cual se acordó arresto preventivo y medida cautelar de suspensión de funciones durante seis meses, así como el cese de su destino, pasando a la situación de disponible. Se vio, por tanto, obligado a participar en un concurso de traslado, siendo destinado a otra Comunidad Autónoma. Una vez absuelto, fue restituido a su anterior destino, recibiendo las retribuciones que había dejado de percibir. La sentencia absolutoria de la jurisdicción militar consideró que el mandato que recibió era tan difuso que no reunía los requisitos propios de una orden, en el sentido que a dicho acto atribuye el artículo 19 del Código Penal Militar. El cauce disciplinario terminó con el archivo sin sanción.

Al margen del supuesto concreto, interesa reseñar cómo el Tribunal Supremo desarrolla su conocida (al menos para el lector de estas crónicas) “teoría del margen de tolerancia”, según la cual cuando la Administración ejerció potestades discrecionales o respecto a las que existía un considerable margen de actuación, y generó un daño, y posteriormente los tribunales

declaran la ilegalidad del acto, no queda comprometida su responsabilidad si actuó dentro de márgenes de razonabilidad. Añade esta vez lo siguiente:

“Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos Sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente).

Bien se comprende que, siendo así, el tribunal de esta jurisdicción que revisa una decisión denegatoria del reconocimiento a un ciudadano del derecho a ser indemnizado por los daños que le ha causado una actuación administrativa después anulada, debe afrontar su análisis para comprobar si se ha producido dentro de los parámetros exigibles a una organización pública llamada a satisfacer los intereses generales con objetividad, pero también con eficacia (artículo 103, apartado 1, de la Constitución), obteniendo las oportunas consecuencias. Y resulta evidente que, en un caso como el contemplado, en el que se ejercitan potestades disciplinarias, ese análisis no puede omitir el juicio sobre el comportamiento del administrado lesionado, pues forma una unidad no susceptible de escisión con la actuación administrativa que ha provocado”.

3. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por responsabilidad extracontractual

La STS de 2 de marzo de 2009, Ar. 2104, aborda un difícil tema que ya nos ha ocupado en diversas entregas de estas crónicas y que casi siempre nos deja un regusto de excesiva discrecionalidad en la apreciación y, por ende, de notable disparidad en las soluciones: el de la compatibilidad entre las pensiones extraordinarias y las indemnizaciones en concepto de responsabilidad extracontractual.

El supuesto es en este caso el de un militar que sufre un accidente en acto de servicio que lleva a su retiro por inutilidad física. No se discute en casación la declaración de responsabilidad administrativa, ni tan siquiera la compatibilidad entre pensión extraordinaria e indemnización, sino la cuantía del daño indemnizable. Se trata de discernir la corrección del rechazo por el tribunal de instancia de los tres conceptos indemnizatorios reclamados (los perjuicios

IX. Responsabilidad Administrativa

materiales y morales derivados del síndrome orgánico de personalidad, el lucro cesante por la imposibilidad de participar en el concurso para la adjudicación de viviendas militares y el daño moral consecuencia de ver truncada su carrera hacia el grado de suboficial mayor). La Sala de instancia, en efecto, consideró que las secuelas que representa aquel síndrome se encontraban bien compensadas con la pensión extraordinaria y los otros dos conceptos indemnizatorios aludían a simples expectativas que no representaban un daño objetivamente evaluable. El Tribunal Supremo da por buena esta exclusión.

B) Prueba del daño derivado de un retraso en la comunicación del diagnóstico y en el tratamiento del SIDA: exigencia de acreditación de cuál hubiera sido la evolución de la enfermedad en caso de funcionamiento normal de los servicios sanitarios

La STS de 10 de febrero de 2009, Ar. 2470, tiene el siguiente presupuesto. Los servicios médicos de un hospital público detectan en las pruebas prenatales que una embarazada está infectada del virus del SIDA, pero tardan tres años en comunicárselo. Su hijo nace también portador. Alega que pudo evitarse el contagio a su niño por el cauce de la adopción de una serie de medidas de precaución que no se tomaron en el supuesto del embarazo y lactancia materna. Alega además que el contagio a ella misma debió tener causa en las transfusiones sanguíneas de las que fue beneficiaria dentro del tratamiento de la trombopenia severa secundaria a la Hepatitis C diagnosticada años antes o con ocasión de sendos abortos que le fueron practicados.

El tribunal de instancia, pese a detectar un anormal funcionamiento de la Administración sanitaria, al omitir la información a la afectada y en todo caso todo tratamiento, consideró que no se había probado cuáles fueron los daños que se derivaron del diagnóstico tardío. Sí reconoció, en cambio, indemnización a favor del hijo, razonando que existían en el año 1994 cauces médicos suficientes para reducir el riesgo de contagio del virus del V.I.H. a esta persona. El Tribunal Supremo distingue entre la cuantificación del perjuicio, que puede dejarse para la fase de ejecución de la sentencia, y la acreditación misma de su realidad, que es lo que habría puesto de manifiesto el tribunal de instancia, cuya apreciación no debe ser sustituida en sede casacional, conclusión ésta que no compartimos en el caso de una enfermedad como ésta, en que los propios dictámenes médicos advertían de la importancia de un dictamen precoz, y que nos parece manifestación del principio *summum ius summa iniuria*.

No da por buena, sin embargo, la cantidad indemnizatoria fijada por la instancia, anormalmente baja para este género de reclamaciones, 20.000 euros, que considera irrazonable y desproporcionada, fijándola en la cantidad de 120.000 euros, “sin perjuicio de lo que pueda reclamarse, en su caso, ante el agravamiento y desencadenamiento de la enfermedad” (en el momento de dictarse sentencia se encontraba asintomático).

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Legitimación pasiva en el caso de daños ocasionados con ocasión de la ejecución de un contrato de obras

La STS de 30 de marzo de 2009, Ar. 2528, analiza la reclamación indemnizatoria por daños en una finca con ocasión de las obras para la ejecución de un tramo de línea de ferrocarril

de alta velocidad, realizadas mediante un contrato administrativo de obras por una empresa privada.

Entiende la Administración que, conforme al artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 97 del texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), debe responder la compañía adjudicataria, que ejecutó las obras, pues aquellos daños no fueron consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración ni de los vicios del proyecto, sino de la forma en que la contratista las llevó a cabo. Se suscita así el tema clásico de la distribución de responsabilidades entre Administración contratante y empresa contratista. La dificultad interpretativa viene dada por el dato de que la Ley de Contratos de 1995 convirtió en facultativa la reclamación previa en que la Administración debe decidir si la responsabilidad, de haberla, le corresponde al contratista o a ella misma.

El Tribunal Supremo hace una interpretación de esta nueva regulación basada en el espíritu de la norma y en el principio de buena administración, que la equipara *de facto* con la regulación anterior. Por su carácter didáctico, reproducimos a continuación la exposición contenida en la sentencia, que es de plena actualidad en la medida en que esta regulación ha pasado al actual artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público:

“Como se ve, el debate que se suscita en el actual recurso de casación es muy preciso, para cuya resolución se ha de tener en cuenta la exégesis de la jurisprudencia sobre tal precepto legal, que reproduce casi literalmente el texto de su predecesor, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (BOE de 27 a 29 de diciembre).

Interpretando aquellos preceptos, así como el artículo 121, apartado 2, de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE de 17 de diciembre), la jurisprudencia [Sentencias de 20 de junio de 2006 (casación 1344/02, FJ 4º); 22 de mayo de 2007 (casación 6510/03, FJ 3º); y 23 de marzo de 2009 (casación 10236/04, FJ 5º)] ha proclamado la regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato de obras, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto. En la noción de ‘órdenes’ se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica [véanse las Sentencias de 9 de mayo de 1995 (casación 527/93, FJ 5º); 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 5º); y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96, FJ 4º)].

Los indicados preceptos imponen a la Administración una estricta disciplina de procedimiento. Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 (y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra

IX. Responsabilidad Administrativa

él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394, 1765) (BOE de 4 de mayo), porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 [véase la Sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3º].

Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992. En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Desde luego, está fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley).

Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada.

Así lo hemos estimado en otras ocasiones para casos semejantes. En la Sentencia de 11 de julio de 1995 (casación 303/1993, FJ 4º) esta Sala ha sostenido que, haciéndose referencia por los reclamantes a las compañías constructoras, a las que la Administración no dio traslado de la reclamación, debe juzgarse que, si no lo hizo, fue porque asumía la total responsabilidad de lo decidido. Ya con anterioridad, el Tribunal Supremo se había expresado con parecidos términos en la Sentencia de 9 de mayo de dicho año (recurso contencioso-administrativo 527/1993, FJ 5º). La Sentencia de 7 de abril de 2001 (apelación 3509/1992, FJ 5º) dijo que, en tales situaciones, la Administración debe responder, sin perjuicio de repetir posteriormente sobre el responsable. A esta misma línea pertenecen

las Sentencias de 12 de febrero de 2000 (recurso de apelación 3342/1992, FJ 1º) y 8 de julio de 2000 (casación 2731/1996, FJ 3º).

Como quiera que la sentencia impugnada responde al espíritu y a la letra de esta doctrina jurisprudencial, debe confirmarse con total rechazo del recurso de casación del abogado del Estado”.

B) Valor de los informes médicos

La STS de 25 de febrero de 2009, Ar. 2093, tiene interés por sus afirmaciones sobre el valor probatorio que ha de conferirse a un informe médico elaborado por el hospital público a cuya actuación se imputa la producción de un daño. Afirma que no tiene el carácter de “documento público” a los efectos del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni siquiera de “documento público administrativo”, ya que un centro o establecimiento sanitario público no es un órgano de la Administración pública en sentido jurídico. En consecuencia, un informe médico no tiene un plus de eficacia probatoria respecto de cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

C) Inexistencia de plazo para recurrir en los casos de desestimación presunta de la reclamación administrativa

La STS de 31 de marzo de 2009, Ar. 2537, juzga un curioso supuesto. Una bailaora flamenca resbala en el *finger* de un aeropuerto, al ir a embarcar en un avión, produciéndose diferentes fracturas. Alega que se debió a que el piso estaba resbaladizo.

La sentencia aborda en primer lugar el plazo para reclamar en los casos de desestimación presunta de la reclamación, ya que el tribunal de instancia había considerado prescrita la acción. Aplica la jurisprudencia constitucional sintetizada en la STC 39/2006, de 13 de febrero, en virtud de la cual siempre está abierto el plazo para recurrir frente al silencio administrativo. Conforme señala el Tribunal Supremo:

“Tal doctrina, reiterada entre otras por las Sentencias 239/2007 de 10 de diciembre y 106/2008, de 15 de septiembre, lleva a considerar que la interpretación de las normas efectuada por la Sala de instancia, no se acomoda a las exigencias del derecho a la tutela judicial, impidiendo el acceso de la parte al proceso y con ello una resolución de fondo sobre la reclamación planteada, beneficiándose con ello la Administración causante de la inactividad y apreciando la caducidad de la acción en perjuicio del administrado, que no puede ver cerrada tal vía mientras subsiste el incumplimiento por la Administración del deber de dictar la correspondiente resolución expresa, frente a la cual podría reaccionar el interesado abriendo la vía de impugnación jurisdiccional”.

Estima, pues, este motivo de casación y entra a conocer sobre el fondo de la pretensión y considera acreditada la relación de causalidad, a la vista del informe del Jefe de Ingeniería y Mantenimiento, del que podía colegirse —según el Tribunal Supremo— la veracidad de los hechos alegados por la recurrente. El debate pasa así a centrarse en la determinación del montante de la indemnización. En algunos casos, es indiscutido —el nuevo billete de avión para volver al lugar de residencia, los gastos de la intervención médica a la que hubo de someterse— en otros

IX. Responsabilidad Administrativa

tienen un alto valor especulativo que impide su indemnización, fijando para los conceptos de lesiones, intervención y período del proceso curativo, así como las secuelas resultantes, una cantidad a tanto alzado de 100.000 euros.

5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

A) Error judicial por aplicación de un precepto derogado o no aplicable al caso: comparación de soluciones

Son mayoritarios los pronunciamientos que descartan la existencia de error judicial, a partir del conocido principio de que este concepto no es equivalente a una discrepancia razonable con la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por un tribunal. En el período de esta crónica, hay diversos ejemplos de sentencias desestimatorias en este sentido. Traemos a estas páginas uno de esos escasos pronunciamientos en los que, por el contrario, el Tribunal Supremo sí aprecia la concurrencia de error judicial. Se trata de la **STS de 26 de febrero de 2009**, Ar. 2099.

El caso es el de la impertinente aplicación de un precepto derogado. En concreto, el artículo 64 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, en materia de prescripción de deudas tributarias, que se aplica en su redacción original, y no en la modificada por la disposición final primera de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías (para mayor escarnio, en palabras del propio Tribunal Supremo, “concurriendo las circunstancias cualificadoras de que cuando se dicta la sentencia estaban a punto de cumplirse diez años de la vigencia de aquella Ley y de que en el propio Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia se cita la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que hacía referencia a un plazo de prescripción de cuatro años”). Concluye, de este modo, que:

“Estamos, pues, ante un supuesto de error judicial que puede calificarse de ‘flagrante, clamoroso y evidente’”.

Un caso parecido pero no idéntico es el enjuiciado en la **STS de 27 de febrero de 2009**, Ar. 2476. En un caso de reclamación por la Administración del reintegro de una ayuda a la exportación, el recurrente alega que se le aplicó una norma sobre prescripción [el artículo 40.1.c) de la Ley General Presupuestaria de 1988] en lugar del artículo 3 del Reglamento CE número 2988/1995, que era el verdaderamente aplicable al caso. Solicita en concepto indemnizatorio el montante de la ayuda que tuvo que devolver, ya que de haberse aplicado la normativa europea de referencia, habría transcurrido el plazo de prescripción para reclamar el referido reintegro. Considera el Tribunal Supremo que:

“En conclusión, no estamos ante una resolución viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya llegado a conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas. Lo que ha habido es un problema de diferente interpretación de la norma aplicable al caso, que, aun admitiendo en la peor de las hipótesis que fuese equivocada, no es susceptible de calificarse como error judicial, pues no es el desacierto –caso de que lo hubiera habido– lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductorios de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador”.

El argumento hasta aquí nos parece poco convincente, porque determinar la norma aplicable al caso parece que sí debe entrar, en línea de principios, en el mínimo exigible a los tribunales. Ahora bien, el propio Tribunal Supremo parece consciente de la debilidad del argumento, cuando añade un razonamiento aparentemente *ad abundantia*, conforme al cual el Reglamento deja a los Estados la posibilidad de establecer plazos de prescripción más largos, lo que además confirma con cita de relevante jurisprudencia comunitaria.

B) Error judicial y apreciación del nexo de causalidad en las reclamaciones de responsabilidad administrativa

Bien podría decirse que la STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 2119, merece incluirse en esta crónica por partida doble. En efecto, por una parte, es un caso de reclamación de responsabilidad por error judicial, como otros que comentamos en este apartado dedicado a la responsabilidad del poder judicial. Pero, por otro, el error al que se atribuye la generación del daño consiste precisamente en una supuesta incorrección en la apreciación del nexo causal en una previa demanda judicial por responsabilidad administrativa.

El caso es el de un escolar de nueve años que tiene un accidente en los baños de un colegio público, al pillarse los dedos con la puerta de acceso mientras jugaba con unos compañeros. La sentencia de instancia había moderado la indemnización en un 50 por 100 por la intervención de la propia víctima en la producción del daño. El supuesto error se imputa a la sentencia por reducir precisamente a la mitad la indemnización, al entender que el menor contribuyó con su conducta a la producción de las lesiones, cuando toda la culpa era imputable a la Administración por no evitar el juego en los baños y por no reunir la puertas las condiciones de seguridad necesarias para evitar el accidente. En la demanda se alega la arbitrariedad de la fundamentación por declarar la concurrencia de culpas al ser los menores de edad irresponsables en el ámbito jurídico.

La sentencia dictada señalaba que:

“(…) si bien tuvo el suceso como causa eficiente una conducta negligente por parte de la Administración demandada, en cuanto no completó las medidas eficaces y adecuadas para asegurar el buen funcionamiento de la puerta de acceso al baño en la que quedó atrapada la mano del menor, siendo revelador de esta falta de diligencia administrativa el hecho de que el Secretario del Colegio en que tuvo lugar el accidente, haya informado documentalmente en período probatorio que los mecanismos de seguridad de las puertas del colegio se reforzaron el 1 de abril de 2003, pocos días después de ocurrido el suceso, dato demostrativo de que la puerta del baño controvertida no reunía en origen todas las garantías en orden a la instalación de sus mecanismos y funcionamiento, todo ello, sin embargo, no permite obviar que vino también a contribuir al evento, con igual intensidad, la conducta de la víctima, que introducida en la práctica de juegos propios de su edad y en compañía de otros menores, desarrollando los mismos en lugar inidóneo, no podía obrar, acorde con los dictadas de la lógica, sino con una deambulación alegre y desenfadada y por ende, con ajenidad a la atención debida en orden al estado en que pudiera encontrarse la puerta del baño del mencionado colegio, ausencia de diligencia ésta que aunque no enerva el funcionamiento anormal del servicio público en que incidió la Administración demandada, sí atenúa o disminuye la responsabilidad de esta última, aminorando la poten-

IX. Responsabilidad Administrativa

cialidad dañosa del actuar administrativo, en cuanto quedó sensiblemente interferido, pero no roto, el nexo causal entre el hecho y el daño como consecuencia del reparto de culpas entre la Administración y la víctima, reduciéndose en un 50 por 100 la responsabilidad de aquélla a efectos del pago de la indemnización solicitada en la demanda”.

El Tribunal Supremo, si bien admite que no debe hablarse aquí de concurrencia de culpas, sino de causas, considera que:

“Siendo así las cosas, y aunque quizá sea discutible la procedencia de moderar la indemnización, como acuerda la Sala de instancia, a la vista de las circunstancias que concurrían en el caso, hay que reconocer que esta discrepancia no puede justificar la declaración de error judicial que se pretende, al no configurarse como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, no existiendo el error manifiesto y evidente necesario, verificable de forma incontrovertible, por conducir a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia, por lo que la demanda debe ser desestimada”.

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. Falta de justificación objetiva del cambio de adscripción orgánica de determinados puestos de trabajo. Vulneración de la libertad sindical. **2. Acceso.** A) No es admisible que el órgano de selección emplee un sistema de calificación que, además de no estar previsto en las bases de la convocatoria, altera la naturaleza y equilibrio entre las distintas pruebas. B) La discrecionalidad técnica de los órganos selectivos no ampara la falta de motivación de la puntuación otorgada en una prueba selectiva, e impide que los órganos judiciales puedan apreciar si la actuación administrativa se ajustó a Derecho. C) La discrecionalidad técnica de los Tribunales Calificadores no impide la revisión judicial de la corrección jurídica de las respuestas dadas a las preguntas de las pruebas selectivas. **3. Carrera administrativa.** A) Provisión de puestos de trabajo. Provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Doble exigencia de motivación de los méritos prioritarios y de la concurrencia de éstos en la persona nombrada. B) Cómputo del tiempo de desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios a efectos de la consolidación del grado personal. **4. Derechos fundamentales.** A) Derecho a la intimidad. Resulta vulnerado por el cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos si no existe previa habilitación legal. **5. Derechos funcionales.** A) Derecho a la permanencia en el cargo. No resulta desconocido cuando el funcionario no ha superado positivamente el período de valoración de idoneidad reglamentariamente previsto. **6. Derechos laborales.** A) La Administración está obligada a adaptar el puesto de trabajo eliminando aquellas tareas incompatibles con las dolencias del funcionario. B) Licencia por enfermedad. Resulta improcedente su denegación cuando se agota el plazo máximo de incapacidad temporal sin que se haya iniciado un expediente de jubilación por incapacidad. C) Permiso de paternidad. El régimen contemplado en el artículo 49 del EBEP se aplica exclusivamente a los empleados públicos que ostenten la condición de funcionario.

7. Derechos retributivos. A) Complemento específico. No puede formar parte de dicho complemento el hecho de tener que trabajar en un festivo de forma esporádica o el hecho de tener que estar localizado ocasional o extraordinariamente. B) Complemento de destino. La circunstancia de tratarse del primer destino funcional no justifica la atribución de un complemento de destino diferente del aplicable al resto de puestos semejantes. **8. Derecho a la negociación colectiva.** A) Resulta vulnerado por la privación a un sindicato de la facultad de intervenir con plenitud en las negociaciones previas. B) La legitimación para negociar conjuntamente las condiciones de trabajo del personal laboral y funcional exige acreditar representatividad en los dos ámbitos electorales de forma cumulativa. C) Para la clasificación de los puestos de trabajo resulta preceptiva la negociación colectiva. **9. Deberes funcionales.** A) Jornada y horario de trabajo. La fijación de la jornada y el horario en especial dedicación es una manifestación de la potestad de autoorganización interna que corresponde a la Administración pública. **10. Extinción de la relación funcional.** A) La decisión sobre la rehabilitación de la condición de funcionario ha de responder a una adecuada aplicación de los criterios normativos.

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

A) Relación de puestos de trabajo. Falta de justificación objetiva del cambio de adscripción orgánica de determinados puestos de trabajo. Vulneración de la libertad sindical

La STS de 16 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 4920 2005), no aprecia justificación suficiente en la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de la Delegación Provincial de Pontevedra, efectuada por Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, que afectó, entre otros, al puesto de trabajo ocupado por la recurrente, delegada sindical, que dejó de depender de la Consejería de Asuntos Sociales y pasó a depender de la Consejería de Presidencia.

Según la STS de 16 de septiembre de 2009, la modificación de la RPT trató de justificarse por el número de registros de documentos existentes en el puesto de trabajo en cuestión, pero no indicó las razones por las que los puestos afectados pasaban a depender de una determinada Consejería y no de otra, ni tampoco explicó debidamente los motivos por los que el cambio debía afectar necesariamente al puesto de la delegada sindical y no a otros puestos de trabajo. Por ello, a falta de claras razones de interés general para el cambio realizado, no hay duda de que la actividad administrativa mencionada vulneró el derecho fundamental a la libertad sindical de la recurrente.

2. ACCESO

A) No es admisible que el órgano de selección emplee un sistema de calificación que, además de no estar previsto en las bases de la convocatoria, altera la naturaleza y equilibrio entre las distintas pruebas

De conformidad con las bases de la convocatoria de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Gestión de la Xunta de Galicia, el cuarto ejercicio, de carácter eliminatorio, consistiría en la resolución por escrito de un supuesto práctico, que se calificaría de 0 a 10 puntos, siendo necesario para superarlo obtener un mínimo de cinco puntos, y correspondiendo al Tribunal determinar el nivel de conocimientos exigidos para alcanzar la puntuación mínima.

El Tribunal Calificador decidió que por cada respuesta errónea, se anularía una respuesta de las acertadas.

Pues bien, para la STS de 19 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 4041/2005), es evidente que el Tribunal Calificador aplica un sistema de calificación que no era el pensado por las bases de la convocatoria, de modo que la previsión inicial de un supuesto práctico termina convirtiéndose prácticamente en un ejercicio test, y esto rompe el equilibrio entre todos los ejercicios previstos por las bases de la convocatoria y su puntuación conjunta.

B) La discrecionalidad técnica de los órganos selectivos no ampara la falta de motivación de la puntuación otorgada en una prueba selectiva, que impide que los órganos judiciales puedan apreciar si la actuación administrativa se ajustó a Derecho

En el caso enjuiciado por la STS de 16 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 1346/2008), el Tribunal Calificador otorgó al recurrente una calificación de 14,83 puntos que, al ser inferior al mínimo establecido de 15 puntos, determinó la exclusión del actor de la lista de aprobados.

La falta de motivación absoluta de la puntuación otorgada al recurrente impide el control judicial de la discrecionalidad técnica del órgano selectivo. Tal como sostiene la STS de 16 de septiembre de 2009, en ausencia de toda motivación, no es posible determinar si el órgano calificador ha seguido las reglas esenciales del proceso valorativo, si ha sumado correctamente la puntuación atribuida al actor, o incluso si ha otorgado una puntuación proporcionada a cada una de las respuestas del aspirante (dentro del límite previsto entre 0 y 30 puntos).

Las omisiones indicadas impiden igualmente la constatación judicial de si la actuación administrativa ha sido acorde con los principios de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

C) La discrecionalidad técnica de los Tribunales Calificadores no impide la revisión judicial de la corrección jurídica de las respuestas dadas a las preguntas de las pruebas selectivas

La STS de 14 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 4922/2005), es expresiva de la última jurisprudencia del TS que viene matizando la línea doctrinal relativa a la discrecionalidad técnica de los Tribunales de procesos selectivos.

Partiendo de admitir que todos los actos administrativos son revisables jurisdiccionalmente (artículo 106.1 CE), la nueva jurisprudencia, y la STS de 14 de septiembre de 2009 que aquí se comenta, entienden que esa tutela judicial efectiva no puede quedarse en una mera admisión formal de los recursos jurisdiccionales, para después, en base a una supuesta discrecionalidad técnica, negar la admisión de la prueba o el análisis de fondo de la pretensión formulada.

Por ello, la STS de 14 de septiembre de 2009 accede a revisar la validez jurídica de las respuestas dadas por el recurrente a las preguntas de la correspondiente prueba selectiva, revisando así la apreciación de la corrección efectuada por el Tribunal Calificador.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Doble exigencia de motivación de los méritos prioritarios y de la concurrencia de éstos en la persona nombrada. Personal al servicio del Tribunal de Cuentas

Para resolver sobre la cuestión planteada, la STS de 30 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 28/2006), traslada a los nombramientos funcionariales por libre designación la doctrina que el Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sentado sobre los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales en las Sentencias de 29 de mayo de 2006 (recurso 309/2004) y 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006), en las que expresamente se declaran superados los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales (se citan los contenidos en las SSTS de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999 que habían apuntado la innecesariedad e inexigibilidad de motivación en esa clase de nombramientos).

El núcleo de esa nueva jurisprudencia se apoya en la idea principal de que la libertad legalmente reconocida para estos nombramientos discrecionales no es absoluta sino que tiene unos límites. A partir de esa idea se declara también que las exigencias en que se traducen esos límites mínimos son de carácter sustantivo y formal. La exigencia sustantiva consiste en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento. Y la exigencia formal está referida, entre otras cosas, a la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento.

Las consecuencias que se derivan de lo anterior para los nombramientos realizados por el procedimiento de libre designación regulado en el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública (aplicable al personal al servicio del Tribunal de Cuentas en virtud de lo establecido en los artículos 88 y 93 de la Ley 7/1988, de 5 de abril) son las siguientes:

- a) En el procedimiento de libre designación rigen también los principios de mérito y capacidad, pero, a diferencia del concurso, en que están tasados o predeterminados los que ha decidir el nombramiento, la Administración tiene reconocida una amplia libertad para

X. Función Pública

decidir, a la vista de las singulares circunstancias existentes en el puesto de cuya provisión se trate, cuáles son los hechos y condiciones que, desde la perspectiva de los intereses generales, resultan más idóneos o convenientes para el mejor desempeño del puesto.

- b) La motivación de estos nombramientos, que es obligada en virtud de lo establecido en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, no podrá quedar limitada a lo que literalmente establece el artículo 56.2 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (que sólo la refiere al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y las especificaciones exigidos en la convocatoria y la competencia para proceder al nombramiento). Tal como dispone la STS de 30 de septiembre de 2009, lo establecido en este precepto reglamentario sobre la motivación debe ser completado con esas exigencias que, según esa nueva jurisprudencia que ha sido expuesta, resultan inexcusables para justificar el debido cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 9.3, 23 y 103.3 CE, y esto significa que la motivación deberá incluir también estos dos extremos: los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento; y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes.
- c) El Informe que ha de ser emitido por el titular del centro, organismo o unidad a que esté adscrito el puesto [artículos 20.1.c) de la Ley 30/1984 y 54.1 del Reglamento General de Provisión antes mencionado] es un elemento muy importante en el procedimiento de libre designación, pues está dirigido a ofrecer la información sobre las características del puesto que resulta necesaria para definir los criterios que deben decidir el nombramiento.

Sentado lo anterior, la STS de 30 de septiembre de 2009 concluye señalando que, a la luz de las circunstancias del caso, es constitutiva de desviación de poder la omisión de los elementos necesarios para considerar justificada la finalidad propia de la actividad administrativa del nombramiento por el sistema de libre designación.

B) Cómputo del tiempo de desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios a efectos de la consolidación del grado personal

La STSJ de Aragón de 11 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda (recurso 4/2006), recuerda la doctrina establecida en las SSTS de 28 de septiembre de 1996 (RJ 7684) y 20 de enero de 2003 (RJ 3778) y afirma la importancia de distinguir, a efectos de la consolidación del grado personal, “entre los supuestos en que se desempeña el puesto de trabajo con carácter definitivo y aquellos, distintos de los anteriores, en que se desempeña con carácter provisional, como sucede con la comisión de servicios, de manera que para esta segunda modalidad el tiempo transcurrido en tal comisión de servicios sirve para la consolidación del grado personal correspondiente al nivel del puesto desde el que se produce la comisión, salvo que el funcionario obtenga destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicio o en otro del mismo nivel, en cuyo caso sí será

tenido en cuenta para la consolidación del grado correspondiente a este último”, siempre que el período de tiempo a tener en cuenta sea ininterrumpido.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Derecho a la intimidad. Resulta vulnerado por el cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos si no existe previa habilitación legal

La STC 159/2009, de 29 de junio, ha otorgado el amparo solicitado por el funcionario recurrente, anulando la resolución del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián por la que se le excluía del proceso selectivo para dotar plazas de agentes de la Guardia Municipal por estar incurso en causa de exclusión médica. El recurrente había participado en dos procesos selectivos: el primero, para el ingreso en la Ertzaintza y, el segundo, para el ingreso en la policía municipal de Donostia-San Sebastián. Fue excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas. En cambio, en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación en la Academia de Policía Vasca. Poco después del nombramiento del funcionario, uno de los miembros del Tribunal médico del primer proceso selectivo recordó al demandante mientras éste realizaba los cursos de formación en la Academia de Policía Vasca e informó al Ayuntamiento mediante una llamada telefónica de que había sido excluido del proceso para la Ertzaintza por padecer diabetes mellitas.

El demandante de amparo alega la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal (artículo 18.1 CE). La lesión se habría producido como consecuencia de la divulgación de información relativa a su estado de salud entre el facultativo de la Academia Vasca y el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sin habilitación legal. Recuerda la Sala que el derecho a la intimidad, que comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas, queda afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a ella, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. En este caso, el Ayuntamiento fundamenta el expediente de exclusión del demandante en una información sobre su estado salud que ha obtenido al margen de todo procedimiento. A juicio del Tribunal, resulta evidente que la comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquél donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente, del que forma parte el derecho a preservar del conocimiento ajeno lo referente a la salud física y psíquica del afectado, toda vez que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona y se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno.

Concluye el Tribunal que el hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información telefónica que había sido obtenida con infracción del artículo 18.1 CE y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de

X. Función Pública

absolutamente desproporcionado y vulnerador del derecho a la intimidad del demandante, lo que conduce al otorgamiento del amparo solicitado.

5. DERECHOS FUNCIONALES

A) Derecho a la permanencia en el cargo. No resulta desconocido cuando el funcionario no ha superado positivamente el período de valoración de idoneidad reglamentariamente previsto

La SAN de 27 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, ha desestimado el recuso interpuesto por una funcionaria del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) contra la Resolución del Secretario de Estado por la que se acordó su cese en dicho centro. La recurrente alegó la vulneración de su derecho al cargo.

Para la resolución de este caso parte la Sala de la especial naturaleza del CNI, que también se proyecta sobre el régimen de su personal. El sometimiento a un régimen estatutario particular impide la aplicación, sin más, de los principios generales de la función pública civil o militar, lo que se justifica por los fines que persigue. De esta manera, en la regulación sobre personal cobran gran relevancia la confianza depositada en los seleccionados y la idoneidad para el desempeño de los cometidos asignados, que han de persistir durante toda la prestación laboral. Por ello mismo se recoge la “idoneidad” de los integrantes como un requisito esencial para establecer, y una vez establecida, mantener, la vinculación con el Centro, por más que la vinculación –y el cese– no responda al sistema de libre designación, sino, según se ha indicado, a un régimen específico, que es el que resulta de las normas estatutarias propias.

El artículo 15 del Estatuto, en la redacción dada por el RD 327/2004, de 27 de febrero, prevé un período de valoración de idoneidad, de duración variable, en todo caso inferior a dos años para los puestos de los grupos A y B y a un año para los puestos de los grupos C, D y E, que comprenderá los procesos de formación y los períodos de prueba adecuados para la valoración del correcto desempeño del correspondiente puesto de trabajo. Dado que en este caso la funcionaria había sido valorada de forma negativa, considera la Sala que no ha sido vulnerado el derecho al cargo, toda vez que la no superación de ese período de valoración constituye una causa de cese, expresamente prevista en la letra b) del artículo 18 del mismo Estatuto.

6. DERECHOS LABORALES

A) La Administración está obligada a adaptar el puesto de trabajo eliminando aquellas tareas incompatibles con las dolencias del funcionario

La STSJ de Aragón de 1 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por la Diputación de Zaragoza contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zaragoza, que había estimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente. Dicha sentencia había reconocido como situación jurídica individualizada el derecho de la actora a que la Administración demandada adaptara su puesto de trabajo eliminando aquellas tareas que consistan en coger pesos o realizar esfuerzos que impliquen traslado de pesos o movimientos bruscos,

limitando la realización de su trabajo a los turnos de mañana y tarde, eliminando el turno de noche.

La Administración, sin embargo, interpuso recurso de apelación por considerar que la funcionaria no podría hacer el turno de noche por cuanto las tareas de esfuerzo físico debería realizarlas con otra auxiliar y esto era imposible dado que en dicho turno sólo había una auxiliar. Añadía, además, que las funciones que implican esfuerzo físico no puede realizarlas ni sola, ni en compañía de otra, no siendo la ayuda mecánica suficiente, sin que sea la solución la ayuda de otro compañero, lo que supondría más que la adaptación del puesto de trabajo, un incremento de las funciones de otra funcionaria. La sentencia, no obstante, desestima el recurso por considerar que la sentencia de instancia se ha limitado a extraer las consecuencias que derivan de las limitaciones que por sus dolencias posee la recurrente, toda vez que está acreditado que no podía hacer esfuerzos físicos consistentes en coger pesos, hacer esfuerzos o realizar movimientos bruscos.

B) Licencia por enfermedad. Resulta improcedente su denegación cuando se agota el plazo máximo de incapacidad temporal sin que se haya iniciado un expediente de jubilación por incapacidad

La STSJ del País Vasco de 25 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, ha estimado el recurso de apelación interpuesto por la funcionaria recurrente contra la sentencia de instancia que había confirmado la resolución del Director de Recursos humanos por la que se le denegaba la prórroga de licencia por enfermedad y se ordenaba la incorporación de la funcionaria al puesto de trabajo habitual. La sentencia de instancia anulaba los actos impugnados únicamente en cuanto ordenaban la incorporación de la actora al puesto de trabajo, confirmando la denegación de la prórroga por enfermedad al entender que la incapacidad temporal se extingue automáticamente por el transcurso del plazo máximo de duración legalmente previsto, independientemente de si se ha producido o no el alta médica o la curación.

En este caso, aunque se le había denegado a la funcionaria la jubilación por incapacidad, continuó en situación de incapacidad temporal, recibiendo tratamiento médico y siéndole expedidos los correspondientes partes médicos de baja. En el informe realizado por el Equipo de Valoración de Incapacidades se establecía que la funcionaria “deberá seguir control y tratamiento por el servicio de psiquiatría”, por lo que se le concedió la prórroga de la situación de incapacidad temporal hasta un máximo de 30 meses. Según la Sala, de la interpretación de lo dispuesto en el artículo 131.bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social, se entiende que extinguido ese plazo máximo de IT de 30 meses, procedía someter de nuevo a la funcionaria a la evaluación definitiva. Según dicho precepto, agotado el plazo de IT de 30 meses, sin alta médica, se mantiene el subsidio, es decir, los efectos de la IT, hasta el momento de la incapacidad permanente (para lo que será necesario instruir el expediente al efecto). Por ello, concluye finalmente que el mandato administrativo de incorporación al trabajo de la apelante se muestra claramente disconforme a derecho. En consecuencia, el Tribunal declara la disconformidad a derecho de los actos impugnados en la instancia, toda vez que “agotado el plazo máximo de IT sin alta médica, procedía el inicio de expediente de jubilación por incapacidad permanente con prórroga de los efectos de la IT, resultando, por tanto, improcede la denegación de la licencia por enfermedad así como la orden de incorporación al puesto”.

C) Permiso de paternidad. El régimen contemplado en el artículo 49 del EBEP se aplica exclusivamente a los empleados públicos que ostenten la condición de funcionario

La STS de 19 de mayo de 2009, Sala de lo Social, Sección 1ª, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras (FSAP-CC.OO.) frente al Ministerio de Administraciones Públicas en proceso de conflicto colectivo. Se solicitaba la declaración de compatibilidad del permiso de paternidad regulado en el artículo 49.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleo Público con la suspensión del contrato de trabajo, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, regulada en el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se partía de la pretendida compatibilidad o acumulación entre el derecho del padre a la suspensión del contrato de trabajo durante los 13 días que prevé el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores (ET) en caso de nacimiento de un hijo y el derecho al permiso de paternidad de 15 días a partir de la fecha del nacimiento del hijo que otorga el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), de modo que, producido el nacimiento (acogimiento o adopción) de un hijo, el padre que prestase servicios para la Administración Pública acumularía un derecho de 28 días de libranza entre suspensión y permiso por paternidad.

En la Sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 6 de marzo de 2008, se desestima la demanda, argumentándose, en esencia, que ambas normas, la del ET y la del EBEP, regulan el mismo supuesto de hecho, el nacimiento (acogimiento o adopción) de un hijo, y que dicha concurrencia de normas debe resolverse atendiendo al principio de especialidad y, en su caso, al de la norma más favorable, que en este caso sería la contemplada en el EBEP como ley especial, por lo que éste debería aplicarse, no de forma acumulativa o simultánea, como pretendía el sindicato recurrente, sino con preferencia a lo que disponga la ley general sobre la materia (ET).

El TS confirma la SAN aunque con base en otra argumentación. Considera el Tribunal que el permiso de paternidad ex artículo 49 EBEP está regulado exclusivamente para los empleados públicos que ostenten la condición de funcionarios públicos. A partir de ahí, concluye que “las normas jurídicas relativas al permiso de paternidad cuya declaración de compatibilidad, y en consecuencia de sucesivo disfrute, pretende el Sindicato recurrente respecto de los empleados públicos que ostentan la condición de personal laboral, no pueden aplicarse acumulativamente, pues, aun siendo su objeto, finalidad y contenido esencialmente idéntico en el ámbito sustantivo, laboral y funcionarial, y con pequeñas diferencias en cuanto al período protegido con cargo a prestaciones de la seguridad social (dos días más en el ámbito funcionarial, cuando en el laboral dos de dichos días van a cargo empresarial), tienen destinatarios distintos, la contenida en el artículo 48 bis ET a los trabajadores aunque estén incluidos como personal laboral en el ámbito del Estatuto Básico del Empleado Público, y la regulada en el artículo 49.c) EBEP a los funcionarios incluidos en su ámbito, sin que con respecto a los trabajadores sea más beneficiosa la segunda respecto a la primera, aunque puedan existir pequeñas diferencias favorables a la Administración Pública empleadora en esta última, y sin que del artículo 51 EBEP y de la remisión que efectúa para el régimen de permisos del personal laboral ‘a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente’ quepa entender que deben ser aplicadas acumulativamente ambas normativas”.

7. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Complemento específico. No puede formar parte de dicho complemento el hecho de tener que trabajar en un festivo de forma esporádica o el hecho de tener que estar localizado ocasional o extraordinariamente

La STSJ de la Región de Murcia de 10 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ha desestimado el recurso interpuesto por el Sindicato de Empleados Públicos (SIME) contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cartagena por el que se modifica su Relación de Puestos de Trabajo porque no había incluido el concepto de disponibilidad en la columna del complemento específico en algunos puestos. El recurrente solicita que se condene a la Administración a incluir en la columna del “Complemento específico” de la RTP todos los conceptos e importes correspondientes que figuren en las columnas que contemplen jornadas especiales, sean éstas de disponibilidad, festividad, jornada partida, nocturnidad o rotación.

El Tribunal parte de un análisis de este concepto retributivo que está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, o peligrosidad y que sólo puede fijarse previa valoración de las características de los puestos afectados, pues el complemento específico no es una retribución básica, ni es obligatorio, ni queda ligado al grupo de pertenencia. Del Acuerdo impugnado se deduce que se ha incluido en el complemento específico la disponibilidad que es consustancial en los concretos puestos de trabajo que la recogían (concretamente en la columna Observaciones). A juicio de la Sala, sin embargo, “ese criterio no tiene por qué ser válido sin más para las jornadas especiales, que se retribuirán cuando se realicen en la forma pactada, porque no puede formar parte del complemento específico el hecho de tener que trabajar en un festivo de forma esporádica o el hecho de tener que estar localizado ocasional o extraordinariamente, puesto que si así se hiciera el complemento específico, que debe quedar fijado en la RTP, no se podría cuantificar con carácter previo”.

B) Complemento de destino. La circunstancia de tratarse del primer destino funcional no justifica la atribución de un complemento de destino diferente del aplicable al resto de puestos semejantes

La STS de 14 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de las Islas Baleares que había estimado la pretensión del funcionario recurrente, confirmando los argumentos en ella establecidos.

Viene a confirmar la imposibilidad de que, tratándose de puestos de trabajo idénticos, pueda atribuirse un distinto complemento de destino por el mero hecho de que se trate de un puesto de trabajo idóneo para ser primer destino funcional. Concluye la Sala que la Sentencia recurrida no ignora las potestades autoorganizativas de la Administración, ni la discrecionalidad que en ejercicio de ella puede ser plasmada en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo; como tampoco cuestiona esa posibilidad legal invocada de definir determinados puestos de trabajo como especialmente idóneos para el primer destino funcional. No habiendo diferencias en ninguno de los aspectos objetivos o materiales del desempeño de los

puestos de trabajo aquí litigiosos, carece de justificación tanto el diferente nivel de complemento de destino asignado como el diferente complemento específico. No hay diferencia alguna ni desde el plano del contenido funcional del puesto de trabajo ni desde el plano de las condiciones particulares que legalmente determinan el complemento específico.

8. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) Resulta vulnerado por la privación a un sindicato de la facultad de intervenir con plenitud en las negociaciones previas

La STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, ha estimado parcialmente el recurso interpuesto por el Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras de Administración y Servicios de Castilla La Mancha (STAS-CLM). A través del cauce especial de protección de derechos fundamentales, el sindicato impugna el Acuerdo entre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las Organizaciones Sindicales sobre condiciones de trabajo en la Administración para el período 2008-2010. Entre otros motivos, afirma el recurrente que los grupos de trabajo y la comisión de seguimiento constituidas no se limitan a velar por la aplicación e interpretación del acuerdo, sino que constituyen órganos destinados a negociar cuestiones que, de acuerdo con la normativa legal, deberían ser examinadas en la Mesa General de Negociación, hurtándosele así su participación en la negociación plena de éstas. Es más, el propio Acuerdo que ahora se impugna fue elaborado ya a través de reuniones restringidas celebradas al margen de la Mesa, con un acuerdo cerrado fuera de ella que después se lleva a ésta para su ratificación.

Tras realizar la Sala una recopilación de la doctrina fijada principalmente en la STC 222/2005, concluye que suponen una vulneración del derecho a la negociación del sindicato la creación de grupos de trabajo o comisiones a los que se les atribuyen facultades negociadoras de aspectos nuevos. Ahora bien, la Sala hace una interpretación extensiva de este derecho teniendo en cuenta que la negociación colectiva es algo más que el acuerdo final al que, en su caso, aquélla pueda conducir y que consiste también —y antes que en éste— en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones previas por medio de las que se va realizando la negociación.

Efectivamente, señala la Sala que ni siquiera puede afirmarse la licitud de este tipo de comisiones o grupos de trabajo en los que se aparta a un Sindicato cuando sólo sean “de estudio” y no tengan “facultades decisorias”. Hay que atender más que a la posibilidad de “decidir” o “acordar en definitiva” (cuyo hurto a las Mesas legalmente establecidas supondría una vulneración demasiado flagrante del derecho constitucional), a la facultad de intervenir también, con plenitud, en las negociaciones previas, posibilidad que se hurta al Sindicato recurrente si resulta que a la Mesa General se lleva ya una propuesta, ponencia o proyecto elaborado previamente a su margen y acordado entre la Administración y otras fuerzas sindicales. Naturalmente en la Mesa el Sindicato podrá manifestar lo que entienda oportuno, pero ni el Sindicato con plena legitimidad legal para negociar tiene por qué partir en la negociación con el peso o carga de tener que levantar una propuesta previamente acordada en otro foro por los demás, ni se conoce por qué no pueda acceder a dicho foro un Sindicato con plena capacidad negociadora. A ello debe añadirse “el dato de la configuración colegial de la Mesa de negociación y de la negociación misma a ella confiada, que difiere muy sensiblemente de un hipotético modo de negociación en el que cada uno de los integrantes de la mesa

negociase al margen del colegio. La pluralidad de los miembros del colegio, portadores de intereses distintos, y el conocimiento por cada uno de ellos de las posiciones de los demás en la negociación, con el consiguiente interés de poder debatir la posición de cada uno de ellos, pone de manifiesto que no son equiparables la negociación en el seno del colegio y las negociaciones separadas. Resulta claro, por tanto, que el derecho a negociar en un determinado colegio no se satisface mediante la negociación alternativa del Sindicato con la Administración al margen de él”.

B) La legitimación para negociar conjuntamente las condiciones de trabajo del personal laboral y funcionarial exige acreditar representatividad en los dos ámbitos electorales de forma cumulativa

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, antes mencionada, la Sala ha desestimado la pretensión del sindicato recurrente en cuanto al reconocimiento de legitimación para ser llamado por su representatividad para la negociación del Acuerdo en la Mesa de Negociación prevista en el artículo 36.3 del EBEP, esto es, para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública. Entiende la Sala que resultan aplicables a estas Mesas los criterios establecidos sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10% de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate.

Resulta indiscutible, a juicio de la Sala, que el Sindicato actor tiene una representación del 10 por 100 de los representantes legales pero referida al personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. Sin embargo, no tiene esa representación respecto del personal funcionario, de ahí que se le niegue la legitimación para negociar el Acuerdo. La legitimación que el Sindicato actor tiene para negociar el convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha no le convierte en interlocutor válido para la negociación del Acuerdo que se combate. Se trata de Acuerdos distintos, uno que afecta exclusivamente al personal laboral y el segundo común al personal laboral y funcionario. Para el primero, el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 87 y 88 legitima al sindicato actor mientras que en el caso del segundo, la Ley 7/2007 exige la condición de representativos de los sindicatos que integran la negociación tanto con relación al personal laboral como al funcionario, lo cual parece lógico si tenemos en cuenta que se están negociando materias comunes a funcionarios y trabajadores por cuenta ajena. Como hemos indicado el sindicato actor es representativo a nivel laboral al tener el 10 por 100 de los representantes legales de los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena para la Administración autonómica, pero carece de ese 10 por 100, como exige el artículo 36.3 de la Ley 7/2007, de los miembros que integran los Delegados y Juntas de Personal que representan a los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración Autonómica en cuestión, lo cual constituye razón suficiente para rechazar el motivo de impugnación alegado.

C) Para la clasificación de los puestos de trabajo resulta preceptiva la negociación colectiva

La STS de 24 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia de instancia planteada por Comisiones Obreras, que había anulado la Resolución de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se modificaba la relación de puestos de trabajo (RPT) de sus servicios periféricos por no haber sido objeto de negociación. A juicio de la Administración, la clasificación de puestos de trabajo que acometía dicha Resolución, al afectar a sus potestades autoorganizatorias no requería de negociación, sino que bastaba la mera consulta previa a las organizaciones sindicales.

Parte el Tribunal del concepto mismo de clasificación. Por clasificación ha de entenderse la definición de la tipología o modalidades de dichos puestos mediante la expresión de sus notas distintivas o diferenciadoras en todo lo atinente a estos extremos: denominación, características esenciales y requisitos establecidos para su desempeño y, en su caso, complemento específico, cuando hayan de ser desempeñados por funcionarios, o la categoría profesional y régimen jurídico, cuando sean desempeñados por personal laboral. Esta definición le permite concluir que tratándose de la clasificación de puestos de trabajo, la negociación es preceptiva y no admite excepciones, siendo indiferente, en cuanto a la necesidad de esa negociación, el número de los puestos que resulten afectados por esa clasificación, ya que la ley no distingue ni establece salvedades a su regla general. Ello es así en la medida en que la clasificación de cada puesto en la correspondiente RPT define una parte muy importante del contenido de la relación jurídica funcional, ya que, al establecer los cometidos del puesto y los complementos retributivos, se fijan los derechos y obligaciones que en esos aspectos corresponden a su titular, pero dicha clasificación no agota el total contenido de la relación funcional.

Efectivamente, es posible una modificación de los derechos y obligaciones funcionariales sin necesidad de que quede alterada la clasificación del puesto que haya sido realizada por la RPT (así ocurrirá cuando, por ejemplo, se cambie la jornada o el horario) y caben decisiones organizativas que dejen inalterada la clasificación del puesto, así como las restantes condiciones de trabajo del funcionario (como ocurrirá cuando únicamente se altere el encuadramiento jerárquico del puesto y no varíe su clasificación ni ninguna de las condiciones de trabajo). La exclusión de la negociación está dispuesta para las decisiones autoorganizativas de la Administración que no comporten clasificación de puestos ni tampoco tengan repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Procederá la consulta cuando se trate de decisiones autoorganizativas que, a pesar de que no signifiquen clasificación de los puestos, sí repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios.

9. DEBERES FUNCIONALES

A) Jornada y horario de trabajo. La fijación de la jornada y el horario en especial dedicación es una manifestación de la potestad de autoorganización interna que corresponde a la Administración pública

La STS de 16 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, se ha pronunciado sobre la naturaleza de la jornada de trabajo y horario en dedicación especial. Se trataba de un funcionario de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) que, aunque venía prestando sus servicios con una jornada semanal de 37 horas y media en

jornada de mañana, a partir de la ordenación de jornada llevada a cabo en la Resolución de 27 de abril de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, se vio obligado a prestar servicios en régimen de especial dedicación y a realizar una jornada semanal de 40 horas, con horario de mañana y tarde. Entre otros motivos, se alegaba la vulneración de la reserva de ley a la que, según el recurrente, estaría sometida la regulación de la jornada de trabajo, así como la arbitrariedad de su fijación.

El TS rechaza dicha argumentación y avala la habilitación reglamentaria en esta materia porque la jornada de trabajo no es sino un medio instrumental para hacer posible el desempeño de la función o cargo, que es el primer y principal deber funcional y, en segundo lugar, porque la particularización de regulaciones que en esta materia de jornada impone la enorme variedad existente de cuerpos y clases de funcionarios y cometidos funcionariales convierte al reglamento en un instrumento técnicamente mucho más adecuado que la ley para regular esta materia. Por lo que respecta a las dudas de arbitrariedad que suscita su establecimiento, recuerda el Tribunal que la competencia para la fijación de la jornada y el horario es una manifestación de la potestad de autoorganización interna que corresponde a la Administración pública. En consecuencia, el ejercicio de esa competencia debe considerarse válido cuando el tiempo de trabajo establecido como jornada no sea arbitrario ni incumpla jornadas dispuestas como obligatorias en disposiciones de rango superior.

En este caso, el criterio seguido para imponer la jornada y el horario de especial dedicación fue directamente vinculado a los distintos conceptos retributivos, al considerar que el personal que viniera percibiendo el complemento específico o de productividad venía también obligado a prestar sus servicios en el régimen de especial dedicación que determinarían los Subsecretarios. Toda esta argumentación le permite concluir finalmente que las consecuencias que se derivan de lo anterior son las siguientes: a) la especial dedicación no es una característica esencial del puesto de trabajo sino una modalidad del desempeño de sus cometidos principales; y b) lo que debe figurar en la relación de puestos de trabajo es el complemento retributivo que genere ese deber de dedicación especial.

10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) La decisión sobre la rehabilitación de la condición de funcionario ha de responder a una adecuada aplicación de los criterios normativos

En su STS de 28 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 533/2007), recuerda que las resoluciones relativas a la rehabilitación de la condición de funcionario han de responder a la correcta aplicación de los criterios recogidos en el artículo 6.2 del RD 2669/1998 (conducta y antecedentes penales previos y posteriores a la pérdida de la condición de funcionario; daño y perjuicio para el servicio público derivado del delito; relación del hecho delictivo con el desempeño del cargo funcional; gravedad de los hechos y duración de la condena; tiempo transcurrido desde la comisión del delito; informes de los titulares de los órganos administrativos en los que el funcionario prestó sus servicios; y cualquier otro que permita apreciar objetivamente la gravedad del delito y su incidencia en la futura ocupación de un puesto de funcionario). De ahí que “la cuestión a resolver se concreta

X. Función Pública

en examinar si la resolución administrativa está motivada según esa premisa normativa y si las concretas circunstancias ponderadas con esa finalidad significan una acertada individualización de esos criterios”. Criterios que ponen de manifiesto que la finalidad de la rehabilitación es “determinar si la incapacidad para ser funcionario, que en principio lleva consigo la pena de inhabilitación, resulta excesiva en algunos casos, cuando el delito es ajeno al cargo funcional que se desempeña, no ha habido perjuicio para servicio público y tampoco los hechos han tenido gravedad”.

En el caso que resuelve la Sentencia, el Tribunal considera que la valoración final ha de ser favorable a la rehabilitación, dada la escasa gravedad de la conducta delictiva, el arrepentimiento que concurrió, el hecho de no existir constancia de otros comportamientos profesionales negativos, la escasa difusión que tuvo la conducta delictiva, la ausencia de grave daño a tercero o a la causa pública y el largo tiempo transcurrido desde la condena penal.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
BELÉN MARINA JALVO
EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas. A) La simple circunstancia de que las ponencias catastrales se desvíen de lo que, con mayor o menor fundamento, se reputa como el valor real de mercado no constituye, en cambio, pérdida de vigencia. B) La idea de reposición en la valoración de las concesiones administrativas.

2. Intervención en la edificación y uso del suelo: otorgamiento de licencias: silencio administrativo. 3. Disciplina urbanística. A) Sanción urbanística. B) Restablecimiento de la legalidad urbanística: orden de suspensión de las obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ella. **4. Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: por daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras.**

1. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) La simple circunstancia de que las ponencias catastrales se desvíen de lo que, con mayor o menor fundamento, se reputa como el valor real de mercado no constituye, en cambio, pérdida de vigencia

Así lo ha puesto de manifiesto la STS de 24 de febrero de 2009 (RJ 2009\1101) que precisa:

“Esta Sala viene constantemente declarando que la ‘pérdida de vigencia de las ponencias catastrales’ a que se refiere el artículo 27 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 debe ser entendida en sentido formal, no meramente material o económico; es decir, hay pérdida de vigencia cuando ha expirado el plazo para el que las ponencias catastrales fueron aprobadas o, en su caso, cuando ha habido una modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico incompatible con ellas. La simple circunstancia de que las ponencias catastrales se desvíen de lo que, con mayor o menor fundamento, se reputa como el valor real de mercado no constituye, en cambio, pérdida de vigencia. La razón es que el artículo 23 de la propia Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 ordena que todas las valoraciones del suelo se efectúen con arreglo a los criterios por ella previstos”.

A mayor abundamiento, añade:

“Por ello, admitir que la inadecuación material de las ponencias catastrales justifica la inaplicación del artículo 27 de dicho texto legal equivaldría a admitir la libertad estimativa

en la valoración del suelo. Véanse en este sentido, entre otras, las recientes sentencias de esta Sala de 24 de enero de 2005, 30 de enero de 2008 y 22 de septiembre de 2008”.

Además, para el caso concreto que decide, destaca que:

“Por si lo anterior no bastase, hay que tener en cuenta que en el presente caso, según consta en la sentencia impugnada, las ponencias catastrales para el Ayuntamiento de Cendea de Galar habían sido aprobadas el 28 de septiembre de 2001; es decir, menos de tres meses antes de que con fecha 12 de diciembre de 2001 se iniciase el expediente expropiatorio aquí examinado. Esto implica que el tribunal a quo no sólo se ha apartado de la jurisprudencia constante relativa a la noción de “pérdida de valor de las ponencias catastrales”, sino que además tampoco ha justificado cómo en tan breve lapso de tiempo se hubiera podido producir un desajuste de aquéllas al valor real de mercado. Parece, más bien, que se afirma que esas ponencias catastrales nacieron ya desviadas de la realidad; pero, si ello fue así, los expropiados habrían debido recurrirlas en su momento, cosa que no consta que hiciesen”.

B) La idea de reposición en la valoración de las concesiones administrativas

El TS en su **STS de 3 de marzo de 2009** (RJ 2009\1570) ha recordado el contenido del actual artículo 22.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo (antiguo artículo 32 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 y artículo 21.4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo) en relación al justiprecio de la expropiación de una gasolinera ubicada en unos jardines municipales de dominio público.

En este sentido, en su FJ 7 establece que la valoración del derecho de uso privativo del dominio público, a fin de incluirla en el justiprecio ha de efectuarse con arreglo al apartado primero del artículo 32 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 que dispone:

“La valoración de las concesiones administrativas y los derechos reales sobre inmuebles, a los efectos de su constitución, modificación o extinción, se efectuará con arreglo a las disposiciones sobre expropiación que específicamente determinen el justiprecio de los mismos; y subsidiariamente, según las normas del Derecho Administrativo, Civil o Fiscal que resulten de aplicación”.

Y añade:

“Pues bien, en el presente caso, no existen ‘disposiciones sobre expropiación que específicamente determinen el justiprecio’, pues la única norma de la Ley de Expropiación Forzosa que hace referencia a la valoración de concesiones administrativas sólo contempla ‘concesiones perpetuas de bienes de dominio público’. Al no haber perpetuidad en la situación aquí considerada, el artículo 43 LEF no es aplicable. Tampoco resulta de aplicación el artículo 43 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, ya que, si bien contiene criterios para la valoración de concesiones administrativas, está inequívocamente pensado para concesiones de bienes o servicios que admiten una explotación económica, es decir, concesiones en sentido estricto. Esto explica que dicho precepto reglamentario establezca criterios de valoración basados en el beneficio que el concesionario debería obtener de la explotación, lo que no tiene sentido cuando se trata simplemente del derecho a la ocupación permanente de suelo público.

Por ello, a la hora de valorar este último tipo de derecho, el criterio de esta Sala ha venido basándose en la idea de reposición. Véanse entre otras, las sentencias de 28 de octubre de 1998, 8 de junio de 1999, o 13 de noviembre de 2003. Esto exige, ante todo, establecer cuál sería el canon arrendaticio del terreno necesario para establecer una gasolinera de similares características. A la cifra que resulte se le debe restar el canon que la expropiada pagaba a la Administración en el momento de iniciación del procedimiento expropiatorio. Una vez obtenida la diferencia, debe ser capitalizada a diez años al interés legal del dinero a la fecha de inicio del expediente de justiprecio”.

2. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO: OTORGAMIENTO DE LICENCIAS: SILENCIO ADMINISTRATIVO

En la STS de 28 de enero de 2009, Ar. 1471, el TS declara haber lugar al recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía (en recurso de apelación sustanciado contra una sentencia de 2002, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Málaga), que había declarado el derecho de los recurrentes a obtener la licencia por haberse producido el silencio positivo.

La Sala de instancia había llegado a esta conclusión interpretando la modificación que en el régimen jurídico del silencio administrativo previsto en la Ley 30/1992 había operado la Ley 4/1999. Esta regulación parte de la previsión contenida en el artículo 43.2, en atención al cual cuando se haya iniciado un procedimiento administrativo por solicitud del interesado, éste podrá entender estimadas por silencio administrativo solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario. Esta estimación se produce, según el artículo 43.5 del mismo texto desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que ésta se haya producido.

A partir de esta premisa, el Tribunal *a quo* se plantea qué efectos tiene una resolución administrativa tardía que vaya contra el silencio administrativo positivo, concluyendo que lo que ha pretendido la Ley 4/1999 modificadora de la Ley 30/1992 en estos supuestos es, según establece su Exposición de Motivos,

“(…) regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido. Por todo ello, el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley...”.

Por esta razón entiende la Sala que sólo se permita a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, y, en caso contrario, cuanto la Administración se percate que han pasado los plazos y que el ciudadano ha obtenido autorización o cualquier otro derecho por silencio administrativo positivo, debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley,

no permitiéndosele nunca dictar resolución expresa contraria al silencio administrativo positivo. De ello se deduce que una vez producido el acto presunto de concesión de la licencia en virtud de la figura del silencio positivo, la Administración municipal no puede dictar una resolución denegatoria de ésta sino que tiene que acudir a la revisión de oficio de la licencia obtenida.

El Tribunal Supremo no comparte el parecer de esta Sala, entre otras razones porque el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general. Éste, declarado expresamente vigente en la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y no derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, que establecía que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”.

Ambos preceptos se consideran preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico, que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (disposición final primera.1 del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

Por todo ello concluye la alta instancia jurisdiccional que:

“(…) la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística” (FJ 5º).

En este mismo sentido, y citando la sentencia en estas líneas analizada, se pronuncia la STS de 28 de abril de 2009, Ar. 2988, (FJ 6).

3. DISCIPLINA URBANÍSTICA

A) Sanción urbanística

En la STS de 9 de octubre de 2009, Ar. 435778, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en la que se desestimó el recurso deducido por la mercantil “Control Urbanístico, S.L.” contra un Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía que había impuesto a la recurrente una multa de 2.894.039,66 euros.

La infracción urbanística cometida por la mencionada empresa consistió en la realización de obras en contra del uso del suelo, concretamente la construcción de 288 viviendas, construc-

ción que llevó a cabo al amparo de licencia otorgada por el Ayuntamiento de esa localidad en 1996. No obstante, el otorgamiento de la licencia se había realizado por el consistorio municipal al amparo de una modificación de las Normas Subsidiarias y del Plan Parcial de los terrenos en los que se pretendía la construcción aprobada en 1995, modificación que había sido anulada por la Consejería de Obras Públicas y Transportes en 1996, entidad que posteriormente acuerda el inicio del expediente sancionador contra la referida entidad empresarial.

La Sala de instancia estima el recurso frente a ella interpuesto al entender que en el supuesto sometido a su consideración faltaba el requisito subjetivo de la culpabilidad del autor de la infracción, ya que el Ayuntamiento, en lugar de denegar la licencia de obras, constándole que la Consejería de Obras Públicas y Transportes había anulado los Acuerdos de modificación de los Planes urbanísticos aplicables, procede a su otorgamiento, momento en el cual la actora paraliza inmediatamente la ejecución de éstas.

Para la mencionada sede jurisdiccional:

“El elemento subjetivo de la culpabilidad, entendida esta como juicio personal de reprochabilidad dirigida al autor de un hecho típico y antijurídico, a título de dolo o negligencia, ha de estar siempre presente, de suerte que no puede darse infracción alguna, penal o administrativa sin la presencia de ese elemento elevado por la jurisprudencia a requisito esencial o pieza básica de todo sistema sancionador. Se proyecta sobre el procedimiento sancionador la observancia del derecho a la presunción de inocencia que comporta, como recuerda el TC, que para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad, o bien que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos (STC 55/1982, de 20 de julio). El elemento subjetivo que comentamos está ausente en la conducta y actuación de la demandante, que inicia la construcción de las viviendas amparada en la concesión de una licencia, no antes. Su buena fe queda evidenciada no solo en ese momento sino en toda su actuación posterior, incluso también en la anterior; basta recordar que como consta en el expediente solicitó la licencia el 26 de abril de 1996, cuando la Consejería de Obras Públicas y Transportes no había anulado los Acuerdos municipales de 5 de diciembre de 1995, por lo que se ajustaba a la normativa a la sazón vigente la licencia instada”, concluyendo que 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” (FJ 2).

El Tribunal Supremo no acoge el motivo esgrimido por la Junta de Andalucía, quien interpreta que la Sala del Tribunal *a quo* ha basado su sentencia en la idea de que la existencia de licencia excluye la comisión de la infracción. Pero esta aseveración no es cierta, porque lo que concluye la Sala de instancia para desestimar el recurso es la falta de culpabilidad, que hace derivar del hecho de haber solicitado la licencia antes de que la Junta de Andalucía anulara los acuerdos municipales de modificación de las Normas Subsidiarias y de aprobación del Plan Parcial, así como en el hecho de que la entidad mercantil no inició las obras hasta que obtuvo la preceptiva licencia.

A mayor abundamiento de esta tesis, el TS mantiene que:

“(…) De cualquier modo, la interpretación del apartado 1º del tan citado artículo 91 sostenida por la Sala *a quo* es correcta. En dicho apartado no se establece más que un requi-

sito temporal de procedibilidad para la imposición de la sanción por obras realizadas al amparo de licencia y de conformidad con los términos de la misma, consistente en que no se podrá imponer una sanción por tales obras mientras no se anule la licencia que las autorizó. De esta regla no cabe extraer en modo alguno la consecuencia pretendida por la Administración, a saber, que una vez anulada la licencia que autorizó la realización de la obra, la imposición de la sanción sea prácticamente una consecuencia automática. Al contrario, habrá que examinar de forma casuística la concurrencia de los demás requisitos a que se anuda el legítimo ejercicio de la potestad sancionadora, entre los que figura de forma destacada el de culpabilidad, plenamente aplicable al ámbito del Derecho Administrativo sancionador...” (FJ 4).

B) Restablecimiento de la legalidad urbanística: orden de suspensión de las obras realizadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ella

La STS de 2 de marzo de 2009, Ar. 1566, confirma los argumentos de la sentencia de instancia dictada por el TSJ de Aragón, que consideró ajustado a Derecho el acuerdo de la Tenencia Alcaldía del Ayuntamiento de Zaragoza por el que se ordenó a la entidad “Inmobiliaria Neurbe, SA” la paralización, con requerimiento de legalización, de obras de movimientos de tierras realizadas para la construcción de un edificio.

La recurrente alega que el consistorio municipal ha prescindido total y absolutamente de las normas del procedimiento al dictar dicho acuerdo. Sin embargo, la alta instancia jurisdiccional, aceptando los argumentos del Tribunal a quo, considera que:

“El planteamiento de la recurrente no puede ser acogido. Esta Sala ha declarado que la previsión contenida en el artículo 184 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 sobre suspensión de las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas, si bien es una medida cautelar de carácter urgente que puede considerarse acto de trámite, es perfectamente impugnabile por el afectado si éste estima que no concurre el exigible presupuesto habilitante, bien porque se encuentre en posesión de licencia u orden de ejecución, ya porque no exista exceso constructivo, o bien porque la obra se encuentre ya concluida, siendo al particular reiterada la jurisprudencia de esta Sala. En este sentido se expresa la sentencia de 6 de febrero de 1996 en la que se citan, además, las de 19 de febrero, 21 de abril, 13 de noviembre y 9 de diciembre de 1992 y 25 de marzo de 1994, entre otras. Ahora bien, una vez señalado que nos encontramos ante un acto impugnabile –cuestión sobre la que no se ha suscitado controversia en el caso que nos ocupa– procede recordar que esta Sala ha declarado en diversas ocasiones –pueden verse las sentencias de esta Sala de 23 de febrero de 1998 y 18 de diciembre de 2002– que no es necesaria una tramitación específica ni, en particular, el trámite de audiencia, para la adopción de la medida cautelar y urgente de suspensión de obras realizadas sin licencia. Así, la citada sentencia de 23 de febrero de 1998 señala: ‘(...) CUARTO.- El artículo 184.1 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (RCL 1976, 1192), que faculta al Alcalde para suspender inmediatamente los actos de edificación efectuados sin ajustarse a las condiciones señaladas en la licencia otorgada al efecto, no constituye un acto sancionador sino una medida cautelar tendente al restablecimiento de la legalidad urbanística, que por su propia naturaleza, no requiere tramitación específica, bastando el simple acuerdo suspensorio, «incluso de oficio», una vez

comprobado el exceso de la obra iniciada respecto de los términos de la licencia concedida ...'. Y, más adelante, la propia sentencia declara: '(...) SEXTO.- Tampoco puede ser apreciada la denunciada falta de audiencia en base a lo previsto en los artículos 91 y 136 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 24 de la Constitución Española puesto que como ya hemos anteriormente expresado, no estamos en presencia de un procedimiento sancionador ni de una sanción impuesta como resultado de aquel, sino que el acto administrativo aquí cuestionado, ostenta la naturaleza de una medida cautelar tendente a la restauración del orden jurídico infringido al no respetarse los términos de la licencia de obra otorgada con arreglo al proyecto presentado, tal como aparece regulada en el artículo 184 de la Ley del Suelo cuya adopción no requiere procedimiento específico, al estar prevista en ese precepto la orden de suspensión de la obra comenzada cuando se observa su no ajuste al contenido de la autorización otorgada, tal como se ha realizado en estos autos, orden que fue expresamente notificada al ahora apelante y que fue objeto del correspondiente recurso de reposición, interpuesta por el interesado, por lo que en absoluto puede hablarse de indefensión, ni de infracción de los preceptos enunciados por el recurrente...". (FJ 2).

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS

La STS de 12 de mayo de 2009, Ar. 4360, estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado el Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, declarando el derecho de la actora a recibir de la Administración General del Estado una indemnización notablemente inferior de la estimada por la sentencia de instancia y que trae su causa en la paralización de las obras que ésta venía realizando, y que había sido solicitada por el Abogado el Estado en aplicación del artículo 66 LRBRL de manera simultánea a la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la licencia de obras que el Ayuntamiento de Estepona había otorgado a la entidad reclamante.

Entendía el Letrado del Estado que dicha licencia menoscababa la competencia estatal en materia de costas. La suspensión de las obras fue inmediatamente acordada por auto del TSJ de Andalucía de 1989. No obstante, el recurso contencioso-administrativo fue desestimado por ese mismo órgano judicial, mediante sentencia de 1992. El Abogado del Estado interpuso entonces recurso de apelación. La mercantil "Estrella de Estepona S.A." solicitó entonces que fuera levantada la suspensión de las obras, lo que fue rechazado por auto de la citada Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del TSJ de Andalucía de 1993, confirmado más tarde en súplica. Finalmente, el recurso de apelación fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 1998.

La Audiencia Nacional considera que concurren todos los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad administrativa, declarando procedente dicha indemnización y cifrándola en 3.419.937 euros en concepto de pérdida de beneficios, consistente en no haber podido vender lo construido mientras duró la suspensión de las obras; inmovilización del capital durante ese tiempo; intereses de las pólizas de crédito; y costes de conservación de los inmuebles. Rechaza, sin embargo, por no haber sido acreditados, los siguientes daños: pérdida de valor del inmueble como consecuencia de la instalación de una estación de servicio en la finca colindante, los honorarios de abogado durante los diez años que había durado el pleito, y el coste de la rescisión del contrato a una empleada.

Sin embargo, el TS señala en primer lugar el error en que incurre la sentencia impugnada al aceptar que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial se deriva en este caso de la suspensión cautelar basada en el artículo 66 LRBRL. Para la alta instancia jurisdiccional, tal tesis nunca ha sido mantenida por ella, sino que, por el contrario:

“(…) en supuestos similares ha sostenido lo contrario, si bien en alguna ocasión ha habido voto particular discrepante. Véase, por todas, nuestra sentencia de 7 de octubre de 2008. Ello quiere decir que, hoy por hoy, la doctrina jurisprudencial establecida es que no cabe reclamar indemnización a la Administración General del Estado por las lesiones económicas derivadas de la suspensión cautelar regulada por el artículo 66 LRBRL, que es la que puede solicitar el Abogado del Estado cuando considere que el acto de la entidad local impugnado menoscaba las competencias estatales. Dado que dicha suspensión cautelar es acordada por un órgano judicial, esta Sala estima que las lesiones económicas que de aquélla se deriven sólo pueden dar lugar, en su caso, a la responsabilidad del Estado por error judicial regulada en los artículos 292 y siguientes LOPJ” (FJ 4).

Sin embargo, como el Abogado del Estado no niega que en el presente caso concurran los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que se limita a corregir algunos conceptos indemnizatorios, la sede de casación entra a valorar estos elementos, concluyendo que no puede apreciarse como tal reparación de la pérdida de beneficios. Esta parte del presupuesto no demostrado de que todo se habría vendido inmediatamente si no se hubiera producido la suspensión de las obras. Por el contrario, lo edificado pudo ser vendido después, una vez que en 1999 cupo continuar las obras; y, siendo esto así, el daño sólo consistiría en la diferencia entre lo que se hubiera podido obtener antes y lo obtenido después, suponiendo por supuesto que esa diferencia fuese negativa para la actora. Ni siquiera está demostrado que, habiendo tenido que vender en un momento posterior, la actora no haya logrado un precio más elevado y, por consiguiente, no haya sufrido lesión económica alguna. Tal como está redactada, la sentencia impugnada deja la puerta abierta al enriquecimiento injustificado de la actora, que podría hacer suyo simultáneamente el precio de las ventas de inmuebles realizadas después de 1999 y la indemnización por no haber podido vender esos mismos inmuebles antes de dicho año.

Por todo ello considera que el importe de la reparación pecuniaria que debe percibir la entidad mercantil de la Administración General del Estado se limitará a 2.451.467 euros, más los correspondientes intereses legales de demora.

La reducción de la cuantía indemnizatoria de la que debe responder la Administración General del Estado por los mismos motivos que los expuestos en esta sentencia es también el argumento manejado por el Alto Tribunal en el FJ 2 de su **Sentencia de 25 de mayo de 2009**, Ar. 279412.

CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RUBÉN SERRANO LOZANO
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Bienes locales. A) Régimen de aprovechamiento de los bienes patrimoniales: carácter básico de las disposiciones contenidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 e inconstitucionalidad sobrevinida de las regulaciones autonómicas anteriores incompatibles con la nueva regulación. B) Régimen especial de utilización de los bienes públicos: la utilización de bienes locales por las organizaciones sindicales más representativas. C) Prerrogativas administrativas: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio. D) Prerrogativas administrativas: la potestad de desahucio.

2. Aguas Continentales. A) Reglamento del Dominio Público Hidráulico: cuestión de legalidad sobre lo dispuesto en el artículo 332 del reglamento en relación con la ausencia de notificación de la propuesta de resolución del expediente sancionador.

B) Denegación de inscripción en el Catálogo de aguas de aprovechamiento de aguas privadas. Distinción entre el régimen jurídico aplicable al Registro de Aguas y el Catálogo.

C) Aprobación de modificación de proyecto de regulación de ríos para la ejecución de la presa del Val, en el término municipal de Los Fayos (Zaragoza). **3. Aguas marítimas.**

A) Deslinde del dominio público costero. a) Finalidad: declarar demanio marítimo aquello que lo es por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo.

b) Procedimiento: los deslindes posteriores a 1 de enero de 2003 caducan transcurridos veinticuatro meses desde su incoación. B) Recuperación de oficio: frente a usurpaciones demaniales la Administración costera ejercerá en cualquier tiempo esta potestad.

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: a) No existe un derecho previo del solicitante al otorgamiento efectivo de la

concesión. b) El plazo de las concesiones otorgadas en virtud de la disposición transitoria primera.1 de la Ley de Costas comienza a computar desde que se apruebe el deslinde que declare los bienes de dominio público. c) Extinción de las concesiones: vencimiento

del plazo para el que se otorgaron. Rescate. E) Infracciones y sanciones. F) Puertos.

a) Representación municipal en el Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias. b) La inclusión en el régimen especial de los trabajadores del mar requiere que el trabajador preste el servicio de estiba y desestiba. c) Usos privativos de espacios portuarios. d) Obligaciones de servicio público en los servicios de transporte marítimo. e) Responsabilidad patrimonial de la Administración portuaria: no existe cuando no se prueba el nexo causal entre su acción y el daño resultante.

f) Infracciones graves. g) Intervención de la Administración costera en la aprobación de Planes urbanísticos. **4. Carreteras.** A) La obligación de mantenimiento es parte de la gestión de la carretera. Si la falta de mantenimiento ha sido determinante de la causación de daños, procede el reconocimiento de responsabilidad patrimonial administrativa.

B) Información pública. Necesidad de someter a ella las modificaciones de proyectos que no hayan sido objeto de ese trámite. **5. Patrimonio histórico.**

A) Las Corporaciones Locales pueden solicitar ser beneficiarias de las subvenciones otorgadas con cargo al 1 por 100 del importe que del presupuesto total de ejecución al que asciende el coste de una obra pública ha de hacer frente el Estado y ha de destinarse a hacer frente a los trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, una vez se haya aprobado el proyecto de la obra pública y se encuentren en marcha los trabajos de ejecución.

B) Aunque un conjunto escultórico pueda técnicamente desmontarse y desplazarse sin menoscabo para la obra artística, puede considerarse bien inmueble si existe una voluntad acreditada de la Administración de ubicarlo de forma permanente en un fondo. **6. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Aguas continentales:

cánones de regulación y tarifas de utilización del agua. a) Imposición y ordenación.

b) Elementos de identificación de los tributos (I): hecho imponible. c) Elementos de identificación de los tributos (II): sujetos pasivos. d) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa. e) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación. f) Aplicación de las exacciones. g) Revisión, reclamaciones y recursos. h) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras. B) Aguas continentales: exacciones locales por abastecimiento domiciliario. C) Aguas marítimas: puertos. D) Otro dominio público: dominio público local. a) Utilización del dominio público local en general. b)

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Tasa al 1,5 por 100 que se exige a las empresas suministradoras de servicios de interés general. c) La cuestión de los operadores de telefonía móvil.

1. BIENES LOCALES

A) Régimen de aprovechamiento de los bienes patrimoniales: carácter básico de las disposiciones contenidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 e inconstitucionalidad sobrevenida de las regulaciones autonómicas anteriores incompatibles con la nueva regulación

La STC 162/2009, de 29 de junio, dictada en cuestión de constitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, Sala Primera, se pronuncia sobre el carácter básico del artículo 107.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, por ser contrario a la nueva regulación. Artículo básico que establece que el aprovechamiento de los bienes patrimoniales debe hacerse por concurso y artículo de la Ley aragonesa que recoge el sistema tradicional por subasta.

Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal primero indica cuáles son los títulos competenciales contenidos en el artículo 149.1 de la Constitución, que permitan aprobar legislación básica en materia de patrimonios públicos. Citando jurisprudencia anterior –STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 1º y STC 85/1984, de 26 de julio, FJ 3º– afirma que diversos títulos del artículo 149.1 CE reservan esta materia a la competencia exclusiva del Estado: “por ejemplo, la legislación civil (artículo 149.1.8 CE) (...) las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (artículo 149.1.18 CE), o la legislación básica sobre contratos o concesiones administrativas (ibídem)”. Pero es principalmente en las nociones de “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” y de “legislación básica sobre contratos o concesiones administrativas”, contenidas en el artículo 149.1.18 CE, donde ha de entenderse residenciada la competencia estatal en materia de régimen patrimonial de las Administraciones públicas.

Partiendo de dichos títulos competenciales y que el artículo 107.1 de la LPAP formalmente tiene carácter básico, según su disposición final segunda, se centra en analizar si materialmente también tiene este carácter básico. Precepto en el que se fija la regla general de adjudicación por concurso de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de todas las Administraciones públicas, y las posibles excepciones a esta regla (supuestos de adjudicación directa). Pues bien, para el Tribunal el establecimiento por el legislador estatal de esta norma responde a la vinculación de las bases estatales con las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, que rigen la contratación pública, (SSTC 141/1993, de 22 de abril, FJ 5º, y 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 6º), a fin de asegurar a los ciudadanos un tratamiento uniforme en sus relaciones con las Administraciones públicas, que se vería comprometido, en lo que aquí importa, si las formas de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales pudieran ser diferentes en las distintas partes del territorio nacional.

Ciertamente, sigue diciendo el Tribunal Constitucional, tanto la subasta como el concurso son formas de adjudicación de los contratos susceptibles de satisfacer las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica. No obstante, que el legislador estatal haya

optado por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas, excluyendo en todo caso la subasta, no puede reputarse como una decisión que exceda del común denominador normativo que encierra el título básico contenido en el artículo 149.1.18 CE, sin que le corresponda a este Tribunal fiscalizar la oportunidad de esa concreta opción del legislador, plasmación de una legítima opción política.

En efecto, la opción del legislador estatal resulta justificada especialmente en atención a las garantías de igualdad y libre concurrencia de la contratación pública, ya que, frente al automatismo absoluto de la subasta (adjudicación al mejor postor), el concurso permite una mayor flexibilidad, al introducir la posibilidad de elegir a un adjudicatario teniendo en cuenta la proposición más ventajosa (no solo el precio, como en la subasta), lo que puede contribuir a facilitar el acceso a los contratos de explotación de bienes patrimoniales a mayor número de interesados, al tiempo que asegura la obtención por la Administración pública, a través de la promoción de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público.

La anterior conclusión no se contradice con la afirmación de que, tratándose de negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales de las Entidades locales, “estos bienes están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquéllas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular” (STC 166/1998, de 15 de julio, FJ 13º), pues dicha finalidad puede satisfacerse perfectamente seleccionando al adjudicatario mediante concurso, forma de adjudicación del contrato en la que, entre otros criterios a considerar, habrá de tenerse en cuenta, desde luego, el del precio ofertado, hasta el punto de que este criterio resultará determinante si existiera empate entre ofertas atendiendo a los restantes criterios de adjudicación del concurso, pues, existiendo esa situación de igualdad entre los licitadores, la racionalidad de los principios de buena administración de los intereses públicos (artículo 103.1 CE) y de eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos (artículo 31.2 CE), conduce a la elección del interesado que ofrezca pagar mayor precio por la utilización del bien patrimonial de que se trate.

El principio general de adjudicación por concurso de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales se completa con la admisión, con carácter excepcional, de la adjudicación por contratación directa, previsión que encuentra su justificación en la existencia de supuestos peculiares, que el propio artículo 107.1 de la Ley de Patrimonio para las Administraciones Públicas enumera, en los que justamente la mejor satisfacción de los intereses públicos aconseje la selección directa del contratista, por no resultar eficaz en tales supuestos excepcionales acudir a un sistema complejo de selección, como es el concurso. En todo caso, el control de la decisión administrativa de optar por la adjudicación directa queda asegurado por la exigencia legal de que esa decisión sea motivada (“las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente”, establece el artículo 107.1 *in fine*) y, en consecuencia, susceptible de revisión jurisdiccional.

Por otra parte, debe descartarse que la regulación establecida por el artículo 107.1 citado sea tan minuciosa o exhaustiva que no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo en esta materia, pues al optar el legislador estatal por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de bienes patrimoniales de las Administraciones públicas (con la admisión, con carácter excepcional, de la adjudicación directa), no se agotan las posibilidades de que el legislador autonómico con competencia para

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

ello pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, contengan prescripciones y peculiaridades de detalle o de procedimiento (tales como los criterios de valoración de las ofertas, la admisibilidad de variantes o mejoras, el número mínimo de ofertas a solicitar en los supuestos de adjudicación directa, etc.) que las Comunidades Autónomas hayan estimado conveniente introducir (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6º; 1/1982, de 28 de enero, FJ 1º; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 16º; 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5º; y 109/2003, de 5 de junio, FJ 4º, entre otras).

Teniendo en cuenta el carácter básico del artículo 107.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, a continuación se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 184.2 de la Ley aragonesa de Administración Local de 1999, en el que se establece la regla general de la subasta para adjudicar el aprovechamiento de los bienes patrimoniales. El Tribunal considera que la regulación contenida en ese precepto era correcta cuando se aprobó la Ley, dado que se adecuaba a lo previsto en la legislación básica estatal vigente en aquel momento. Sin embargo, esta legislación básica ha sido modificada en el año 2003, por lo que ha devenido en inconstitucional, al ser contraria a la nueva regla del concurso para adjudicar el aprovechamiento de los bienes patrimoniales.

Finalmente, y dada la trascendencia del fallo en el ámbito local, la Sentencia fija sus efectos. El Tribunal considera que, dado que la disconformidad constitucional del precepto autonómico tuvo lugar no originariamente en el momento de promulgación de la Ley aragonesa, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) del artículo 184.2 de la Ley aragonesa deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal (SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9º *in fine*, y 1/2003, de 16 de enero, FJ 9º), no siendo susceptibles de ser revisadas como consecuencia de esta declaración de nulidad las situaciones jurídicas consolidadas, tanto las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) en las que se haya aplicado el artículo 184.2 de la Ley aragonesa, como, por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), las establecidas en aplicación de ese mismo precepto mediante acto administrativo firme (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11º, y 179/2006, de 13 de junio, FJ 11º).

B) Régimen especial de utilización de los bienes públicos: la utilización de bienes locales por las organizaciones sindicales más representativas

La utilización de los bienes patrimoniales se rige por la legislación de régimen local. No obstante, la legislación sectorial puede contener especialidades relevantes. En el caso debatido por la **STS de 23 de marzo de 2009**, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso de casación 3260/2006), sobre derechos fundamentales, se pronuncia sobre una de ellas: la regulada en el artículo 6.3.f) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y que permite la cesión gratuita del uso de bienes patrimoniales a las organizaciones sindicales más representativas.

Teniendo en cuenta la regulación contenida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, el Tribunal Supremo confirma la Sentencia recurrida en casación anulatoria de la cesión de un bien municipal a un sindicato concreto. Confirmación que se fundamenta en que la Ley Orgánica citada reconoce a las organizaciones sindicales que tengan la condición de más representativas para

obtener cesiones de uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que legalmente se establezcan, pero como en el caso debatido no eran patrimoniales ni de los pertenecientes al Patrimonio Sindical Acumulado, sino que tenían carácter demanial, la cesión no resultaba procedente. Asimismo, indica la Sentencia que no se siguió el procedimiento legalmente establecido para conceder el uso de los bienes de dominio público previsto en la legislación de régimen local. Por tanto, no se daban los supuestos para la cesión que, sin embargo, se acordó. Se trata, desde luego, de un aspecto de legalidad ordinaria, pero está directamente relacionado con el derecho de acción sindical tal como lo define el artículo 6.3 de la Ley Orgánica mencionada.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida reprocha al acuerdo municipal, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1983, que no explicase el carácter no discriminatorio del acuerdo, por cuanto existían otras organizaciones sindicales representativas a las que no se había cedido el uso de bienes. Esto también era relevante porque la condición de sindicato más representativo en los ámbitos estatal y autonómico del sindicato recurrente le hacía gozar, según los artículos 6.3.f) y 7.1.b), párrafo segundo, de la Ley Orgánica mencionada, de capacidad en todos los niveles para obtener cesiones de inmuebles en las condiciones dichas. Por tanto, a pesar de los resultados de las elecciones sindicales a las que se ha hecho referencia por el Ministerio Fiscal, al sindicato recurrente le asistía el mismo derecho que al sindicato beneficiado por la cesión de uso del bien local. De ahí la importancia de la justificación que echa en falta la sentencia. En fin, el fallo de la Sentencia recurrida no cierra el paso, al contrario, deja el camino expresamente abierto, a que ambos sindicatos representativos reciban cesiones de uso temporal de inmuebles patrimoniales del Ayuntamiento, siempre que se acuerden conforme a las leyes y no se produzca discriminación.

C) Prerrogativas administrativas: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio

En la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de mayo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 916/2008), se examinan los requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Requisitos que se cumplen en el caso objeto de enjuiciamiento, por lo que los acuerdos del Ayuntamiento ordenando la retirada de unas ocupaciones de bienes públicos son confirmados.

En concreto, en ella se afirma que la potestad de recuperación de oficio de terrenos de dominio público indebidamente ocupados permite a los Ayuntamientos restablecer por sí mismos la situación posesoria preexistente, poniendo fin a la perturbación cometida por terceros mediante la utilización de “todos los medios compulsorios legalmente admitidos” (artículo 71.3 del Reglamento estatal de Bienes de las Entidades Locales), es una de las llamadas por la doctrina y jurisprudencia potestades exorbitantes del régimen jurídico de los bienes de la Administración caracterizado por la autotutela, régimen que, sin embargo, no puede alterar ni el derecho de propiedad ni tampoco la posesión definitiva de los bienes. La jurisprudencia reiteradamente ha declarado que la Administración al ejercitar estas medidas de protección ni prejuzga ni decide sobre la naturaleza y definitiva pertenencia dominical y posesoria de los bienes recuperados, aspecto este último reservado a los Tribunales ordinarios (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992 y 9 de mayo de 1997), pues como dice la STS de 10 de febrero de 2001

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

“el Reglamento otorga potestades para la investigación y recuperación de los bienes, desprendiéndose del mismo que los municipios pueden declarar su titularidad, sin perjuicio de que los particulares que se entiendan perjudicados puedan recurrir ante la jurisdicción civil.

Y, a continuación, en la STSJ se indican las características y requisitos de esta potestad, según la normativa y jurisprudencia del TS. Así, se dice que la recuperación de los bienes de dominio público puede realizarse en cualquier tiempo (artículo 70.1 del Reglamento estatal de Bienes de las Entidades locales); el ejercicio de dicha potestad no es discrecional, si se dan los requisitos para su ejercicio (STS de 6 de junio de 1990); para ejercitar dicha potestad basta acreditar una posesión pública anterior o una usurpación reciente de tales bienes (artículo 71.2 del Reglamento estatal de Bienes y STS de 9 de mayo de 1997) y esta prueba debe ser plena y acabada (SSTS de 12 de julio de 1982, 20 de julio de 1984, 24 de abril de 1985, 3 de junio de 1985 y 1 de junio de 1988); si la usurpación es reciente, no es necesaria la aportación por el Ayuntamiento de documentos para justificar la decisión administrativa, conforme dispone el artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (STS de 2 de diciembre de 1999); es imprescindible que los bienes recuperados se hallaren indebidamente en posesión de particulares (SSTS de 22 de mayo de 1985 y 12 de diciembre de 1996); debe existir una completa identidad entre lo poseído por la Corporación y lo usurpado por el particular (SSTS de 23 de febrero de 1957, 10 de marzo de 1977, 26 de enero de 1984 y 1 de diciembre de 1987); no es necesario un deslinde previo para la recuperación en vía administrativa, cuando no existe confusión de límites (STS de 23 de noviembre de 1998); no es necesario que la Administración local acredite en sede jurisdiccional contencioso-administrativa la plena titularidad demanial de los bienes sobre los que se ejercita la facultad de recuperación (STS de 9 de mayo de 1997) sino que únicamente es exigible que de modo claro e inequívoco se acredite la anterior posesión administrativa del bien sobre el que se ejerce (SSTS de 22 mayo de 1985 y 12 de diciembre de 1996); y el ejercicio de la facultad de recuperación de oficio se reconoce sin perjuicio de la acción de quien se crea titular dominical de los bienes sobre los que se ejercita el *interdictum proprium* para reivindicarlos ante la jurisdicción civil (SSTS de 22 de mayo de 1985 y 12 de diciembre de 1996).

Al margen de la STSJ comentada, también deben mencionarse las **STSJ de Andalucía (Granada) 879/2008, de 9 de junio**, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, y la **STSJ de Murcia 132/2009, de 20 de febrero**, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda. En ellas se enjuicia la legalidad de determinadas actuaciones municipales para la recuperación de bienes municipales y se resume la legislación y jurisprudencia del TS aplicable.

Finalmente, es preciso aludir a la **STSJ de Asturias 350/2008, de 17 de abril**, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, en la que se enjuicia la legalidad de la orden de retirada de un ganado que pastaba en un bien comunal. Dicha orden es anulada, entre otros motivos, por haberse demostrado dudas sobre los límites del monte público y no haberse practicado deslinde previo alguno del monte, existiendo una pasividad de la Administración para ello.

D) Prerrogativas administrativas: la potestad de desahucio

La potestad de desahucio administrativo está regulada en el artículo 93 del Reglamento estatal de Bienes de las Entidades Locales de 1986. La **STSJ de la Comunidad Valenciana 961/2008**,

de 3 de octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, se pronuncia sobre la validez del ejercicio de esta potestad y las condiciones que deben cumplirse. En particular, en la STSJ citada se dice que tal precepto autoriza el desahucio administrativo, sin distinción alguna sobre la naturaleza de los bienes, sobre un presupuesto preciso, a saber: la ocupación de las viviendas “cedidas” al personal a su servicio por razón, concreta e inequívoca, de “los servicios que presten”, o sea, por los servicios correspondientes al desempeño de los correspondientes puestos de trabajo, no se trata, por tanto, de la ocupación de las viviendas por la sola condición de funcionario o empleado al servicio de la Administración Local sino por razón de los servicios que preste éste, o sea, que la ocupación de la vivienda cedida lo sea, precisamente, por razón de los concretos servicios que se presten o, lo que es lo mismo, por razón del desempeño de un puesto de trabajo que comporta el de ocupar vivienda. Tal supuesto no es el planteado en el caso enjuiciado por la Sentencia, en el que la construcción de las viviendas protegidas, de que se trata, era para su ocupación o utilización por funcionarios y maestros de la localidad discutiéndose, incluso, el sistema aprobado de utilización: en amortización o en alquiler; y, también, el cambio de sistema cuya aprobación no consta aunque se informara favorablemente. Por ello, el desahucio administrativo no puede fundarse en las previsiones del citado precepto que, según lo expresado, es inaplicable, y más, cuando no consta, con certeza, el preciso título de ocupación de las viviendas, sin el cual, es evidente que no puede prosperar, ni admitirse, la recuperación posesoria de las mismas que, además, ejercitada sobre bienes patrimoniales entraría en contradicción con lo dispuesto en el artículo 58, precepto básico, de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, a menos que las viviendas merecieran la consideración de “residencia oficial” de los empleados, en cuyo caso, su consideración sería la propia de un bien demanial.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Reglamento del Dominio Público Hidráulico: cuestión de legalidad sobre lo dispuesto en el artículo 332 del reglamento en relación con la ausencia de notificación de la propuesta de resolución del expediente sancionador

En la STS de 2 de abril de 2009 (recurso de casación 4/2008), se examina la cuestión de legalidad planteada por auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2008, en relación con lo dispuesto en el artículo 332 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

En su auto de 3 de junio de 2008, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha plantea cuestión de legalidad sobre el artículo 332 del RDPH, en relación con la sentencia dictada en fecha 18 de septiembre de 2006 (recurso contencioso administrativo 840/2002) en la que se anulaba la resolución sancionadora allí impugnada que imponía una multa de 1.200 euros por la apertura ilegal de un pozo, al no haber sido notificada al interesado la propuesta de resolución.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Razona el Tribunal de instancia en la justificación jurídica de su auto que el artículo 332 del RDPH establece que: “una vez contestado el pliego de cargos, realizada en su caso la práctica de las pruebas, completado el expediente con las alegaciones y documentos que procedan y previa audiencia del interesado, el instructor formulará la propuesta de resolución en los términos previstos en el artículo 18 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora...”.

Según el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el citado precepto omite el trámite de la necesaria notificación de la propuesta de resolución al presunto responsable; y no sólo la omite sino que no permite la posibilidad de dicha notificación, quedando la propuesta de resolución como un documento interno dentro del expediente sancionador a disposición del órgano resolutorio sin ofrecer al responsable la oportunidad de combatirlo y rebatirlo, lo que según el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha pudiera ser contrario al artículo 24.2 de la Constitución Española, planteando la cuestión de legalidad con fundamento en la infracción del mencionado precepto constitucional (artículo 24.2 CE).

Examinada por el TS la cuestión de legalidad planteada por la Sala de instancia, al entender ésta que el artículo 332 del RDPH no sólo omite el trámite de la notificación de la propuesta de resolución sino que lo veda o lo impide, el Tribunal Supremo afirma en la línea de lo argumentado por la Abogacía del Estado en su escrito de 18 de junio de 2008, que no comparte estos razonamientos contenidos en el auto por el que la Sala de instancia plantea la cuestión de legalidad, dado 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 su FJ 2º que “una aplicación práctica este juego de remisiones la encontramos en la STS de 2 de octubre de 2007 (casación para unificación de doctrina 231/2004), donde expresamente se recuerda que el artículo 327.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico remite a la regulación contenida en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y que este último, tras regular en su artículo 18 la propuesta de resolución, luego en el artículo 19 concede a los interesados, tras la notificación de esa propuesta, un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar documento e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento”.

Determina el TS que frente a lo que razona la Sala de instancia al plantear la cuestión de legalidad, se observa que el artículo 332 del RDPH no excluye la notificación de la propuesta de resolución al interesado. Más bien al contrario: “la interpretación concordada de este precepto con lo establecido 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, lleva a concluir que, salvo en el supuesto específico para el 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” (antepenúltimo párrafo del FJ 2º).

Por las razones expuestas, el TS desestima la cuestión de legalidad planteada contra el artículo 322 del Reglamento del Domino Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

B) Denegación de inscripción en el Catálogo de aguas de aprovechamiento de aguas privadas. Distinción entre el régimen jurídico aplicable al Registro de Aguas y el Catálogo

En la STS de 27 de abril de 2009 (recurso de casación 11340/2004), se discute la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 7 de julio de 2004 (recurso contencioso-administrativo núm. 680/01), por la que se desestima el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 30 de enero de 2001, dictada por la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Segura, que desestima el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 24 de febrero de 2000, que denegó inscripción en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas.

Las alegaciones de partida de la parte recurrente, según explica la sentencia recurrida, consiste en afirmar que la inscripción en el Catálogo tiene una finalidad de control por el Organismo de Cuenca que es obligatorio para la Administración y voluntario para el particular que lo solicita; que existe desde 1979 un aprovechamiento privado a su favor anterior a la Ley de Aguas en la finca que adquirió el recurrente y que se utilizaba para el regadío con el mismo fin que el solicitado por el recurrente, con lo que la inscripción en todo caso era procedente; que no se ha iniciado expediente alguno para la declaración de la caducidad de tal aprovechamiento, si ello fuese posible, ya que la actora entiende que el régimen jurídico de las aguas del recurrente es de acuerdo con la disposición transitoria cuarta número Uno de la Ley de Aguas de 1985.

Ante tales razones la Administración opuso en su contestación a la demanda: que se ha acreditado que en el momento de entrar en vigor la Ley de Aguas el pozo no se encontraba en explotación y había sido abandonado desde hacía más de diez años; que la acreditación de los derechos persistentes incumbe a los propietarios, y que la insuficiencia de la documentación aportada ha hecho que se tomasen en consideración las imágenes del fotograma efectuado en marzo de 1986; que la parte actora no ha acreditado en absoluto la existencia de aprovechamiento con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas que permita la inscripción solicitada en el Catálogo.

Sentados los términos de la controversia que se analiza, el TS recepciona gran parte de los argumentos y fundamentos jurídicos de la Sala de instancia en orden a que del amplio y detallado análisis que ésta efectuó de los documentos, periciales, datos e informes obrantes en el expediente, no cabía otra conclusión que la falta de acreditación por parte de la recurrente de la existencia de aprovechamiento con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, dado que el recurrente no acreditó la explotación ininterrumpida del pozo.

Pero además de ello el TS, en su FJ 2º, abunda en una clara y muy didáctica exposición de la diferenciación entre el régimen jurídico aplicable al Registro de Aguas y al Catálogo de Aguas, así como de una precisión sobre el alcance y el significado de la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas que invoca el recurrente.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

El TS afirma recordando su Sentencia de 9 de junio de 2004 (casación 342/2004) que: "... no cabe duda que el régimen jurídico del Registro de Aguas y el del Catálogo es diferente y ello se deduce claramente de lo establecido en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, y artículos 189 a 197 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, siendo la más trascendental diferencia la de que, como establecen concordadamente los apartados 2 de las disposiciones transitorias segunda y tercera de dicha Ley de Aguas, no podrán los aprovechamientos incluidos en el Catálogo gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas..."

A continuación indica el Tribunal que la misma sentencia remarca las diferencias señalando que: "(...) mientras en las disposiciones transitorias segunda y tercera se exige abierta y claramente el derecho a la utilización del agua, en la cuarta, apartado 2, se alude a la declaración del titular legítimo del aprovechamiento y al conocimiento por el Organismo de cuenca de sus características y aforo, lo que el Reglamento del Dominio Público Hidráulico traduce en su artículo 195.2 en una declaración acompañada del título que acredite su derecho al aprovechamiento haciendo constar sus características y destino de las aguas".

Abundando en esa línea de razonamiento, el TS se centra finalmente en el significado y alcance de la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1985, y utilizando de nuevo la citada sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de junio de 2004 —reiterada luego por la de 13 de octubre de 2008 (casación 6165/04)— efectúa las siguientes consideraciones:

"La interpretación que se debe hacer de lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas 29/1985, aplicable en este caso, y en el artículo 195.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, no es otra que la necesidad de 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 regable, puesto que se trata de que la Administración conozca la existencia del aprovechamiento en cuestión, sus características y aforo.

Así, pues, lo que la Administración hace constar en el Catálogo no son derechos sino situaciones de hecho, y ello justifica que no se otorgue a los aprovechamientos incluidos obligatoriamente en el Catálogo la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro.

Es cierto que en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas se alude a los titulares legítimos de aprovechamiento de aguas calificadas como privadas en la legislación anterior a la Ley, pero tal expresión es necesario interpretarla en armonía con lo establecido en las disposiciones transitorias segunda y tercera, apartado 2, de la propia Ley de Aguas, de cuya interpretación se deduce que, mientras para inscribir los aprovechamientos en el Registro 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, sin que de esta prueba esté excusado, en contra de lo aducido en el primer motivo de casación, el titular obligado a declarar su aprovechamiento para incluirlo en el Catálogo, no bastando, como parece entenderlo el representante procesal de la recurrente, con la mera declaración de las características y del aforo, por lo que examinaremos seguidamente, al hilo de lo alegado por dicha recurrente en la segunda parte de su segundo motivo de casación, si en este caso, a pesar de lo declarado por el Tribunal sentenciador, se deben entender acreditados las características y el aforo del aprovechamiento (...)"

Así delimitado el significado de la inscripción en el Catálogo de Aguas privadas a que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas, concluye el TS que es claro que el motivo de casación alegado por la parte recurrente no puede ser atendido y por las razones expuestas desestima el recurso de casación.

C) Aprobación de modificación de proyecto de regulación de ríos para la ejecución de la presa del Val, en el término municipal de Los Fayos (Zaragoza)

En la STS de 13 de mayo de 2009 (recurso de casación 312/2005), se discute la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, y por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Los Fayos (Zaragoza) contra la Resolución de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Obras Públicas, de 15 de abril de 1996, que aprobó el expediente de forma definitiva de la Modificación nº 1 del Proyecto de Regulación de los ríos Queiles y Val, en el término municipal de Los Fayos (Zaragoza).

Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación, por la representación del Ayuntamiento de Los Fayos, en el que se invocan cuatro motivos de casación al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la LJCA. Los dos primeros motivos de casación versan en sustancia sobre la vulneración de los artículos 3 y 4.1 de la Ley 30/1992, 10.1 y 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local. Se sostiene al respecto, que la Administración ignoró completamente las obligaciones de información, colaboración y coordinación hacia el Ayuntamiento de Los Fayos ante la falta de remisión al Ayuntamiento recurrente de la modificación del Proyecto. El segundo bloque de motivos de casación se intenta fundamentar por parte del Ayuntamiento recurrente en la genérica denuncia de que el Proyecto no había sido sometido a Evaluación de impacto ambiental, como exige el Reglamento para la ejecución del RD Legislativo 1302/1996, de 28 de junio, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de diciembre.

En relación con estos dos bloques de motivos de casación —que son los principales que sustentan el recurso— alegados por el Ayuntamiento que recurre, el TS afirma con respecto del primer motivo que aunque considerando que dichas infracciones normativas se atribuyen de modo indirecto a la sentencia que se recurre, el motivo no puede prosperar pues las infracciones que se denuncian resultan imprecisas en su formulación y genéricas en su fundamentación, pues la infracción del artículo 3 de la Ley 30/1992 no señala qué concreto apartado y principio general ha sido transgredido por la sentencia recurrida, y en relación con el artículo 4.1 de la misma Ley tampoco se precisa la consecuencia concreta derivada del principio de lealtad institucional que se ha infringido.

En este sentido afirma el TS en su FJ 2º que el simple esbozo de los principios legales invocados por el recurrente revela que lo que se denuncia en este motivo de casación es una cuestión ajena de contenido, pues la queja de la recurrente se centra en que no se le ha remitido la modificación nº 1 del proyecto de regulación de los ríos Queiles y Val, cuando lo cierto es que dicho proyecto se realizó como consecuencia del acuerdo alcanzado, y plasmado en un Convenio de 17 de febrero de 2003, entre el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro y el Alcalde de Los Fayos, y el Convenio posterior, de 26 de marzo siguiente, entre

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

los anteriores y el Consejero de Ordenación Territorial de Obras Públicas y Transportes, que se revela en sí mismo como una expresión de colaboración entre Administraciones. Por ello, atendida la naturaleza de las modificaciones que integran el proyecto de la Modificación nº 1 del proyecto, en relación con origen pactado de la obra pública, concluye el TS que no se aprecia en la actuación administrativa restricción, menoscabo o intrusión en el ámbito de las competencias de la Entidad local recurrente.

En cuanto al segundo bloque de motivos de casación, invocando por el Ayuntamiento recurrente la falta de Evaluación de Impacto Ambiental respecto del Proyecto de Modificación núm. 1 del proyecto de regulación de los ríos Queiles y Val, así como adicionalmente, de manera confusa, en alguna ocasión aludiendo también al Proyecto de aprobación del embalse del Val, afirma el TS en su FJ 4º que la confusa referencia que efectúa el recurrente a la presa de Val no puede fundar la citada infracción porque el proyecto para la construcción de la citada presa no fue el proyecto cuya aprobación se impugnó en el recurso contencioso administrativo y no se pronunció sobre él la sentencia impugnada. De manera que el apartado g) del grupo 8, en relación con el artículo 3.2 del RD Legislativo, que comprende a “presas y otras instalaciones destinadas a retener el agua o almacenarla, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: (...) 1. Grandes presas según se definen en el Reglamento técnico sobre seguridad de presas y embalses, aprobado por Orden de 12 de marzo de 1996, cuando no se encuentren incluidas en el anexo I”, no resulta de aplicación al caso.

Por todo lo anterior el TS desestima todos los motivos de casación invocados.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del dominio público costero

a) Finalidad: declarar demanio marítimo aquello que lo es por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo

En la práctica totalidad de las crónicas sobre costas aparecidas en esta REVISTA —y la presente no es una excepción— se han mencionado resoluciones judiciales que ratifican el carácter demanial de los bienes costeros que por naturaleza se acomodan a las determinaciones normativas al efecto. A pesar de que se hayan realizado sobre ellos actuaciones con la intención de mantenerlos artificialmente al margen de la consideración que les corresponde en atención a sus condiciones físicas, aunque hayan sido clasificados como suelo urbano, y pese a que existan deslindes previos, que en ningún caso imposibilitan la realización de otros posteriores si los llevados a cabo resultan incorrectos, incompletos o inexactos. Se señalan ahora las SSTS de 6, 23, 28 y 29 de julio (dos), 17 y 30 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso (recursos 2027/2005, 3198/2005, 2009/2005, 3339/2005, 3357/2005, 3359/2005 y 3867/2005 respectivamente); SSAN de 14 y 17 de septiembre de 2009 (recursos 171/2007 y 147/2008) (terrenos inundables por la acción del agua del mar); SSAN de 2 y 9 de julio, 10, 17 y 24 de septiembre (dos) de 2009, Sala de lo Contencioso (recursos 598/2007, 118/2008, 76/2008, 542/2007, 463/2007 y 602/2007) (playas y dunas); SAN de 17 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 311/2006) (límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos), y SAN de 1 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 515/2007) (márgenes de los ríos hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas).

b) Procedimiento: los deslindes posteriores a 1 de enero de 2003 caducan transcurridos veinticuatro meses desde su incoación

Tras la modificación del artículo 12.1 de la Ley de Costas llevada a cabo por Ley 53/2002, la cuestión de la caducidad de los procedimientos de deslinde, muy dudosa hasta entonces, está resuelta expresamente desde la normativa sectorial. De acuerdo con su tenor, caducan por el transcurso de veinticuatro meses sin resolución, si bien este precepto sólo resulta de aplicación a los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2003, como sucede en el supuesto enjuiciado por la SAN de 17 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 96/2008.

B) Recuperación de oficio: frente a usurpaciones demaniales la Administración costera ejercerá en cualquier tiempo esta potestad

Las ocupaciones sin título de bienes del dominio público marítimo-terrestre obligan a la Administración del Estado, como titular, a ejercer en cualquier tiempo y sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la potestad de recuperación de oficio, ordenando la demolición de las instalaciones indebidamente realizadas sobre los bienes usurpados (STS de 21 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 2884/2005).

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

También en esta oportunidad hay que destacar jurisprudencia en torno a las disposiciones transitoria tercera.³ de la Ley de Costas y transitoria novena de su Reglamento: STS de 28 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, (recurso 2009/2005); SAN de 17 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 311/2006), y SSTSJ de Galicia de 9 de julio de 2009 (dos), Sala de lo Contencioso (recursos 4286/2006 y 4058/2008). Y en lo que constituye una doctrina asentada, han vuelto a recordar que la posibilidad de reducir la extensión de la servidumbre de protección establecida en el artículo 23.1 de la Ley de Costas (100 metros) a 20 metros queda supeditada a la clasificación de los terrenos como suelo urbano a la entrada en vigor de ésta o, en defecto de tal clasificación, a que se tratase en la misma fecha 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 casos que analizan.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre**a) No existe un derecho previo del solicitante al otorgamiento efectivo de la concesión**

Si bien es cierto que cualquier uso privativo del demanio marítimo requiere previa concesión por parte de la Administración costera, no lo es menos la inexistencia de un derecho

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

previo del solicitante a obtener la solicitada, tratándose de una decisión discrecional de la Administración, debidamente motivada. Así han insistido en una pluralidad de ocasiones doctrina y jurisprudencia, y así vuelven a hacerlo las SSAN de 13 y 16 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recursos 142/2008 y 344/2008.

b) El plazo de las concesiones otorgadas en virtud de la disposición transitoria primera.1 de la Ley de Costas comienza a computar desde que se apruebe el deslinde que declare los bienes de dominio público

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 la entrada en vigor de ésta pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión en el plazo de un año a contar desde la mencionada fecha. La STS de 29 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 2294/2005) aclara dos cuestiones importantes en relación con esta previsión. En primer lugar, rechaza la pretensión del recurrente de obtener de oficio dicha concesión, recordando que aquel tenor literal le exige solicitarla. Y, en segundo lugar, le obliga a soportar las consecuencias desfavorables de su demora en dicha solicitud (que fue de seis años desde la aprobación del deslinde que declaraba de dominio público los bienes previamente considerados de propiedad particular), traducidas en el inicio del cómputo del título en dicha fecha, y no en el momento en que le fue otorgada la concesión. Como recuerda el Tribunal, lo contrario supondría prolongarla indebidamente en perjuicio del interés general.

c) Extinción de las concesiones: vencimiento del plazo para el que se otorgaron. Rescate

Las concesiones de uso del demanio costero se extinguen normalmente por transcurso del plazo del tiempo para el que se otorgaron, que no podrá exceder de treinta años, sin que quepa prórroga sobre él (SSAN de 10 y 24 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso, recursos 356/2008 y 78/2008). También el rescate es un modo de extinción y, como señala la SAN de 16 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 16/2008, no tiene carácter reglado, constituyendo una decisión discrecional de la Administración costera. En efecto, dicho rescate exige la previa declaración de utilidad pública que lo justifique, correspondiendo a la Administración su apreciación en ejercicio de su discrecionalidad. Por tanto, en ningún momento está obligada a atender solicitudes en este sentido hechas por el concesionario.

E) Infracciones y sanciones

La realización de actuaciones tipificadas como infracciones administrativas en los artículos 90 y 91 de la Ley de Costas acarrea la imposición de las correspondientes sanciones, así como la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado (artículo 95). Es el caso de las acciones u omisiones que causen daños o menoscabo a los bienes del dominio público marítimo-terrestre (STSJ de Baleares 23 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 523/2006), de la ejecución no autorizada de obras e instalaciones en él (STSJ de Valencia de 2 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 1561/2007), de la realización de construcciones

no autorizadas en la zona de servidumbre de protección (STSJ de Galicia de 9 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 4250/2008), o de la interrupción de los accesos públicos al mar y de la servidumbre de tránsito (STSJ de Galicia de 16 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 4357/2007), todas ellas de carácter grave. Como recuerda este último pronunciamiento, dichas infracciones prescriben a los cuatro años desde su total consumación; fecha esta que, en el supuesto enjuiciado, no ha sido probada, lo que impide considerarla prescrita.

F) Puertos

a) Representación municipal en el Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias

El artículo 40 LPMM establece una representación del 14 por 100 del total de los miembros del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria en favor de los Municipios en cuyo término esté localizada la zona de servicio del puerto. No obstante, el hecho de que el Alcalde de uno de ellos haya sido designado por la Comunidad Autónoma para formar parte de dicho órgano, y posteriormente ésta decida su remoción, no legitima al Municipio para impugnar la decisión con el argumento de aquella representatividad. En este caso, la actuación de dicho Alcalde debía responder a la representación conferida por el Gobierno autonómico, siendo el cargo municipal que detenta puramente accidental desde la perspectiva de la representatividad en el citado Consejo (STS de 22 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 302/2008).

b) La inclusión en el régimen especial de los trabajadores del mar requiere que el trabajador preste el servicio de estiba y desestiba

Como recuerda la STSJ de Galicia de 2 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 730/2009), los trabajadores que presten sus servicios en empresas que tengan la condición de concesionarias en espacios portuarios y realicen directamente labores de transformación, procesamiento industrial o envasado de mercancías propias que se muevan por estos terminales marítimos no pueden incluirse dentro del Régimen Especial de trabajadores del mar, en la medida en que dichas actividades no tienen la consideración de servicio público de estiba y desestiba.

c) Usos privativos de espacios portuarios

El otorgamiento de una concesión de uso privativo de espacios portuarios requiere un trámite de competencia de proyectos que se iniciará cuando se presente una solicitud, y que consiste en la apertura de un plazo para la presentación de otras que tengan el mismo o distinto objeto que la primera, pudiendo resultar finalmente adjudicaria cualquiera de ellas, y no necesariamente la solicitud inicial (STSJ de Asturias de 23 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 397/2007).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por su parte, el carácter discrecional de la prórroga de dichas concesiones es recordado por la **STS de 8 de julio de 2009**, Sala de lo Contencioso, recurso 4448/2007. Como señala el Tribunal, el artículo 56.4 LPMM no impone una obligación administrativa de atender cualquier renovación, siendo en realidad una excepción a la regla general de improrrogabilidad que sólo se quebrará en atención a los intereses públicos concernidos.

d) Obligaciones de servicio público en los servicios de transporte marítimo

La **STSJ de Madrid de 8 de julio de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 607/2007), considera ajustada a derecho la imposición a las compañías prestadoras de servicios de transporte marítimo de viajeros de la obligación de intercambiar los billetes de transporte durante un determinado período de tiempo (Semana Santa), 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, tal y como permite el artículo 83.1 LPMM. La elevada demanda de embarque en esas fechas y las consecuencias negativas que para la salud y el bienestar de las personas podría tener la espera prolongada justifican la adopción de la medida, encajando plenamente en la figura de las obligaciones de servicio público reguladas por el precepto indicado.

e) Responsabilidad patrimonial de la Administración portuaria: no existe cuando no se prueba el nexo causal entre su acción y el daño resultante

La **SAN de 23 de septiembre de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 1435/2007), rechaza la responsabilidad patrimonial de la Capitanía Marítima de Algeciras por no impedir la salida al mar de un buque retenido por la autoridad judicial por causa de un litigio sobre un contrato de fletamento suscrito entre dos mercantiles. Como recuerda la Sentencia, en ningún momento queda probada la relación de causalidad entre este hecho y los daños producidos a la recurrente (destrucción de pruebas que evidenciarían defectos constructivos); menos considerando que ésta tuvo a su disposición el buque durante cinco meses y no propuso ninguna prueba al efecto.

f) Infracciones graves

El incumplimiento de la obligación de mantener el estado del buque y de su equipo en condiciones de hacerse a la mar sin poner en peligro la seguridad marítima o comprometer la integridad del medio ambiente marino constituye una infracción administrativa grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.2.k) LPMM. La sanción que lleva anudada podrá llegar hasta los 180.303,63 euros, graduándose su cuantía en función del beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la relevancia externa de la conducta infractora, la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor, el daño causado, el número de infracciones cometidas y cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el grado de reprochabilidad de la infracción. Precisamente estos criterios demuestran que la sanción impuesta en el supuesto sobre el que se pronuncia la **STSJ de Madrid de 22 julio de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 1525/2009), no respeta el principio de proporcionalidad, siendo anulada por el Tribunal y reduciendo su cuantía.

También constituye una infracción grave cualquier acción u omisión no comprendida en el apartado 2 del mismo artículo 115 LPMM que ponga en peligro la seguridad del buque o de

la navegación [letra m)]. Es el caso del fondeo de un buque sin notificarlo a la Administración portuaria y sin obtener autorización de la Capitanía Marítima, y la realización de operaciones de reparación que impliquen pérdida del margen de gobierno y maniobrabilidad del buque. Frente a la alegación de la recurrente sobre la falta de tipicidad de las acciones que se le imputan, la **STSJ de Madrid de 1 de julio de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 900/2007), señala que aquel apartado normativo ya identifica una descripción del injusto (puesta en peligro de la seguridad o la navegación) que cabe apreciar en algunas de ellas. Efectivamente, la Sala cuestiona que la sola falta de autorización de fondeo genere *per se* aquel peligro (aunque no vacila respecto al resto de operaciones), por lo que, ante la duda del cumplimiento del tipo aplicado en el caso de la primera infracción, entiende que debe prosperar, sólo en este punto, el recurso de la actora. Rechaza, sin embargo, las vulneraciones de los principios de culpabilidad y proporcionalidad alegadas por la entidad, así como la prescripción de la sanción, encontrando claras evidencias de lo dispuesto al respecto en los artículos 130, 131 y 132 de la Ley 30/1992.

g) Intervención de la Administración costera en la aprobación de Planes urbanísticos

Los artículos 112.a) y 117 de la Ley de Costas establecen la obligación de la Administración costera de emitir informe preceptivo y vinculante en los supuestos de aprobación y modificación de planes y normas de ordenación territorial o urbanística que afecten al litoral. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **STS de 21 de septiembre de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 2886/2004, el Ayuntamiento que aprobó inicialmente un Plan parcial no lo remitió a este fin a la Dirección General de Costas, omitiendo un trámite esencial para su aprobación. Por esta razón, el Tribunal rechaza la pretensión municipal de entender aprobado dicho Plan por silencio positivo, ya que en ningún caso existió una falta de respuesta por parte de la Administración costera.

4. CARRETERAS

A) La obligación de mantenimiento es parte de la gestión de la carretera. Si la falta de mantenimiento ha sido determinante de la causación de daños, procede el reconocimiento de responsabilidad patrimonial administrativa

La **STS de 22 de septiembre de 2009** (recurso 64/2008), resuelve un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con un accidente ocurrido en una carretera de titularidad pública. El siniestro que da pie a la reclamación de la que trae causa la sentencia se produjo, así se entiende acreditado, por causa directa e inmediata de la irrupción de un animal de pequeño porte —un zorro— en la calzada, llegándose a la conclusión, a la vista de los hechos probados, de que el raposo pudo acceder a la vía través de la oquedad existente en una valla metálica, colocada precisamente para evitar este tipo de penetraciones.

En el caso de autos se constata que la tela metálica en cuestión no se encontraba en las debidas condiciones de seguridad, y que tampoco reunía esas condiciones la unión de las barreras

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de limitación de acceso en el tramo en que se produce el accidente dado que carecía de los tornillos correspondientes para asegurar la correcta fijación entre un intervalo y otro. Estas circunstancias, considera el Tribunal, son las que, respectivamente, determinaron, de un lado, la pérdida del control del vehículo y su posterior impacto contra el vallado lateral, y, de otro, las severas lesiones que padecieron los ocupantes del automóvil, lo que unido a otras concausas, tales como la oscuridad reinante en el entorno en el momento del evento, el firme mojado o el tratarse de un animal ágil y de rápidos movimientos, dieron lugar al trágico resultado lesivo.

En orden a reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, se recuerda en la sentencia que, —conforme a lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras—, las autovías se conciben como carreteras de titularidad pública caracterizadas por tener una limitación de acceso a las propiedades colindantes, resultando, además, que de acuerdo con el artículo 15 de la citada norma, la explotación de una carretera comprende no únicamente las operaciones de construcción sino también las de conservación y mantenimiento de su buen estado. Siendo evidente la imposición legal de tal obligación y habiéndose instalado las vallas para atenderla, deviene innegable que éstas debían haber sido mantenidas en una situación óptima para impedir el acceso de animales a la vía.

En tanto que se entiende que la causa del acceso del zorro a la calzada radicó en la insuficiente conservación de la tela metálica de protección existente en el lugar de los hechos, que no imposibilitó la entrada de animales a la autovía, se estima que sí existe un título de imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración que radica en el incumplimiento por ésta del deber de mantenimiento en condiciones de seguridad de un bien de dominio público para su uso por parte de los ciudadanos, como es este tipo de carreteras.

La conclusión a la que se llega en la sentencia, matiza el Tribunal, podría ser distinta si ocurriese que la construcción y/o mantenimiento de la carretera hubiese sido contratado por la Administración a un tercero, pues, en tal caso, para identificar quién es el responsable de hacer frente a las indemnizaciones que puedan reconocerse habrá de estarse a la aplicación de lo dispuesto al respecto en la normativa sobre contratos públicos, en concreto, actualmente, a lo establecido en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

B) Información pública. Necesidad de someter a ella las modificaciones de proyectos que no hayan sido objeto de ese trámite

En la STS de 1 de julio de 2009 (recurso 381/2007), se reitera y afianza la doctrina jurisdiccional que de forma indubitada viene exigiendo que las modificaciones sustanciales que se realicen en la fase de proyección de infraestructuras viarias que no se hubiesen sometido a información pública se sometan a ella.

En el caso de autos no se habían sometido a este trámite ciertas variantes no irrelevantes operadas sobre el trazado inicial de la vía, pues no figuraban en el estudio informativo ni en el estudio de impacto ambiental sometidos a información pública.

En general sobre la necesidad de someter a información pública los proyectos de grandes infraestructuras públicas se impone recordar que la Directiva 97/11, que modificó la Directiva 85/337 y que a su vez ha sido modificada por la Directiva 2003/35, establece la información pública como un trámite inexcusable tanto de la solicitud de autorización de un proyecto

viario como del estudio de impacto ambiental al que éste se someta, pues con él se garantiza que el público interesado pueda expresar su opinión sobre tal infraestructura.

En España tanto la legislación estatal como las autonómicas recogen la obligación de someter el estudio de impacto ambiental, dentro del procedimiento aplicable para la autorización o realización de los proyectos de construcción de carreteras y conjuntamente con éste, entre otros, al trámite de información pública (obligación hoy recogida en el marco del Estado en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos). Asimismo y por su parte, el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 13/1998 se ocupó de reafirmar el carácter participativo de la evaluación de impacto ambiental, señalando como uno de los elementos esenciales el sometimiento preceptivo del proyecto y del estudio de impacto ambiental a información pública para que las personas y los interesados puedan expresar su opinión acerca de los principales proyectos de infraestructuras públicas.

En la medida en que en el caso resuelto por la Sentencia no se habían sometido a información pública ni a evaluación de impacto ambiental las dos variantes aprobadas que suponían una modificación sustancial del trazado originariamente previsto y sometido a información pública se llega a la conclusión de que la Administración ha incumplido la normativa.

Sienta el Tribunal Supremo que el trámite de información pública es un trámite inexcusable tanto de la solicitud de autorización del proyecto como del estudio de impacto ambiental y, su incumplimiento determina la nulidad de la aprobación de los proyectos respecto de los cuales no se hubiese verificado éste. El Tribunal Supremo insiste en que no existen objeciones legales que impidan reiterar, para un determinado tramo de la línea prevista, el estudio informativo y someterlo a nueva información pública cuando se pretendan introducir modificaciones sustanciales sobre el primitivo proyecto respecto de las cuales no ha existido la previa evaluación de impacto ambiental ni han sido oídos —a través de aquel trámite— los afectados por dichos cambios sustanciales en el trazado originario. Y ello en tanto que, ni el artículo 10.4 de la Ley de Carreteras ni el 34 del Reglamento General de Carreteras (aprobado por el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre) se vulneran por el hecho de que, ante cambios debidamente calificados de modificaciones sustanciales del trazado incluido en el proyecto originario, se proceda a la redacción de un nuevo estudio informativo, en su caso de carácter parcial, sujeto a los mismos procedimientos de publicidad previstos en aquellos preceptos.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) Las Corporaciones Locales pueden solicitar ser beneficiarias de las subvenciones otorgadas con cargo al 1 por 100 del importe que del presupuesto total de ejecución al que asciende el coste de una obra pública ha de hacer frente el Estado y ha de destinarse a hacer frente a los trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, una vez se haya aprobado el proyecto de la obra pública y se encuentren en marcha los trabajos de ejecución

La STS de 15 de julio de 2009 (recurso 1764/2007), puntualiza el alcance práctico de la prescripción prevista en el artículo 68.1 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Este precepto, —y, en concordancia con él, el artículo 58 del Real Decreto 111/1986—, recordamos, dispone que en el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, habrá de incluirse una partida económica equivalente, como mínimo, al 1 por 100 de los fondos que aporte el Estado a sufragar los costes de dicha obra con destino a hacer frente a los trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, que se emplearán con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno.

Pues bien, en esta resolución el Tribunal Supremo, tercia acerca de que los fondos concernientes a ese porcentaje se podrán solicitar por las entidades titulares de bienes que integran el Patrimonio Histórico Español y cumplan los requisitos que en cada caso puedan disponerse a partir del momento en que el proyecto de obra esté aprobado y en marcha, no antes, pues de lo contrario no se conocería con exactitud el importe de la obra, y, por consiguiente, tampoco la cantidad a que asciende el 1 por 100 cultural indicado. Considera el Tribunal que una cosa es que no exista legalmente un plazo máximo dentro del cual las entidades interesadas en participar de ese 1 por 100 hayan de presentar una solicitud al respecto y otra que no se pueda identificar el momento a partir del cual se puede pretender dicha participación, que no es otro que la aprobación y puesta en marcha de la ejecución de la obra pública.

Por otra parte, en esta sentencia se recuerdan, siquiera indirectamente, diversas resoluciones judiciales en las que se mencionan algunas de las exigencias y criterios que ha de cumplir la Administración del Estado a la hora de concretar el destino de las cantidades a que asciende el 1 por 100 del patrimonio cultural, como, por ejemplo, en primer lugar, la obligación de la Administración de resolver motivadamente y de forma clara y precisa sobre el fondo de las Solicitudes planteadas por las Corporaciones municipales en relación a la Partida del 1 por 100 Cultural, y, en segundo lugar, que en la resolución que se adopte queden reflejados, también de forma clara y precisa, los criterios utilizados en la aplicación del 1 por 100 Cultural y su concreta dedicación en actuaciones propuestas por Ayuntamientos, que se encuentren en la obra o su inmediato entorno a la que se contraen cada una de las actuaciones, y ello por cuanto las tales resoluciones han venido a señalar expresamente que la Administración no sólo viene obligada a dotar la partida prevista en el artículo 68 de la LPHE, destinando un porcentaje (que como mínimo debe ser el 1 por 100) del presupuesto de ejecución material (si bien el tenor literal del artículo 68 de la LPHE señala que será de los fondos de aportación estatal) a fines culturales, sino que, además, viene obligada a aplicarla con un carácter objetivo y no arbitrario.

B) Aunque un conjunto escultórico pueda técnicamente desmontarse y desplazarse sin menoscabo para la obra artística, puede considerarse bien inmueble si existe una voluntad acreditada de la Administración de ubicarlo de forma permanente en un fundo

La STS de 22 de julio de 2009 (recurso 4153/2007), se pronuncia acerca de cuándo un conjunto escultórico puede considerarse que constituye un bien inmueble. Pues bien, ante las pretensiones manifestadas por los recurrentes tendentes a cuestionar que el conjunto escultórico a que se refiere la sentencia —el denominado “El Dolmen de Dalí”, compuesto por dolmen y escultura ubicado en la Plaza de Salvador Dalí en Madrid—, debiera ser considerado como bien inmueble, el Tribunal Supremo puntualiza que no es suficiente para cuestionar tal consideración apelar a que el conjunto monumental dado los avances técnicos puede ser transportado sin menoscabo de un lugar a otro, siendo, y ello pese a ser ésta, precisamente,

una de las ideas plasmadas en el artículo 335 del Código Civil cuando al delimitar los bienes muebles dispone que: “Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, (los que se definen como inmuebles) y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos”. Por el contrario, estima que ha de pesar más para llegar a tal consideración la existencia de una voluntad manifestada por la Administración de unir un determinado conjunto escultórico de modo permanente al fundo en el que se instala.

Resultando que diversos preceptos permiten avalar la consideración de un conjunto escultórico como bien mueble, así el artículo 14.1 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español que establece que: “Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos”, el artículo 15 de la misma Ley que establece en su apartado primero que: “Son monumentos aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social”, o el propio apartado 4 del artículo 334 del Código Civil al disponer que tienen la misma consideración de bien inmueble las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) Imposición y ordenación

SSTSJ de Extremadura de 23 y 30 de enero de 2009 (NR 694 y 693/2007), estima la reclamación presentada por el sujeto pasivo dado que la aprobación del canon de regulación se produjo una vez iniciado el período en que se devengan las tasas reclamadas. También se centra en estas disquisiciones sobre la retroactividad o no de las exacciones la STSJ de Madrid de 22 de enero de 2009 (NR 1012/2006).

En el caso resuelto por la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de enero de 2009 (NR 991/2007), la demandante reprocha la inexistencia en el expediente de la publicación en el BOP de la resolución aprobatoria. Pone de manifiesto el TSJ que el procedimiento sólo exige la información pública referente del cálculo del valor, con cita de los artículos 302 y 309 del RDPH.

b) Elementos de identificación de los tributos (I): hecho imponible

La SAN de 9 de febrero de 2009 (NR 327/2007), trata de un asunto algo extraño, que arranca de que la ahora actora (Repsol Petróleo) financió íntegramente junto con otra empresa un

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

acueducto entre dos embalses. Si no he entendido mal los hechos relatados, se le gira liquidación por un trasvase de agua entre los embalses con apoyo en ese acueducto, que parece correspondiente con el funcionamiento y la explotación de la obra. A la sala no le parece mal, señalando que “si bien la parte actora cofinanció la construcción del acueducto (...) con posterioridad a esa construcción se ha beneficiado de aquellas otras realizadas por la CH de limpieza de las instalaciones, saneamiento, tratamiento, depuración, control de calidad, etc.”.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de enero de 2009** (NR 991/2007), justifica una vez más la exacción del canon de regulación a los llamados beneficiarios indirectos, esto es, aquellos que toman aguas no reguladas. Dice textualmente el tribunal que “la Cuenca del río Guadalquivir se alimenta de forma natural de las escorrentías procedentes de los afluentes existentes, en sus márgenes derecha e izquierda, desde la cabecera del río en la Sierra de Cazorla hasta la desembocadura en el Océano Atlántico, por tanto cualquier aprovechamiento consuntivo, que se establezca en alguno de los afluentes, aquí concretamente en los ríos Cubillas y Colomera merma los caudales fluyentes al río principal, de ahí que sólo la existencia de un Sistema de Regulación General permita mantener el equilibrio. En definitiva los caudales concedidos a un abastecimiento, se pueden otorgar en base a la existencia del indicado sistema que permite con sus desembalses al río Guadalquivir reponer en cantidad y calidad los caudales concedidos, sin que se produzca un perjuicio a los aprovechamientos preexistentes”.

En el caso resuelto por la **STSJ de Madrid de 21 de enero de 2009** (NR 107/2006), se desestima la demanda fundamentada en la ausencia de hecho imponible, debido fundamentalmente a las inconsistencias probatorias de la actora. De una parte, no acredita que tome el agua directamente del río Tajo y no del Canal de las Aves, alegación por otra parte contradictoria con su afirmación de que el agua recibida era muy escasa. Tampoco logra acreditar el deficiente estado de conservación de los canales. En igual sentido las **SSTSJ de Madrid de 22 de enero y 4 de febrero de 2009** (NR 1003 y 1002/2009).

c) Elementos de identificación de los tributos (II): sujetos pasivos

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de febrero de 2009** (NR 495/2004) puede calificarse, como poco, de curiosa. Trata de la demanda deducida por una Comunidad de Regantes contra la Confederación, figurando como codemandados varios Ayuntamientos y Juntas Vecinales que, a la sazón, resultaban ser comuneros. La demandante solicitaba que se condenase a la Confederación al pago de cuotas anuales de riego que correspondían a dichos Ayuntamientos y Juntas Vecinales. Deduzco de la sentencia que los recibos lo eran por la distribución entre los comuneros de cánones de regulación y/o tarifas de utilización de agua, y que la Confederación había asumido el pago de las cuotas en años anteriores (¿condonando dichas cuotas? ¿a resultas de convenios entre la Confederación y las entidades locales de los que nada se detalla en la sentencia?). El TSJ recuerda lo obvio: que los cánones de regulación y las tarifas se rigen por la ley, “sin margen de operatividad para la costumbre”; y que la Confederación no tiene condición de obligado al pago (¿?), ni tampoco de responsable solidario o subsidiario de los comuneros. La sentencia esconderá seguramente toda una realidad detrás de ella, pero al menos deja traslucir de nuevo la problemática de la exigencia de pagos a las comunidades de usuarios.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de abril de 2009** (NR 1314/2004), aclara la posibilidad de aplicar en el ámbito de estos tributos la llamada “solidaridad de contribuyen-

tes”, contenida en la vieja Ley General Tributaria en el artículo 34 (aplicable al caso de autos) y en la nueva en el artículo 35.6. Eso sería en el caso de dos o más titulares de la misma concesión administrativa (o título equivalente), pues determina un único hecho imponible. Eso faculta a la Administración a dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios para exigirles el todo, sin perjuicio de la posibilidad del pagador de repetir lo que le corresponde.

d) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

Continúan dictándose sentencias sobre la exigibilidad o no del canon de regulación o tarifa de utilización del agua a los titulares de aprovechamientos hidroeléctricos, que, por otra parte, abonan el canon previsto (ahora) en el artículo 133 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Este canon, conocido como canon de explotación de saltos a pie de presa o canon de pie de presa, se fija en los pliegos de bases de la concesión y de acuerdo con la Ley estatal 25/1998 tiene también naturaleza de tasa. En el artículo 135 del Reglamento se prevé asimismo que el pago de este canon excluye el de los cánones o tarifas que pudieran corresponder por la obra que permite el aprovechamiento. Se da la circunstancia de que en el ámbito de varias Confederaciones no se integró a estos titulares en las bases de los cánones de regulación y tarifas durante muchos años y, sin embargo, se cambió de criterio a principios de la década en la que nos encontramos, sobre la idea de que esa exclusión de pago no tenía cobertura legal, como declaró ocasionalmente el Tribunal Supremo.

El TSJ de Madrid aborda esta cuestión en sus Sentencias de 21 y 22 de enero de 2009 (NR 879 y 1071/2006). Se anula la liquidación, ya que la Confederación no es capaz de demostrar el beneficio, observando que la recurrente “no se beneficia de la regulación de canales que no tienen que ver con el aprovechamiento hidrográfico que realiza a efectos de obtener energía eléctrica”.

e) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

La STSJ de Extremadura de 29 de enero de 2009 (NR 1226/2007), 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). Se da la circunstancia de que es la segunda ocasión que el tribunal anula las liquidaciones, previniendo que “es indudable que esa omisión no puede estimarse que se hubiese corregido en el expediente tramitado para practicar las nuevas liquidaciones, en el que tan sólo consta, a los efectos de hacer unas nuevas liquidaciones con las mismas bases ya anuladas, un informe de la Jefatura de Explotación del Organismo de Cuenca en el que simplemente se viene a reflejar que las recurrentes son propietarias de las respectivas fincas a que se refieren las liquidaciones y que están integradas en ‘los elencos del Servicio de Explotación como titular de los siguientes riegos’, es decir, las fincas; con indicación de sus superficies. Sin embargo, no hay prueba alguna sobre el concreto consumo de agua durante las anualidades que se refieren las liquidaciones, cuando las resoluciones por las que se aprobaban esos tributos para las respectivas anualidades tomaban como presupuesto de dicha base el consumo. Y a la vista de esa simple actuación que nada acredita a los efectos interesados, no puede sino mantenerse la ausencia de prueba (...)”. En igual sentido la sentencia de este mismo Tribunal de 27 de febrero de 2009 (NR 1183/2007).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

f) Aplicación de las exacciones

El artículo 114.7 del TRLA dispone que el Organismo de cuenca aprobará y emitirá las liquidaciones reguladas en este artículo en el ejercicio al que correspondan. La **SAN de 2 de marzo de 2009** (NR 30/2008), rechaza que ello pueda amparar alguna suerte de caducidad que impida la práctica de la liquidación administrativa más allá del ejercicio.

En la **Sentencia de 18 de mayo de 2009** (NR 462/2007), la Audiencia Nacional explica que el plazo de un mes contado desde la recepción de la notificación que para efectuar el pago marca el RDPH prima sobre los plazos más dilatados que con carácter general fija la normativa general tributaria (Ley General Tributaria y Reglamento General de Recaudación).

g) Revisión, reclamaciones y recursos

La **STSJ de Extremadura de 29 de enero de 2009** (NR 1226/2007) considera no aplicable a estas figuras la doctrina jurisprudencial que recae respecto de las comprobaciones de valores de bases tributarias en impuestos como Transmisiones Patrimoniales o Sucesiones y Donaciones, según la cual se estimaría prescrita la potestad de la Administración para comprobar cuando ya se han practicado dos liquidaciones y se han anulado en vía de recurso promovido por los obligados tributarios, siguiendo la línea doctrinal vista en sentencias anteriores. En igual sentido la **STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2009** (NR 1183/2007).

h) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras

La **SAN de 9 de febrero de 2009** (NR 327/2007), trata de la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras que se gira a los sujetos pasivos del canon de regulación o la tarifa de utilización del agua a razón de un 4 por 100 de la cuota de dichos tributos. Dicha tasa, contenida en el viejo Decreto 136/1960, está vigente, a la vista de la Ley 25/1998 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional avala la aplicación de la tasa en el caso concreto, por darse los presupuestos de ésta (la actividad de dirección e inspección).

B) Aguas continentales: exacciones locales por abastecimiento domiciliario

La **STS de 7 de febrero de 2009** (NR 4290/2005), confirma los defectos ya detectados por la sentencia de instancia en cuanto los estudios económico-financieros necesarios para la modificación de las tasas municipales en general, y las que afectan a los servicios relacionados con el agua en particular. Ratifica el Alto Tribunal el parecer del TSJ que, aunque reconocía que el Ayuntamiento había calculado un precio de 0,93 euros/m³ para la determinación del coste unitario del agua, incluyendo suministro, depuración, canon y amortización de instalaciones, no sabía si eso era una estimación de costes o cálculo de costes efectivamente producidos, ya que no eran capaces de engancharlo con los años a que se refería. Y más aún: no quedó demostrado en ningún momento en qué medida el estudio se traslada a las previsiones de la Ordenanza reguladora de la Tasa del Agua.

C) Aguas marítimas: puertos

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.

En este número aportamos la **STSJ de Baleares de 17 de julio de 2008** (NR 129/2007), que estima la reclamación por la falta de cobertura legal de la normativa reglamentaria que las determinaba. Más compleja es la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de noviembre de 2008** (NR 505/2006). En medio del conflicto surgido entre la empresa recurrente y la autoridad portuaria, se suscribió un convenio con el Ente Público Puertos del Estado. Ello creó algunas dudas acerca de cuáles debían ser los juzgados o tribunales competentes para resolver las ulteriores controversias, así como se suscitaron algunos problemas en la ejecución de sentencias que fueron favorables para la empresa recurrente.

D) Otro dominio público: dominio público local**a) Utilización del dominio público local en general**

El TSJ de Madrid, en la línea que viene siguiendo, reafirma la capacidad de los Ayuntamientos para someter a las entidades bancarias con una tasa por utilización del dominio público por el aprovechamiento espacial de que disfrutan con los cajeros automáticos en fachadas situados de cara a la vía pública. Es la **STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2008** (NR 1322/2008). La clave es la afirmación de que se usa el dominio público y de que el uso no es el común general.

b) Tasa al 1,5 por 100 que se exige a las empresas suministradoras de servicios de interés general

La **STS de 22 de enero de 2009** (NR 8255/2004), desestima el recurso presentado por la entidad Iberdrola, que inició un pleito contra la Ordenanza Fiscal reguladora de esta tasa, en esta modalidad, del Ayuntamiento de Valencia. Se discuten varios aspectos que se van desgranando en la sentencia.

En cuanto a la sujeción a esta modalidad, siguiendo doctrina anterior, el Alto Tribunal recalca que el régimen es aplicable también a empresas comercializadoras de energía eléctrica, aunque no sean titulares de las redes.

Se pedía asimismo el cuestionamiento de inconstitucionalidad en algún punto: así, por ejemplo, se decía que la imposibilidad legal de repercutir el importe de la tasa en el precio de la electricidad vulneraba los principios de justicia tributaria. Y también que en conjunción con el Impuesto sobre Actividades Económicas se producía una doble imposición atentatoria contra estos principios. El Tribunal Supremo, siguiendo precedentes, y explicando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia de estos principios, desmonta esta pretensión.

Otro precepto constitucional presuntamente vulnerado sería el de seguridad jurídica, ya que, al entender de los recurrentes, hay imprecisiones determinantes de ello (¿cuándo los servicios

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

resultan “de interés general”?). No correrá mejor suerte esta argumentación, afirmando el Tribunal que de ningún modo se causa en las empresas del sector una incertidumbre razonablemente insuperable.

Y, finalmente, la incompatibilidad con el Derecho Comunitario, por tratarse de un impuesto sobre el volumen de ventas incompatible con el (entonces) artículo 33 de la Sexta Directiva de IVA. Se resuelve esta cuestión en la línea de casos anteriores, con profusa cita de jurisprudencia del TJCE.

c) La cuestión de los operadores de telefonía móvil

La STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 2009 trata de una cuestión compleja y actual, como es el gravamen por los Ayuntamientos a los operadores de telefonía móvil. Es cierto que están excluidos del régimen especial de cuantificación previsto para otras empresas suministradoras de servicios de interés general. Pero también, que hay otras fórmulas posibles.

Uno de los sistemas que se ha empleado es el de someterlos por utilización del dominio público, bien es cierto que calculando el importe de las tasas conforme a las reglas generales que ordenan cuantías ligadas al valor de mercado de la utilidad recibida. El caso de autos trata de las Ordenanzas Fiscales del Ayuntamiento de Vitoria, que ideó como muchos otros tarifas especiales para los operadores de telefonía que afectasen a la generalidad o a una parte importante del vecindario. La Ordenanza regulaba su importe partiendo del 1,5 por 100 de sus ingresos medios en todo el Estado Español, y prorrateándolo para los domiciliados en Vitoria.

La sala comparte la idea del gravamen por los Ayuntamientos y por este concepto a estas empresas (que no es poco, teniendo en cuenta que existe una tasa estatal que grava el uso del espectro radioeléctrico), recordando que la exclusión del régimen especial no significa ni mucho menos exención, sino aplicación del régimen general. Claro que, si se aplica el régimen general, el estudio económico-financiero tiene que justificar que la tarifa responde al valor de mercado de la utilidad recibida, lo que no sucede en el caso del régimen especial, en el que el respaldo lo ofrece la propia ley. En el caso concreto, el informe trata de justificar para la telefonía móvil una tasa general que en términos económicos se iguala a la especial por equiparación, diciendo que también “estamos ante empresas que prestan servicios de interés general y realizan un aprovechamiento intensivo y extensivo del dominio público local”. La sala no considera suficiente este argumentario y estima parcialmente el recurso, anulando exclusivamente el precepto regulador de la cuantía.

Se discutía también la compatibilidad de estas tasas con el Derecho comunitario. Lo que es rechazado rotundamente por el TSJ, que no plantea la cuestión prejudicial solicitada por los demandantes.

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Jurisprudencia Comunitaria. A) Acceso a la Justicia. Disposiciones nacionales restrictivas del derecho (Suecia). Directiva 85/337/CEE modificada por la Directiva 2003/35/CE. B) Extensión del principio “quien contamina paga” en el ámbito de los residuos. Distribución entre distintos productores de residuos a la hora de repartir los costes del servicio mediante una tasa. Tasas y tarifas. Directiva 2006/12/CE relativa a los residuos. C) Exención fiscal sobre biocarburantes que se suprime y sustituye por una obligación de contenido mínimo de biocarburantes en combustible. Principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Directiva 2003/30/CE. D) Incumplimiento de Estado. La Directiva 91/271/CEE no exige en toda circunstancia un tratamiento más riguroso del nitrógeno en todas las instalaciones de tratamiento de aguas residuales procedentes de las aglomeraciones urbanas que representen más de 10.000 habitantes-equivalente. **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 medio ambiente como ingerencia legítima en el derecho de propiedad. Ausencia de indemnización como factor de ruptura del equilibrio de intereses. La indemnización como medio de satisfacción equitativa por los perjuicios sufridos por el demandante. B) Derecho al respeto de los bienes. El medio ambiente como título que legitima la ingerencia pública en el derecho de propiedad. La necesidad de observar el equilibrio entre el interés general y los imperativos de la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización por la privación de la propiedad del bien como factor de ruptura de dicho equilibrio.

C) Derecho al respeto de los bienes. Nulidad *ab initio* de un título de propiedad sobre un terreno como consecuencia de su clasificación como dominio público. El medio ambiente como título que legitima la ingerencia pública en el derecho de propiedad. El carácter excepcional de la ausencia de indemnización por la privación de propiedad.

D) Satisfacción equitativa. Efectos derivados de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Protección del medio ambiente como ingerencia legítima en el derecho de propiedad. Reflejo en términos financieros del carácter lícito de la privación de la propiedad. Justificación en razón de objetivos legítimos de utilidad pública de un reembolso inferior al valor total del bien expropiado. **3. Parques eólicos.**

A) Es legítimo el condicionamiento judicial de una resolución sobre admisión de solicitudes de autorización de instalación de parques eólicos. La incongruencia *ex petitem* de una sentencia sólo puede deducirse cuando ésta se pronuncia sobre extremos no detallados en la demanda. **4. Espacios Naturales Protegidos.** A) Es lícita la delimitación del derecho de propiedad en el marco de un PORN mientras no se afecte a su contenido esencial. El principio de legalidad en materia sancionatoria administrativa es compatible con una remisión reglamentaria sobre la adaptación de medidas cautelares a las circunstancias del caso concreto. a) Vulneración del artículo 33 de la

Constitución Española. b) Falta de previsión de mecanismos resarcitorios, con vulneración de lo establecido al respecto por la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (Ley 4/1989, de 27 de marzo) y la Ley de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana (Ley 11/1994, de 27 de diciembre). c) Vulneración del principio de legalidad por la adopción de medidas cautelares no contempladas en la Ley. **5. Evaluación de Impacto Ambiental.** A) La Administración no puede suspender una explotación minera regular sin aducir una circunstancia medioambiental grave, nueva o imprevista, aunque sí puede ordenar su sometimiento a evaluación de impacto ambiental. **6. Aguas continentales.** A) Sanción por uso ilegal de agua para riego. B) Aprovechamiento hidroeléctrico. Fijación de caudal ecológico por la Comunidad Autónoma. C) Sanción administrativa por vertidos indirectos de una Mancomunidad. **7. Fiscalidad ambiental.** A) Tributos autonómicos en materia de aguas.

a) Constitucionalidad de los tributos. b) Sistema de los cánones de saneamiento y entidades locales. c) Hecho imponible. d) Cuantificación de los tributos.

e) Aplicación de los tributos. B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos: Utilización de gasóleo bonificado. C) Impuestos sobre el transporte. Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte.

1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Acceso a la Justicia. Disposiciones nacionales restrictivas del derecho (Suecia). Directiva 85/337/CEE modificada por la Directiva 2003/35/CE

La STJCE de 15 de octubre de 2009 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-263/08, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por un tribunal sueco. El pleito originario oponía a una Asociación para la protección del medio ambiente y al Ayuntamiento de Estocolmo. La decisión del Tribunal de Justicia supone un amplio apoyo a la configuración del derecho al medio ambiente, en su componente del acceso a la justicia y lleva a cabo una desautorización del derecho sueco aplicable al que juzga contradictorio con el derecho comunitario europeo.

En la sentencia se plantean también otras cuestiones de menor importancia a nuestros efectos como el ámbito de los proyectos sometidos a evaluación ambiental (en el caso se discute –y se responde positivamente– si está sometido a tal proceso un proyecto de evacuación de aguas subterráneas que no están sometidas a utilización posterior). Lo que importa destacar ahora es que para un proyecto que debía realizar el Ayuntamiento de Estocolmo (que consistía en el enterramiento de líneas eléctricas y extracción de agua subterránea para evitar que dañara a las líneas), se otorgó –conforme al derecho sueco– la autorización para realizarlo por la “Sala en materia medioambiental del tribunal de primera instancia de Estocolmo” (una actuación materialmente administrativa, diríamos nosotros, llevada a cabo por un órgano judicial) habiendo intervenido en el procedimiento previo de otorgamiento de la autorización la asociación medioambientalista que mencionamos antes. Pues bien, esta asociación interpuso recurso contra el otorgamiento de esta autorización, y éste fue declarado inadmisibile porque la asociación no cumplía con el requisito presente en la legislación sueca de contar con, al menos, 2.000 socios para poder interponerlo.

La primera cuestión que se plantea al Tribunal comunitario en el ámbito de la decisión prejudicial es si, en general, puede interponer un recurso una asociación medioambiental aunque haya participado en el procedimiento previo a la decisión, judicial en este caso. A esos efectos la respuesta del Tribunal es enteramente positiva: da igual que se trate del otorgamiento de la autorización por una autoridad judicial o gubernativa y da también igual que se haya podido intervenir, por quien pretende ahora ser recurrente, en el procedimiento previo. Lo que debe cumplirse es lo previsto en el artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE modificada por la Directiva 2003/35/CE: el “público interesado” que puede recurrir es aquel que tenga un “interés suficiente” o, subsidiariamente, que “sostengan el menoscabo de un derecho, cuando la legislación en materia de procedimiento administrativo de un Estado miembro lo imponga como requisito previo”. Por ello la participación previa en el procedimiento no justifica, en modo alguno, una exclusión del recurso (punto 39 de la Sentencia).

La siguiente cuestión es la adecuación del número mínimo de miembros que exige el derecho sueco a la legislación comunitaria. Para ello el Tribunal tiene que reparar en un párrafo del artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE citada según el cual:

“Los Estados miembros determinarán, de manera coherente con el objetivo de facilitar al público interesado un amplio acceso a la justicia, lo que constituya el interés suficiente y el menoscabo de un derecho. Se considerará que toda organización no gubernamental que cumple los requisitos contemplados en el apartado 2 del artículo 1 (es la definición de

público y de público interesado) tiene siempre el interés suficiente a efectos de la letra a) del presente artículo o acredita el menoscabo de un derecho a efectos de la letra b)”.

El Tribunal comunitario debe, en su labor, relajar la aparente amplísima remisión que se realiza al derecho interno de cada país de la Unión. En ese sentido y a partir del principio de que en cualquier caso se debe garantizar “un amplio acceso a la justicia” (punto 45 de la Sentencia), se considera posible que en el supuesto de las asociaciones medioambientalistas, las legislaciones internas exijan que el objeto social de éstas esté relacionado, desde luego, con la protección de la naturaleza y del medio ambiente (punto 46) y que también se pueda establecer un número de socios mínimo (punto 47). Ahora bien, el número exigido por la legislación sueca parece a todas luces excesivo pues se ha confrontado que sólo dos asociaciones cumplen ese requisito en la actualidad (punto 51). Ello hace perfectamente posible que pequeños proyectos locales queden sin que nadie tenga capacidad de recurso y el hecho de que –como aduce el gobierno sueco– siempre las pequeñas asociaciones pudieran pedir a las grandes que interpusieran el recurso, no garantiza que se interponga efectivamente y, además, ello supone introducir “un filtro de los recursos en materia medioambiental directamente contrario al espíritu” de la Directiva 85/337/CEE modificada por la 2003/35/CE (punto 51). Ello quiere decir, concluye el Tribunal, que la normativa sueca es contraria al derecho comunitario (punto 52).

Es claro que de ello deberá sacar las consecuencias pertinentes el órgano judicial nacional sueco que interpuso la petición de decisión prejudicial.

B) Extensión del principio “quien contamina paga” en el ámbito de los residuos. Distribución entre distintos productores de residuos a la hora de repartir los costes del servicio mediante una tasa. Tasas y tarifas. Directiva 2006/12/CE relativa a los residuos

La STJCE de 16 de julio de 2009 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-254/08, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por un tribunal italiano. El pleito original opone a una serie de hoteles con un Municipio (Casoria) y lo que se debate en él –a iniciativa de los hoteles– es la tasa de residuos que éstos abonan. Para los hoteles la tasa debería ser anulada por discriminatoria en cuanto su cuantía es desproporcionada en relación a la que pagan las viviendas y, en realidad, se basaría en la capacidad para generar ingresos y no en la capacidad de generación de residuos que sería semejante. Lo que se plantea es que dicha tasa sería contraria al artículo 15.a) de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006 relativa a los residuos que indica que:

“De conformidad con el principio ‘quien contamina paga’, el coste de la eliminación de los residuos deberá recaer sobre:

- a) El poseedor que remitiere los residuos a un recolector o a una empresa de las mencionadas en el artículo 9...”.

Eso lleva al Tribunal italiano competente a plantear al Tribunal de Justicia si la normativa interna italiana es conforme con el principio quien contamina paga tal y como lo establece el precepto que acabamos de reproducir y si, en concreto, lo es el “mantenimiento de un régi-

men de carácter fiscal para la cobertura de los costes del servicio de eliminación de residuos (...) demorando la introducción de un régimen tarifario en el que el coste del servicio sea soportado por quienes producen y entregan los residuos”.

A dicho planteamiento el Tribunal va a responder recordando que el objetivo del citado precepto es “cerciorarse de que, en principio, todos los usuarios de dicho servicio, en su condición de “poseedores” en el sentido del artículo 1 de esta misma Directiva, soportan colectivamente el coste global de la eliminación de dichos residuos” (punto 46 de la Sentencia). Ahora bien, en el estado actual del derecho comunitario no existe ninguna normativa que imponga a los Estados miembros un método concreto en cuanto a la financiación del coste de la eliminación de los residuos urbanos, de modo que la financiación puede operar sobre la base de una tasa, un canon u otra modalidad (punto 48).

En el plano de la práctica se presenta muchas veces la dificultad de determinar el volumen exacto de residuos entregados por cada “poseedor”, por lo que recurrir a criterios basados en la capacidad productiva de los “poseedores” (basados en superficie de los inmuebles, por ejemplo) puede ser un método válido de cálculo (punto 50). Esa evaluación (que nunca equivaldría a una comprobación concreta) sería válida (punto 51).

Además, el principio quien contamina paga no impediría la clasificación de los usuarios en determinadas categorías determinadas según la capacidad teórica para producir residuos y, a través de ellas, se podría modular la contribución de cada categoría a la financiación del servicio (punto 52). Esto es lo que sucede en el supuesto concreto en que se ha construido la categoría de los “hoteleros” que, por tanto, puede ser un método perfectamente válido (punto 54). La conclusión es que las autoridades nacionales disponen de un amplio margen de apreciación para la determinación de las modalidades del cálculo de semejante tasa y será tarea del órgano jurisdiccional remitente de la decisión prejudicial comprobar si en el caso concreto se han podido establecer unos costes manifiestamente desproporcionados.

C) Exención fiscal sobre biocarburantes que se suprime y sustituye por una obligación de contenido mínimo de biocarburantes en combustible. Principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Directiva 2003/30/CE

La STJCE de 10 de septiembre de 2009, (Sala Tercera), recaída en el asunto C-201/08, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por un tribunal alemán. El pleito original opone a una empresa comercializadora en Alemania de un carburante llamado “Plantanol-Diesel” y a una oficina tributaria. Ese carburante se compone de aceite virgen vegetal, concretamente de aceite de colza refinado (60% en verano y 50% en invierno), de gasóleo de origen fósil (37% en verano y 47% en invierno) y de aditivos específicos (3%). El producto se destina a diferentes parques de vehículos municipales y a una sociedad de servicio de transporte público de Frankfurt del Main.

Cuando entró en vigor con fecha 1 de enero de 2007 la Ley de Impuestos sobre la energía (*Energiesteuergesetz*), la oficina tributaria que hemos mencionado requirió a la empresa para que pagara el impuesto para el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de mayo del mismo año en lo relativo a la parte de aceite vegetal contenida en el “Plantanol-Diesel”, impuesto que antes no existía al estar regulada una exención fiscal sobre las partes de los biocarburantes procedentes de aceite vegetal. Tras los correspondientes recursos, el asunto llegó al conocimiento del Tribunal de Finanzas del Estado de Hesse (*Hessisches Finanzgericht*) que

es el que planteó la cuestión prejudicial al Tribunal comunitario al pensar que la Ley alemana era contraria a éste y, en concreto, a la Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables en el transporte. Igualmente planteó el citado tribunal alemán, que la medida de suprimir la exención fiscal era contraria a los principios de protección de la confianza legítima y seguridad jurídica.

La primera cuestión ocupa poco espacio en la respuesta del Tribunal de Justicia. Para ello indica que la Directiva 2003/30/CE deja una amplísima discrecionalidad a los Estados para alcanzar el objetivo de utilizar en el consumo energético un determinado porcentaje de biocarburantes. Ello implica que la Directiva no obliga a establecer o a mantener en vigor un régimen de exención fiscal. Éste puede ser uno de los medios que usen los Estados, pero puede haber otros como ayudas financieras a la industria transformadora o el establecimiento de un porcentaje obligatorio de biocarburantes para las compañías petroleras (punto 36). En el caso, el elemento de ayuda era prever la existencia de un contenido mínimo de biocarburantes en el combustible.

Más espacio y razonamiento —probablemente porque toda confrontación con “principios” lleva consigo un gran ámbito de indeterminación— debe ocupar el Tribunal comunitario en responder a la segunda pregunta que plantea el tribunal alemán, la posible violación de los principios de protección de confianza legítima y de seguridad jurídica por la supresión de la exención fiscal. Ello se fundamenta en que las normas anteriores indicaban que la exención fiscal (que entró en vigor el 1 de enero de 2004) estaría en vigor al menos hasta el 31 de diciembre de 2009 y, como se ha visto, se suprimió anticipadamente con fecha 1 de enero de 2007.

El Tribunal recuerda principios generales relativos a estos principios, como que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, lo que quiere decir que deben respetarlo las instituciones comunitarias pero también los Estados miembros (punto 43 de la Sentencia). Su apreciación, conforme a jurisprudencia comunitaria consolidada, deben realizarla los tribunales nacionales limitándose el tribunal comunitario a proporcionar información a los tribunales nacionales sobre los “elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha conformidad” (punto 45 de la Sentencia). Entre estos elementos, el Tribunal recuerda que el principio de seguridad jurídica (que tiene por corolario el principio de protección de la confianza legítima) exige, por una parte, que las normas de Derecho sean claras y precisas y, por otra, que su aplicación sea previsible para los justiciables. Este imperativo se impone con rigor especial “cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone” (punto 46 de la Sentencia).

La claridad parece fuera de toda duda y la previsibilidad se opondría, en principio, a las fechas sobre presumible vigencia de la exención y su acortamiento que antes se han proporcionado. Ahora bien, el Tribunal recuerda que el principio de seguridad jurídica no implica que las normas no puedan ser objeto de modificación, sino que más bien requiere que el legislador “tome en consideración las situaciones especiales de los operadores económicos y prevea, en su caso, adaptaciones a la aplicación de las nuevas normas jurídicas” (punto 49 de la Sentencia).

Llevadas las cosas al ámbito de la vida económica, el Tribunal, con referencia a un “operador económico prudente y diligente” podría invocar el principio de protección de la confianza le-

XIII. Medio Ambiente

gítima cuando una autoridad nacional le haya infundido fundadas esperanzas de que no se va a adoptar una medida. No obstante, si pudiera prever la adopción de tal medida, nunca podría apelar al principio de protección de la confianza legítima. A esos efectos el Tribunal va a fijar una doctrina del máximo interés: “los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales” (punto 53 de la Sentencia con apelación a jurisprudencia anterior). Cuando existe una directiva que deja gran libertad de adopción de medidas a los Estados miembros, la adopción por éstos de determinadas medidas, no podría considerarse imprevisible (punto 54) de la Sentencia, cuestión que se relaciona con las anteriores consideraciones del Tribunal de la amplitud de soluciones que preveía la Directiva 2003/30/CE (punto 55 de la Sentencia).

El Tribunal comunitario podría haber concluido aquí su razonamiento, no obstante quiere proporcionar nuevos elementos al tribunal nacional para que éste adopte su decisión.

Así, por ejemplo, le recuerda que en ocasiones hay que tener en cuenta la evolución de los precios de las materias primas siendo la supresión de exenciones fiscales una medida para evitar una “sobrecompensación” de los costes adicionales vinculados a la producción de biocarburantes. Eso forma parte de la Directiva 2003/96, por ejemplo, y debe ser examinado por el Tribunal (punto 61 de la Sentencia).

Como también debe tener en cuenta que el acuerdo del gobierno de coalición de 11 de noviembre de 2005 (la gran coalición que acaba de concluir con las elecciones de septiembre de 2009) anunció el fin de esta exención formándose un proyecto de Ley el 6 de abril de 2006, fecha bastante anterior a la entrada en vigor de la supresión de la exención (punto 63 de la Sentencia).

D) Incumplimiento de Estado. La Directiva 91/271/CEE no exige en toda circunstancia un tratamiento más riguroso del nitrógeno en todas las instalaciones de tratamiento de aguas residuales procedentes de las aglomeraciones urbanas que representen más de 10.000 habitantes-equivalente

La STJCE de 6 de octubre de 2009 (Sala Tercera), recaída en el asunto C-35/07, resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea, con arreglo al artículo 226 del TCE, contra la República de Finlandia. Como vamos a ver y frente a lo que, aparentemente, se deduciría del derecho comunitario aplicable, el Tribunal desestima el recurso y condena en costas a la Comisión Europea.

Efectivamente, el artículo 5.2 de la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, establece que a más tardar el 31 de diciembre de 1998 los Estados miembros velarán por que las aguas residuales urbanas que entren en los sistemas colectores sean objeto, antes de ser vertidas en zonas sensibles, de un tratamiento más riguroso que el descrito en el artículo 4, cuando se trate de vertidos procedentes de aglomeraciones urbanas que representen más de 10.000 habitantes equivalentes. Conforme a dicho precepto la Comisión requirió el 1 de julio de 2002 a la República de Finlandia a que debía aplicarse el tratamiento más riguroso (tratamiento “terciario”) al nitrógeno y fósforo en todas las aglomeraciones finlandesas con ese número de habitantes. Tras este primer requerimiento Finlandia respondió que ya llevaba a cabo la correspondiente adecuación cuando se consideraba necesario teniendo en cuenta el estado de las aguas receptoras. Finalmente se entabló el proceso del que narramos el contenido de la sentencia.

La Sentencia versa sobre la característica de “eutrofización” que afecta singularmente al Mar Báltico y sobre si ésta puede estar determinada por el nitrógeno que las plantas de tratamiento de aguas residuales urbanas finlandesas puedan arrojar. En tal sentido podrá comprenderse cómo es, fundamentalmente, un estudio técnico y sobre los distintos medios de prueba planteados por las partes, el contenido de dicha Sentencia. A esos efectos ésta distingue el lugar a donde vierten estas depuradoras (la bahía de Botnia, el mar de Botnia o directamente al mar Báltico) y se estudia también la posibilidad de transferencia del nitrógeno a lugares distintos de éstos. La Sentencia utiliza conceptos técnicos que define (por ejemplo, considerar al nitrógeno y al fósforo como “factor limitante”, porque su cuantía sirve para aumentar o disminuir el número de algas y, por tanto, afecta a la eutrofización, o el concepto de “retención”, como proceso natural en el que los lagos y corrientes de agua pueden llegar a captar el nitrógeno vertido y transformarlo en un gas inofensivo) y, en base a ellos y a los documentos presentados, se estudia la influencia de las plantas de tratamiento en la eutrofización del mar Báltico.

El resultado será un reproche a la Comisión por no haber sido capaz de probar en ningún caso que el hecho de que las aguas residuales urbanas finlandesas no sean objeto de tratamiento terciario sino sólo bioquímico, pueda tener efectos sobre la eutrofización del Báltico. Se considera, por tanto, adecuado el tratamiento menos intenso que sufren las aguas residuales urbanas lo que creo que es muy interesante a la hora de la interpretación global de la Directiva 91/271/CEE. Lógicamente, se condena en costas a la Comisión Europea.

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 medio ambiente como ingerencia legítima en el derecho de propiedad. Ausencia de indemnización como factor de ruptura del equilibrio de intereses. La indemnización como medio de satisfacción equitativa por los perjuicios sufridos por el demandante

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su STEDH de 28 de mayo de 2009, en el asunto Z.A.N.T.E.-Marathonisi A.E. contra Grecia, aborda la cuestión de la satisfacción equitativa, conforme al artículo 41 del Convenio, respecto a una sentencia adoptada por él con anterioridad. En dicha sentencia el Tribunal había concluido la violación del derecho al respeto de los bienes, consagrado en el artículo 1 del Protocolo 1º al Convenio, al haberse roto el justo equilibrio entre interés público y privado al rechazarse la demanda de indemnización de la sociedad recurrente como consecuencia de la afectación de su derecho de propiedad de unos terrenos que habían sido calificados como dominio forestal, prohibiéndose a dicha empresa la edificación en ellos.

El Tribunal comienza por recordar que sus sentencias que constatan una violación del Convenio entrañan para el Estado demandado la obligación jurídica de poner fin a la violación y de eliminar sus consecuencias, restableciendo en la medida de lo posible la situación anterior a ésta. Añade a continuación que los Estados son libres para elegir los medios con los que se van a conformar a dichas sentencias. Así, si la naturaleza de la violación permite la *restitutio in integrum*, el Tribunal no tiene ni la competencia ni la capacidad práctica para que ésta se lleve a cabo, siendo esto de incumbencia del Estado. Pero, si el Derecho nacional del Estado no permite

XIII. Medio Ambiente

eliminar las consecuencias de la violación, o lo hace sólo de manera imperfecta, el Tribunal recuerda como el artículo 41 le habilita para acordar, en su caso, la satisfacción equitativa que corresponde al particular lesionado en su derecho.

A continuación aplica esos argumentos al presente asunto, recordando cómo en la sentencia sobre el fondo consideró como legítima la ingerencia en el derecho de propiedad de la sociedad recurrente sobre la base de que la protección de la naturaleza entra en el marco del interés general en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo 1º al Convenio. Sin embargo, añadía en dicha sentencia que la ausencia de toda indemnización en compensación por la transferencia de la propiedad de los terrenos al Tesoro Público sólo podía justificarse en circunstancias excepcionales, que el Gobierno no había invocado, por lo que se consideraba que se había roto el citado equilibrio de intereses, lo que conducía a la violación del derecho de la sociedad recurrente al respeto de sus bienes.

Entrando ya en la cuestión de la satisfacción equitativa el Tribunal concluye que no ha existido privación, lícita o no, del derecho de propiedad, sino la prohibición a la sociedad recurrente de su derecho a construir en dicha propiedad. Por esa razón apunta que la naturaleza de la violación no permite la *restitutio in integrum* y únicamente cabe la indemnización como medio de compensar el daño causado como consecuencia de la restricción radical sufrida por dicha sociedad en cuanto a la posibilidad del pleno disfrute de su propiedad. Por otra parte afirma que el bloqueo de propiedad de la sociedad recurrente supone de hecho vaciar al derecho de propiedad de su substancia, lo que constituye un elemento que el Tribunal podría tener en cuenta en el cálculo de la compensación a otorgar por el daño material.

Afirma además que las circunstancias del caso no permiten una evaluación precisa de ese daño ya que el perjuicio resultante de la pérdida de uso del terreno en causa durante el período litigioso presenta un carácter intrínsecamente aleatorio que convierte en imposible un cálculo preciso de la compensación. Además existe una importante diferencia en los métodos de cálculo empleados por cada una de las partes. Por todo ello juzga razonable asignar a la sociedad recurrente la cantidad de 2 millones de euros, más los montantes correspondiente a título de impuestos. A todo ello añade que la constatación de la violación supone una satisfacción equitativa suficiente por lo que respecta al daño moral.

B) Derecho al respeto de los bienes. El medioambiente como título que legitima la ingerencia pública en el derecho de propiedad. La necesidad de observar el equilibrio entre el interés general y los imperativos de la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización por la privación de la propiedad del bien como factor de ruptura de dicho equilibrio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su STEDH de 2 de junio de 2009, en el asunto Hacisalihoglu contra Turquía, en relación con la demanda planteada por un ciudadano turco que adquiere de un tercero la propiedad de un terreno que éste había adquirido a su vez tras el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva. Dicho terreno había sido calificado en principio como integrado en el dominio forestal, pero el tercero inscribe su propiedad en el correspondiente registro. La contestación de dicha adquisición por la administración ante los tribunales no surte efecto por lo que el título de propiedad a favor del particular deviene definitivo. No obstante, un nuevo estudio catastral, anterior a la adquisición por el recurrente, supone la exclusión del terreno del dominio público asignándose su propiedad al Tesoro Público. El recurrente adquiere del tercero el terreno y lo inscribe en el registro, lo que

es contestado ante los tribunales nacionales por la Administración que plantea la anulación de dicho título de propiedad y la inscripción en el registro a favor del Tesoro Público. Esas pretensiones son atendidas por los tribunales nacionales y confirmadas posteriormente en casación por lo que el recurrente estima que se ha vulnerado su derecho al respeto de sus bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1º al Convenio europeo.

El Tribunal Europeo considera que ha existido un ataque al derecho del recurrente al respeto de su bien y que por tanto debe analizar si se trata de una privación de propiedad en el sentido de la segunda frase del apartado 1º del artículo 1 del Protocolo 1º al Convenio. En este sentido comienza por afirmar que no puede poner en cuestión la buena fe del recurrente en cuanto a la posesión del bien, dado que la adquisición se había llevado a cabo sobre la base de las inscripciones que figuran en el correspondiente registro, conforme a las que el tercero al que él había comprado el terreno era el legítimo propietario. Igualmente el recurrente había pagado los gastos correspondientes a dicha adquisición de propiedad, y hasta la fecha de la anulación de su título de propiedad en beneficio del Tesoro Público él había sido el propietario legítimo del bien en cuestión, con todas las consecuencias que de ello resultan en el Derecho interno. A eso añade el Tribunal que el recurrente ha disfrutado de seguridad jurídica en cuanto a la validez de su título de propiedad inscrito en el registro, lo que se califica como la prueba incontestable del derecho de propiedad.

A continuación el Tribunal constata que, a pesar de las protestas del recurrente, los tribunales internos han anulado finalmente su título de propiedad en aplicación de disposiciones de Derecho nacional. A este respecto considera el Tribunal que el fin con el que se lleva a cabo esa privación, la protección de la naturaleza y de los bosques, entra en el marco del interés general en el sentido de la segunda frase del primer apartado del artículo 1 del Protocolo 1º. Sobre este particular el Tribunal Europeo recuerda que si bien ninguna disposición del Convenio está especialmente destinada a garantizar una protección general del medio ambiente en cuanto a tal, su preservación constituye un interés social creciente, e incluso el propio Tribunal ha tratado en varias ocasiones cuestiones relativas a la protección medioambiental, subrayando en sus sentencias la importancia de la materia. Así pues, en esta ocasión el Tribunal reitera que el medio ambiente representa un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y por tanto en los poderes públicos, un interés permanente y creciente y que imperativos económicos, como el derecho de propiedad, no deberían tener reconocida una primacía frente a consideraciones relativas a la protección medioambiental, especialmente cuando existe legislación nacional en la materia.

No obstante, añade que debe comprobarse que la medida objeto de controversia ha respetado el justo equilibrio y no hace recaer sobre el recurrente una carga desproporcionada. Con ese fin tiene en cuenta las modalidades de indemnización y recuerda que, como ya ha dicho en otras ocasiones, sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, la privación de la propiedad constituye normalmente un ataque excesivo a ese derecho, y que la total ausencia de indemnización sólo puede justificarse en circunstancias excepcionales. A todo ello añade que el recurrente no ha recibido indemnización ninguna y que el Gobierno no ha invocado ninguna circunstancia excepcional que lo justifique. Por esa razón el Tribunal considera que, como resultado de la ausencia de indemnización, se ha roto el justo equilibrio que debe observarse entre el interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguarda de los derechos individuales. Así concluye que existe violación del artículo 1 del Protocolo 1º.

C) Derecho al respeto de los bienes. Nulidad *ab initio* de un título de propiedad sobre un terreno como consecuencia de su clasificación como dominio público. El medio ambiente como título que legitima la ingerencia pública en el derecho de propiedad. 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 22 de septiembre de 2009, en el asunto Ali Tas contra Turquía, en relación con una demanda planteada por un ciudadano turco propietario de un terreno de cuya propiedad fue privado posteriormente al ser clasificado como dominio forestal, pasando así al Tesoro Público. La sentencia del tribunal catastral nacional admitiendo el recurso de anulación de la clasificación del terreno como forestal, planteado por el recurrente, era casada por el Tribunal de casación que concluía que dicho terreno debía pasar al dominio público. Además, los tribunales nacionales rechazaban también la demanda planteada por el recurrente al considerar que la privación que había sufrido, si no iba acompañada del pago de una indemnización, constituía un atentado excesivo a su derecho al respeto de sus bienes. El Tribunal de Gran Instancia rechazaba dicha demanda señalando que el terreno no podía ser objeto de ningún título de propiedad, por ser propiedad pública del Estado, y que el registro practicado al respecto por el recurrente con anterioridad a dicha calificación se consideraba como nulo desde el comienzo por lo que el recurrente no podía beneficiarse de las disposiciones del artículo 931 del Código civil turco relativas a la adquisición de buena fe. Eso sí, el Tribunal añadía que el recurrente sí que tenía a su disposición el plantear una acción contra el antiguo propietario del terreno según las disposiciones del mismo Código relativas al enriquecimiento sin causa.

El Tribunal de Estrasburgo apunta a este respecto por una parte la consideración de que el objeto por el que el recurrente fue privado de su propiedad, la protección de la naturaleza y de los bosques entra en el marco del interés general en el sentido de la segunda frase del primer apartado del artículo 1 del Protocolo 1º del Convenio. A eso añade que en asuntos anteriormente tratados por él en relación con esta misma cuestión ya ha concluido la violación del artículo 1 del Protocolo 1º. La razón de esa conclusión es que sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente un ataque excesivo a ese derecho y que la ausencia total de indemnización a este respecto únicamente puede justificarse en el marco del artículo 1 del Protocolo 1º en circunstancias excepcionales. A eso añade que en este asunto el recurrente no ha recibido indemnización alguna en razón de la propiedad de la que ha sido privado y el Gobierno no ha proporcionado ningún argumento convincente que permita llegar a una conclusión distinta, por lo que concluye la existencia de violación del artículo 1 del Protocolo 1º.

D) Satisfacción equitativa. Efectos derivados de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Protección del medio ambiente como ingerencia legítima en el derecho de propiedad. Reflejo en términos financieros del carácter lícito de la privación de la propiedad. Justificación en razón de objetivos legítimos de utilidad pública de un reembolso inferior al valor total del bien expropiado

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 respecto de la satisfacción equitativa que corresponde en relación con una sentencia adoptada por él en la que había concluido la existencia de violación del artículo 1 del Protocolo 1º al Convenio.

El Tribunal recuerda que una sentencia por él adoptada en la que se señale una violación del Convenio entraña para el Estado demandado la obligación de poner fin a la violación y de borrar sus consecuencias, restableciendo en la medida de lo posible la situación anterior a ésta. Se refiere asimismo a la libertad de la que disfrutaban los Estados contratantes del Convenio en cuanto a la elección de los medios a través de los que se conforman a dicha sentencia. Y en ese sentido afirma que si la naturaleza de la violación permite la *restitutio in integrum*, el Tribunal no tiene ni la competencia ni la capacidad práctica para que ésta se lleve a cabo, siendo esto de incumbencia del Estado. Pero, si por el contrario, el Derecho nacional del Estado no permite eliminar, o sólo lo permite de manera imperfecta, las consecuencias de la violación, el artículo 41 del Convenio le habilita para acordar, en su caso, la satisfacción equitativa al particular lesionado que considere apropiada.

Por otra parte recuerda que en la sentencia sobre el fondo se constató que el objetivo por el que los recurrentes habían sido privados de su propiedad, mediante decisión judicial, entra en el marco del interés general, por lo que no se había constatado ningún acto ilegal o arbitrario. La violación constatada resultaba de la ruptura del equilibrio que debe observarse entre el interés general y los intereses particulares como consecuencia de no haber entregado a los recurrentes ninguna indemnización en concepto de compensación por la privación de su derecho de propiedad.

El Tribunal señala que en este asunto la naturaleza de la violación no permite la *restitutio in integrum*. De esta afirmación resulta que la indemnización es la única forma que puede adoptar la satisfacción equitativa en este caso, y a este respecto la sentencia advierte que el carácter lícito de la desposesión efectuada ha de reflejarse en los criterios con los que se debe determinar la reparación que corresponde entregar por el Estado demandado, en la medida en que las consecuencias financieras no pueden ser las mismas que si dicha privación se hubiera producido de manera ilícita. Por otra parte el Tribunal recuerda su jurisprudencia reiterada en el sentido de que sin la entrega de una indemnización razonable en relación con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente un atentado excesivo. No obstante, puntualiza a este respecto que el artículo 1º del Protocolo 1º no garantiza en todos los casos el derecho a una reparación integral. Todo ello le lleva a concluir que los objetivos legítimos de utilidad pública pueden conducir a un reembolso inferior al pleno valor de los bienes expropiados.

3. PARQUES EÓLICOS

A) Es legítimo el condicionamiento judicial de una resolución sobre admisión de solicitudes de autorización de instalación de parques eólicos. La incongruencia *ex petitum* de una Sentencia sólo puede deducirse cuando ésta se pronuncia sobre extremos no detallados en la demanda

En la STS de 2 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 8167/2004), se resuelve un recurso de casación planteado por ENDESA COGENERACIÓN Y RENOVABLES, SA, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de octubre de 2006. En dicha Sentencia se anulaba una Resolución de la Secretaría General de la

XIII. Medio Ambiente

Consellería de Innovación, Industria e Comercio de 6 de mayo de 2004 por la que se hacía pública la relación de solicitudes de autorización para la instalación de los parques eólicos de Endesa de Paradela y Serra das Penas.

Dichas sentencias provienen de un recurso de doña Ángela, propietaria de una casa de turismo rural en la zona, que interpuso recurso de reposición frente a la citada Resolución fundamentándose en la falta de información ofrecida por la Administración sobre las zonas que podrían resultar afectadas y en el grave deterioro que la zona sufriría con evidente perjuicio para su negocio. Solicitaba más información y la adopción de medidas correctoras tales como el alejamiento de las torres de su finca al menos dos kilómetros.

Su recurso fue desestimado por silencio negativo y posteriormente (11 de febrero de 2005) recayó resolución de la Administración acorde con la desestimación, indicando que la afectada debía esperar al momento procedimental oportuno para recurrir, esto es: el trámite de alegaciones que habrían de ser tenidas en cuenta junto con el estudio ambiental y la demás documentación exigida por el Decreto 302/2001, de 25 de octubre, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia.

Doña Ángela interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, exponiendo que una vez determinados los parques admitidos a trámite, los solicitantes estaban obligados a presentar en el plazo de un mes una extensa documentación sobre el proyecto, que incluía la ubicación exacta de las torres y líneas de alta tensión, sus dimensiones... documentación que ya era conocida al momento de interposición del recurso de reposición y a la que, por tanto, debía extenderse el recurso contencioso.

La Sentencia de instancia (STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2006, Sección Tercera), consideró a doña Ángela legitimada para interponer recurso (el propio Diario Oficial de Galicia admitía recurso de reposición y contencioso, por lo que la Resolución no podía considerarse acto de trámite) y estimó éste en parte, en la medida en que si bien la Resolución impugnada tenía únicamente por objeto la admisión a trámite de las solicitudes de autorización, la Consellería había dictado ésta en conocimiento de ciertos detalles del proyecto que denotaban gravísimas consecuencias para el medio ambiente. Así, se trataba de una instalación situada dentro de la propia Ribeira Sacra Lucense, afectando a restos arqueológicos y al Camino de Santiago, y generando además ciertos daños que la Administración no tuvo en cuenta: ruidos, erosión y desertificación del suelo, masacre de aves, fragmentación del hábitat, incendios, minusvalía inmobiliaria y problemas de salud y calidad de vida.

Por lo tanto, si bien el TSJ no anuló la admisión a trámite de las solicitudes efectuadas (porque de ello no se seguía que éstas fueran otorgadas necesariamente), sí que estimó el recurso acordando medidas correctoras a fin de minimizar los efectos nocivos (FJ 9º), medidas que se concretaron en el alejamiento de las torres a, al menos, dos kilómetros de los núcleos de población, la insonorización de la casa de turismo rural a cargo de la Administración demandada y otras que resultaran necesarias para minimizar los efectos nocivos, tales como impacto paisajístico e interferencia electromagnética con los medios de radio, televisión y demás medios de comunicación (FJ 10º).

ENDESA COGENERACIÓN Y RENOVABLES, SA interpuso recurso de casación contra dicha Sentencia de instancia, y el TS consideró admisible únicamente uno de los motivos de casación: el relativo a la infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) al incurrir la sentencia en incongruencia [al amparo del artículo 88.1.c) LJCA]. La empresa recurrente alegaba, más concreta-

mente, que la Resolución recurrida tenía por objeto únicamente la selección, entre promotores de parques eólicos, de las solicitudes de autorización a tramitar; por tanto, no eran objeto del procedimiento administrativo la revisión de la legalidad del proyecto del parque eólico de Serra das Penas ni las medidas correctoras necesarias. Por ello, al solicitar esto, la recurrente “se estaba extralimitando del objeto del procedimiento (...) y cuando la Sentencia recurrida acoge dicha pretensión incurre en incongruencia porque se pronuncia sobre una cuestión que no fue objeto del procedimiento administrativo...”.

El TS concluye, sin embargo, que dicho motivo no puede prosperar porque el vicio de incongruencia *extra petitum* se produce “cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que se formularon sus pretensiones, lo que no acontece en este caso, en el que la Sala de instancia no va en ningún caso más allá de lo pretendido por la demandante, puesto que constituía contenido preciso del suplico de la demanda el referente a la adopción de las medidas correctoras que resultasen necesarias como consecuencia de la prueba que se practicara en el proceso...” (FJ 2º).

Por lo tanto, el TS desestima el motivo de casación y conforme al artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, impone las costas a la empresa recurrente.

4. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) Es lícita la delimitación del derecho de propiedad en el marco de un PORN mientras no se afecte a su contenido esencial. El principio de legalidad en materia sancionatoria administrativa es compatible con una remisión reglamentaria sobre la adaptación de medidas cautelares a las circunstancias del caso concreto

En la STS de 28 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, (recurso 2318/2005), se resuelve un recurso de casación planteado por la Comunidad de Regantes “Riegos de Levante Margen Derecha del Río Segura” contra la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2005, que inadmitía en parte y desestimaba en el resto el recurso contencioso-administrativo formulado por la misma Comunidad de Regantes contra la Orden de 14 de noviembre de 2003, de la Consejería del Territorio y Vivienda de la Generalidad Valenciana, por la que se acuerda iniciar el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) del Sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante, y contra el Acuerdo de 21 de noviembre de 2003, del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana, por el que se determina la forma de aplicación de las medidas cautelares previstas en el ámbito territorial afectado por el proyecto del Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) del Sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante.

Los motivos de la casación, que coinciden con aquellos del recurso contencioso-administrativo, son tres:

a) Vulneración del artículo 33 de la Constitución Española

La Comunidad de Regantes considera vulnerado el derecho a la propiedad del artículo 33.3 CE y la jurisprudencia constitucional y del TEDH al respecto, en la medida en que la disposición recurrida no reconoce un derecho a la indemnización. Alega que las tierras de los socios se hallan destinadas a actividades de naturaleza agrícola de extraordinaria importancia económica, destino que tras la aprobación del PORN se ve afectado por la exigencia de un previo informe favorable, preceptivo y vinculante, de la Consejería del Territorio y Vivienda, lo cual supone una restricción a la facultad de goce y disfrute inherente al derecho de propiedad sin que se halle previsto un mecanismo resarcitorio de los daños y perjuicios que se ocasione derivados de denegar la mencionada actividad agrícola.

El TS cita al respecto una reiterada jurisprudencia del mismo Tribunal y del TC en relación con las indemnizaciones procedentes de la aprobación de los PORN; así, en la **STC 170/1989, de 19 de octubre**, se reconoce la facultad del legislador de configurar el derecho de propiedad fijando límites no indemnizables: en este caso el uso tradicional y consolidado del bien. Se trata de una técnica tendente a permitir la identificación del contenido esencial del derecho a la propiedad, y es utilizada tanto en la Ley del Suelo (artículo 87), como en la Ley de Aguas. Habría, pues, delimitación del derecho a la indemnización, no vulneración de éste, y en dicha delimitación se hallaría incluida la función social que el derecho de propiedad debe cumplir (artículo 33.2 CE).

Añade como esencial el dato de que no se haya producido todavía ningún daño concreto, en cuyo caso habría que valorar en cada caso si se está o no vulnerando de éste límite del uso tradicional y consolidado y, por lo tanto, invadiendo el contenido esencial del derecho.

Así, sin concreción indemnizatoria, no resulta posible su establecimiento, por lo que el TS rechaza dicho motivo (FJ 3º).

b) Falta de previsión de mecanismos resarcitorios, con vulneración de lo establecido al respecto por la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (Ley 4/1989, de 27 de marzo) y la Ley de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana (Ley 11/1994, de 27 de diciembre)

En segundo lugar, la Comunidad de Regantes expone que la Sentencia recurrida es nula de pleno derecho por infringir el artículo 11 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (derogada en 2007, pero vigente al momento del litigio). Dicho artículo prescribía que “Las normas reguladoras de los espacios naturales protegidos determinarán los instrumentos jurídicos, financieros y materiales que se consideren precisos para cumplir eficazmente los fines perseguidos con su declaración”, y la parte recurrente considera incluido el derecho a la indemnización dentro del citado concepto de “instrumentos financieros”. La Sentencia de instancia sería nula por haber desconocido esta obligación de prever un mecanismo resarcitorio que la Orden de 14 de noviembre de 2003 por la que se acordaba iniciar el procedimiento de elaboración y aprobación del PORN no concretó.

El TS desestima dicho motivo por las mismas razones que el primero: la inexistencia de una lesión antijurídica, injustificable y evaluable económicamente por causa de la aprobación por

el Gobierno Valenciano de un Catálogo de Zonas Húmedas en el que ha incluido los terrenos de la sociedad actora (FJ 2º y 4º).

c) Vulneración del principio de legalidad por la adopción de medidas cautelares no contempladas en la Ley

Finalmente, la Comunidad de Regantes considera nula la Sentencia recurrida por confirmar unos actos que infringen el principio constitucional de reserva de ley (artículo 53.1, en relación con los artículos 9.3 y 33.2 CE y artículo 51.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así, la Orden de 14 de noviembre de 2003 prevé en su artículo 2.3º la posibilidad de dictar medidas cautelares no tipificadas en la norma, y la Comunidad de Regantes considera que ello infringiría la citada reserva de ley.

El citado precepto (artículo 2.3º) establece más exactamente que “Las medidas cautelares contenidas en los párrafos anteriores podrán ser complementadas y especificadas, a propuesta de la Consejería de Territorio y Vivienda, con *otras medidas de carácter particular* (la cursiva es mía), en el caso de que las mismas se consideren imprescindibles para salvaguardar la consecución de los objetivos fijados por el plan de ordenación de los recursos naturales”.

En primer lugar, el TS considera necesario acudir al régimen de protección preventiva del artículo 28 de la Ley de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, para comprobar el ámbito del mandato legal. Dicho artículo prevé una amplia serie de medidas cautelares que cabe adoptar determinadas por la iniciación del expediente de declaración de un espacio natural protegido o la iniciación del procedimiento para la elaboración de un instrumento de ordenación de espacios naturales (como es el caso). Con fundamento en dicho artículo, el TS concluye que en el artículo 2.3º de la Orden de 2003 no existe una autorización para poder adoptar *ex novo* otras medidas diferentes de las ya previstas legalmente, sino “más bien, una autorización para poder adecuar o modular las citadas medidas a la situación del caso concreto mediante la adopción de otras medidas específicas que en modo alguno cuentan con autonomía e independencia, ya que, se insiste, su objetivo es complementar —mediante su adaptación al concreto y específico supuesto de hecho— alguna de las medidas cautelares contenidas en los párrafos anteriores”.

En segundo lugar, el TS indica que dicha decisión de adaptación de las medidas cautelares exige una particular motivación, ya que como el mismo precepto indica, sólo resulta posible “en el caso de que las mismas se consideren imprescindibles para salvaguardar la consecución de los objetivos fijados por el PORN”. Además, conforme al artículo 28.2 de la Ley valenciana, se exige otro requisito subjetivo para dicha adaptación: la propuesta de la Conselleria de Medio Ambiente y una decisión del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

En tercer lugar, el TS cita analógicamente el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, donde se dice que “las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”. Añade que la finalidad de este precepto es idéntica a la del

XIII. Medio Ambiente

artículo 2.3º de la Orden de 2003: la especificación, adecuación o adaptación al caso concreto en el marco del principio de legalidad.

En último lugar, el TS cita la **STC 42/1987, de 7 de abril**, que interpreta el artículo 25.1 CE (“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”). En el marco de la potestad administrativa sancionadora, el TC indica que el artículo 25.1 no puede ser tan estricto como en el marco del Derecho penal, dado el modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias y las exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales. Así, el TC considera que la reserva de Ley no excluye “la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley...”.

Por todas estas razones, el TS rechaza también el tercer motivo del recurso de casación (FJ 5º).

Finalmente, el TS condena en costas a la parte recurrente conforme al artículo 139.3 de la LJCA, con el límite de la minuta de Letrado de 2.500 euros.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) La Administración no puede suspender una explotación minera regular sin aducir una circunstancia medioambiental grave, nueva o imprevista, aunque sí puede ordenar su sometimiento a evaluación de impacto ambiental

En la **STS de 22 de julio de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 1314/2007), se resuelve un recurso de casación interpuesto por ALQUILER DE HORMIGONERAS VALLADOLID, SL, contra el auto del TSJ de Castilla y León de 11 de diciembre de 2007, que denegaba la solicitada medida cautelar de suspensión de la Orden del Consejero de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León de 6 de junio de 2007, por la que se desestimaba un recurso de reposición contra una anterior Orden del mismo Consejero de 27 de junio de 2006, en la que se decretaba el mantenimiento de la suspensión de los trabajos de la empresa recurrente en la concesión de explotación “Rocal” núm. 117 en Quintanilla de Onésimo (Valladolid), hasta que se dispusiera de una declaración de impacto ambiental favorable.

Respecto a la sentencia de instancia, la recurrente alegó que la medida suspensiva de la explotación debía levantarse desde la óptica del *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho), ya que la explotación contaba con autorización y con proyecto técnico. Al respecto, el TSJ cita la STS de 5 de junio de 2000, que dice que para la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* es necesario que concurran dos requisitos: la apariencia razonable de buen derecho en el recurrente y la falta de una argumentación sólida en la Administración que pretende destruir tal apariencia. Dice el TSJ que en este caso no se aprecia en la argumentación de la recurrente un supuesto de posible nulidad radical de las órdenes impugnadas, por lo que no puede entrar a jugar este instituto. Así, el TSJ justificó el mantenimiento de la suspensión indicando que los

perjuicios que podían causarse por la paralización de la explotación minera no podían entenderse de imposible o difícil reparación porque siempre cabría repararlos mediante compensaciones económicas, dada la solvencia de la Administración para efectuarlas, y que en este caso serían superiores los posibles perjuicios que se causarían al interés público a consecuencia de la no ejecución del acto recurrido.

El posterior recurso de casación se ampara en el artículo 88.1.d) LJCA para aducir la infracción del artículo 130.1 de la misma Ley, que dice que “Prevía valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. La recurrente alega que no se apreciaron debidamente los riesgos que la suspensión de labores entrañaba para la subsistencia de la explotación, y que el interés público medioambiental quedaría satisfactoriamente garantizado con la medida cautelar solicitada, que se circunscribe a determinadas parcelas catastrales.

El TS comienza por exponer los antecedentes fácticos, indicando que tanto la Asesoría Jurídica como el Servicio Territorial de Medio Ambiente de la Consejería de Economía y Empleo llegaron en abril de 2005 a la conclusión de que dicha explotación debía someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. La empresa recurrente presentó en agosto de 2005 un plan de restauración de las zonas ya explotadas y las zonas a explotar en el futuro, pero en mayo de 2006, el Servicio Territorial de Medio Ambiente remitió al de Industria, Comercio y Turismo un informe en el que concluía la no aceptación de dicho plan de restauración, al no ser conforme con el Decreto 329/1991, de 14 de noviembre, de Castilla y León, sobre restauración de Espacios Naturales afectados por actividades mineras, y justificaba la exigencia de que la explotación se sometiera al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Fue como consecuencia de este último informe que el Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de Valladolid acordó la suspensión provisional de los trabajos de la empresa concesionaria hasta que ésta contara con una Declaración de Impacto Ambiental favorable (FJ 2º).

A continuación, el TS procede a realizar una ponderación de los intereses en juego, que le llevan a estimar el motivo. Dice que el procedimiento regular, salvo situación de urgencia o imprevista, debió haber sido que la Administración hubiera otorgado un plazo razonable para cumplir la nueva exigencia de evaluación de impacto ambiental, en lugar de una suspensión de la explotación. No se pueden deducir graves deficiencias en la explotación: la Administración señala únicamente la ausencia de un plan de restauración desde el inicio de la explotación hasta agosto de 2005 y que el último proyecto técnico presentado suponía cambios sustanciales (aumento de la producción, nuevas instalaciones de tratamiento y cambio en los usos o destinos de la producción). Sin embargo, ninguno de dichos motivos impidió a la Administración autorizar la transmisión.

Por otra parte, y respecto a la medida cautelar de levantamiento de la suspensión provisional, el TS dice que el cumplimiento de la legalidad medioambiental como interés público genérico “debe decaer ante la realidad de una explotación que funcionaba regularmente y ante la limitación de la medida cautelar a determinadas parcelas de la explotación, que quedan fuera, según reconoce la Administración, del espacio de interés europeo ‘El Carrascal’, que sería uno de los objetivos de protección que justifican la exigencia de la declaración de impacto ambiental...”. Además, de surgir circunstancias fácticas nuevas de suficiente entidad, siempre

podría la Administración solicitar la modificación o levantamiento de dicha medida cautelar. (FJ 3º).

En conclusión, dice el TS, “lo decisivo es que la suspensión adoptada y cuyo levantamiento cautelar solicita la parte, es una medida que se adopta por la Administración al comprobar la situación jurídica de una explotación minera regular, pero sin aducir una circunstancia medioambiental grave, nueva o imprevista, y sin que se trate tampoco de una medida adoptada como consecuencia de una supuesta infracción o de un procedimiento sancionador” (FJ 3º).

Por lo tanto, el TS estima el motivo de casación y ordena la adopción de la medida cautelar solicitada de levantar la suspensión provisional de explotación de la concesión “Rocal” núm. 117 en las parcelas catastrales 49.a), 51 y 52. El TS no hace condena en costas, conforme los artículos 95.3 y 139.1 y 2 LJCA.

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Sanción por uso ilegal de agua para riego

Se discute en la STS de 17 de abril de 2009 (recurso 90/2005), el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 18 de marzo de 2004, por el cual se sancionó a la “Sociedad Agraria de Transformación Guadamar núm. 8755” como autora de la infracción prevista por uso no autorizado de agua para riego de 935 hectáreas, imponiéndose una sanción de 601.012,10 euros y la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico por un valor de 1.325.945,67 euros, así como la obligación de inutilizar los pozos no autorizados.

En la sanción y las obligaciones complementarias que fueron impuestas a la Sociedad Agraria recurrente, se determina que ésta es autora de una infracción tipificada en el artículo 116, apartados b) y g) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, en relación con los artículos 184 y 317 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 846/1986, de 11 de abril y modificado por el Real Decreto 419/1993, de 26 de marzo. En los citados apartados del mencionado precepto legal se consideran infracciones administrativas: “la derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa” [apartado b)] así como “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga” [apartado g)]; calificándose la citada infracción como muy grave en el precepto reglamentario, cuando los daños causados al dominio público hidráulico fueran valorados en más de 7.500.000 pesetas (45.075,90 euros), habiéndolo sido en el supuesto de autos en 1.325.945,67 euros. Estando prevista en el artículo 117.1 del citado Real Decreto Legislativo, para las mencionadas infracciones muy graves, la sanción de multa en cuantía que oscila entre 300.506,06 y 601.012,10 euros (50.000.001 y 100.000.000), en el supuesto de autos se le impuso en la citada cuantía máxima de 601.012,10 euros.

Asimismo afirma el TS en su FJ 3º, que el recurso que aquí se resuelve (el núm. 90/2005) –en el que se impugna el Acuerdo sancionador del Consejo de Ministros por riegos ilegales–, se encuentra condicionado por el resultado del recurso de casación 1722/2007, en el que se impugnan unas resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 27 de julio de 2000 (confirmadas en reposición por resolución de 12 de diciembre de 2000)

que denegaron a la Sociedad Agraria recurrente la inscripción en el Catálogo de Aguas de veintitrés aprovechamientos ubicados en la finca “Hato Ratón”. La sanción impuesta por el Consejo de Ministros que aquí se impugna en este recurso castiga el riego llevado a cabo con los aprovechamientos entonces denegados. Por lo que se afirma por el TS que el resultado de este recurso contencioso administrativo 90/2005 dependía de lo que se decidiera en aquel recurso de casación.

Pues bien, con fecha de 18 de diciembre de 2007, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia en ese recurso de casación 1772/07, confirmando la sentencia impugnada (de 31 de enero de 2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla) y, por tanto, rechazando la impugnación de las Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 27 de julio de 2000, que autorizaron la inscripción de derechos sobre aguas privadas para una superficie de 500 hectáreas, situadas al Norte del Caño de Guadamar, y desestimando, por lo tanto, la pretensión de la Sociedad Agraria de Transformación Guadamar, como entidad actora, de que se inscribiesen a su favor aguas para una superficie total de 1.638 hectáreas.

Finalmente concluye el TS que aunque es en el recurso de casación número 1772/07 y no el presente (el núm. 90/2005), donde se ventila la superficie que la Sociedad demandante tiene derecho a regar, no está de más consignar aquí que la ratificación pericial llevada a cabo en este recurso contencioso administrativo —que es la misma que la del 138/2005— no ha desvirtuado las conclusiones a que en aquel proceso llegó la Sala de instancia, pues el TS cree que esa prueba no ha demostrado el hecho cierto de que a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 las 1.638 hectáreas de la finca “Hato Ratón” estuvieran en regadío.

Por todo lo anterior y dado que la sanción que aquí se impugna se refiere a riegos llevados a cabo en una superficie que excedió de la autorizada (al Sur del Caño de Guadamar), y que por lo tanto, se exceden totalmente de las 500 hectáreas concedidas, el TS procede sin más a la desestimación del recurso.

B) Aprovechamiento hidroeléctrico. Fijación de caudal ecológico por la Comunidad Autónoma

En la STS de 21 de abril de 2009 (recurso de casación 1267/2005), se impugna por parte de la entidad mercantil “Pirenaica Turismo, S.A”, la Sentencia de 30 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la que se discute el condicionamiento de la Orden de 29 de marzo de 2000, del Consejero de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, por la que se autorizó a la mercantil recurrente la ocupación, con carácter definitivo y por plazo de 30 años, de una franja de 1.000 m de longitud y 1 m² de anchura, totalizando una superficie de 1.000 m², en el monte de utilidad pública 184, denominado “Espelungue-Rioseta, Candanchu y Tortiellas”, ubicado en el término municipal de Aisa y perteneciente a la Mancomunidad Forestal del Valle de Aisa, para la ubicación de una conducción de agua subterránea para la alimentación de la Central Hidroeléctrica, así como contra la resolución de 10 de noviembre de 2000, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la primera.

La Administración autonómica dictó dicha autorización sometiéndola a condiciones, impugnando la entidad mercantil en el proceso de instancia tres: primero, la que fijaba el plazo

XIII. Medio Ambiente

de duración en la ocupación del monte en 30 años; segundo, la que establecía que se debe salvaguardar un caudal ecológico del Río Aragón en el tramo entre el Azud y la Turbina, que no sería inferior a 300 l/s; y tercero, la consistente en abonar un canon anual por la ocupación de suelo, que en el primer año ascendería a la cantidad de 317.825 pts y sería objeto de actualización en las anualidades siguientes en función de la facturación anual girada por la beneficiaria de la ocupación.

En sustancia el principal motivo de recurso de casación que plantea la parte actora es el relativo a la condición consistente en la determinación y mantenimiento del caudal ecológico en el Río Aragón que impone el condicionado de la Orden del Consejero de Medio Ambiente de 29 de marzo de 2000. Para ello, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, la mercantil recurrente sustancia sus dos principales motivos de casación por infracción de los artículos 149.1.22.a) de la Constitución, y de los artículos 13, 20, 21 y 23 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y por infracción del artículo 9.3 de la Constitución que establece el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en relación con el artículo 103 de la propia Constitución y el artículo 3.1 del Código Civil y doctrina de los actos propios. Insistiendo la parte actora en que al fijar el caudal ecológico, la Administración Aragonesa se atribuyó competencias de las que no disponía,

Alega la recurrente que la determinación de los caudales mínimos y máximos circulantes así como de los caudales ecológicos, cuando se trata de cuencas hidrográficas que atraviesan territorio de más de una Comunidad Autónoma, es competencia exclusiva de los organismos de cuenca, no siendo ajustado a Derecho que estos caudales se fijen unilateralmente por las Comunidades Autónomas con supuesto amparo de competencias en materia de pesca fluvial, como ha ocurrido en las resoluciones dictadas por la Diputación General de Aragón, y por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recogida en las SSTC números 110/1998; 123/2003 y 166/2000, relativas a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas dado que, según la parte recurrente, de la doctrina sentada en dichas sentencias resulta la competencia exclusiva del Estado en la determinación de caudales como el aquí concernido.

Tras el análisis de los motivos de casación alegados por la mercantil “Pirenaica de Turismo, S.A.”, el TS concluye en cuanto al planteamiento procesal del recurso de casación que efectúa la mercantil que, el recurso de casación no puede prosperar por carecer del contenido crítico de la sentencia de instancia que resulta imprescindible en un recurso de esta naturaleza. Afirma el TS, en su FJ. 4º, que en multitud de sentencias de innecesaria cita por su reiteración, se ha recordado que la mera repetición de los argumentos expuestos en la instancia resulta incompatible con la técnica procesal de la casación, cuyo objeto es la impugnación de la resolución judicial recurrida y no el acto administrativo. Y eso es lo que a juicio del TS justamente ocurre en la casación que nos ocupa, pues la parte recurrente, en su escrito de interposición del recurso de casación, dirige su crítica contra el acto administrativo impugnado en la instancia (Orden de 29 de marzo de 2000, del Consejero de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón) y no contra la aplicación e interpretación del Derecho realizada por la sentencia recurrida.

Finalmente y en cuanto a las consideraciones sustantivas que efectúa el TS en lo relativo a los motivos de casación alegados por la mercantil en torno a la legalidad de la determinación y mantenimiento de unos caudales ecológicos en el Río Aragón, afirma el TS que nada útil dice la actora, sin embargo, para rebatir o desvirtuar las específicas consideraciones del Tribunal de instancia acerca de esta cuestión y singularmente acerca de dos datos que fueron determi-

nantes del rechazo de esa alegación, a saber, que ya el título concesional otorgado en 1947 obligaba a la concesionaria a adoptar las medidas necesarias que dispusiesen los servicios competentes en materia de pesca fluvial (actualmente, la Comunidad Autónoma de Aragón), para evitar perjuicios sobre la riqueza piscícola; y que el artículo 46.4 de la Ley autonómica 2/1999, de Pesca de Aragón, autoriza a los órganos competentes de la Comunidad autónoma para fijar esos caudales ecológicos “en tanto no sean fijados por el organismo de cuenca” (como es el caso).

Con ello el TS recepciona la tesis de la sentencia de instancia en cuanto que se mantiene la condición de caudal ecológico mínimo de 300 l/s, de acuerdo con la concesión origen del aprovechamiento de aguas de 29 de mayo de 1947, que obligaba a la concesionaria a adoptar las medidas necesarias que dispusiesen los servicios competentes en materia de pesca fluvial, para evitar perjuicios sobre la riqueza piscícola, en alusión a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Pesca Fluvial y los artículos 12 y 13 del Reglamento para la aplicación de dicha Ley. De acuerdo también con el artículo 35.1.17.a) del Estatuto de Autonomía de Aragón según redacción dada por la reforma de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, el cual dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de pesca fluvial, y la protección de los ecosistemas en los que se desarrolle dicha actividad es base para establecer un caudal mínimo ecológico conforme a lo establecido en el artículo 46 de la Ley 2/1999, de 24 de febrero, de Pesca en Aragón, en tanto, matiza el TS, no sean fijados dichos caudales por el organismo de Cuenca.

Por todo lo anterior, el TS declara que no ha lugar al recurso de casación 1267/05, interpuesto por la entidad mercantil recurrente “Pirenaica de Turismo, SA”.

C) Sanción administrativa por vertidos indirectos de una Mancomunidad

En la STS de 7 de mayo de 2009 (recurso de casación 182/2006), se discute el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2006, que acordó imponer a la “Mancomunidad de Municipios Juncaril” una multa de 558.370,48 euros con la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico en 83.756,41 euros, y con imposición adicional de la obligación del cese inmediato de los vertidos denunciados. El ilícito que se sanciona en esta infracción es el que se describe en el artículo 116.3.f) del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 que tipifica: “los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente.”

El recurso de casación se asienta sobre los siguientes motivos de impugnación: A) La caducidad del procedimiento se ha producido porque el plazo de un año ha de computarse no desde la fecha de inicio del procedimiento sancionador, sino desde la fecha en que fueron levantadas las actas o tomadas las muestras; B) Concurre una ausencia de fundamento de la responsabilidad porque los vertidos han sido realizados por las empresas del polígono Juncaril y no por la mancomunidad sancionada; C) No existe relación de causalidad por la intervención de un tercero que es precisamente la empresa concreta que realiza el vertido; D) No puede imputarse responsabilidad alguna a la mancomunidad pues no es la titular de la red de saneamiento,

XIII. Medio Ambiente

que corresponde a los Ayuntamientos, ni de los vertidos que se sancionan, que son de las empresas; E) No se ha citado, en fin, para la toma de muestras a la mancomunidad sancionada ni consta que se haya observado la cadena de custodia.

Tales motivos de casación son analizados por el TS en sus FJ 3º a 5º. En cuanto a la caducidad invocada como motivo de nulidad, el TS considera que la tesis de la Mancomunidad de que el cómputo del plazo comienza en la fecha en que fueron levantadas las actas o tomadas las muestras y no desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador no puede ser estimada por la Sala. Al respecto el TS afirma que si bien el plazo máximo para notificar la resolución expresa es de 6 meses, conforme lo previsto con carácter general en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, es también cierto que ello no impide que otra norma con rango legal establezca otro superior. Concretamente la disposición adicional sexta, apartado 3º, del TR de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, establece que: “a los efectos del artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de modificación de la anterior, los plazos para resolver y notificar la resolución en los procedimientos regulados en esta Ley serán los siguientes: (...) 3º Procedimientos sancionadores y otras actuaciones referentes al dominio público hidráulico, un año”.

Y en cuanto a la alegación de la mancomunidad recurrente relativa al cómputo del plazo de la caducidad, el TS afirma que de conformidad con el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, el plazo para este tipo de procedimientos iniciados de oficio se cuenta “desde la fecha del acuerdo de iniciación”.

Finalmente, afirma el TS en su FJ 5º, en cuanto al motivo alegado por la mancomunidad recurrente respecto a la toma de muestras, que los argumentos al efecto esgrimidos por la mancomunidad únicamente consisten en un alegato genérico sobre la falta de citación del acto y la falta de custodia de la toma de muestra, pues no se fundamentan ni se desvirtúan las actuaciones de la Comisaría de Aguas del Organismo de Cuenca con prueba alguna en contrario. Determinando el Tribunal, por lo demás, que no se proporciona ningún dato o elemento que permita dudar de la actuación de los funcionarios del Organismo de Cuenta intervinientes.

En consecuencia, el TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 10 de marzo de 2006.

7. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Constitucionalidad de los tributos

La STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2009 (NR 15289/2009), siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, rechaza que el establecimiento del canon de saneamiento suponga la duplicación de hechos imposables ya gravados por el Estado, en particular por el canon de vertidos de la Ley de Costas (el vertido se efectuaba al dominio marítimo). Igualmente

esta sentencia considera que la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma es capaz de contener disposiciones de este tributo. Asimismo rechaza que en este caso haya habido una retroactividad intolerable.

La STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2009 (NR 15424/2009), desestima otro recurso en el que la demandante cuestionaba que la autorización que la ley efectuaba para el desarrollo reglamentario se ajustase a las exigencias de la reserva de ley tributaria.

b) Sistema de los cánones de saneamiento y entidades locales

Como es sabido, la Ley de Bases de Régimen Local atribuye a los Ayuntamientos competencias en materia de depuración de las aguas residuales. Las relaciones entre las entidades locales y las Comunidades Autónomas involucradas en las políticas de depuración de las aguas residuales son variadas y no exentas de controversias, con grandes diferencias entre las realidades de unas y otras regiones. En el caso balear, muchos ayuntamientos siguen explotando sus depuradoras, percibiendo transferencias del sistema autonómico del canon de saneamiento. La Sentencia del TSJ de Baleares de 27 de febrero de 2009 (NR 1442/2002) desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Calviá en orden a obtener una indemnización más ajustada a los costes reales. La sala considera que no existe ese derecho y que las indemnizaciones siempre quedan condicionadas a las disponibilidades presupuestarias.

c) Hecho imponible

La STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2009 (NR 15232/2009), desestima la demanda interpuesta por una empresa dedicada al lavado de caolín, que alega la no realización del hecho imponible, dado que —decía— las aguas tomadas eran recicladas en un circuito cerrado que impedía su salida al exterior, produciéndose como únicos vertidos los derivados de la evaporación así como los procedentes de aseos de oficinas y servicios sociales. Al entender de la sala la actora no consigue probar la no realización del hecho imponible, desvirtuar su propia declaración y el resultado de dos visitas de inspección.

La STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2009 (NR 15289/2009), pone de manifiesto que es indiferente que el vertido se realice en aguas continentales o en el dominio público marítimo a los efectos del sometimiento al canon de saneamiento gallego.

d) Cuantificación de los tributos

La STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2009 (NR 15424/2009), desestima otro recurso en el que la demandante cuestionaba tanto la condición del laboratorio auxiliar utilizado por la Administración como los criterios de medida. La sala no duda de la capacitación técnica del laboratorio y pone de manifiesto que no existe una definición reglamentaria de cómo deba ser un laboratorio “homologado”, por lo que la remisión de muestras presupone este reconocimiento. En cuanto a la segunda cuestión, los datos aportados por la recurrente no desvirtúan la inexactitud de las mediciones, ya que el laboratorio que analiza las muestras a instancias de la actora opera con límites cuantitativos superiores a los resultados obtenidos en el análisis oficial, en cuanto a ciertas mediciones. Téngase en cuenta que la Administración

utilizó datos facilitados por la propia recurrente y que ésta siempre podía haber optado por facilitar datos de la medición continuada de carga contaminante, para discutir los resultados de la comprobación.

La **STSJ de Valencia de 11 de marzo de 2009** (NR 3721/2006), estima el recurso presentado por el sujeto pasivo y ordena practicar una nueva liquidación en la que se computen las primas por autodepuración previstas en la normativa del canon de saneamiento valenciano. La causa de no haber podido deducir aquellas primas arrancaba de las deficiencias del desarrollo reglamentario de la ley, determinando la sentencia cómo debía procederse para liquidar el tributo con respeto a los mandatos legales. La **Sentencia del mismo tribunal de 24 de marzo de 2009** (NR 3864/2006) sólo se diferenciará en el sentido del fallo, pues la empresa recurrente, en este caso, no consigue demostrar que cuente con el sistema propio de autodepuración en los términos exigidos por la ley.

e) Aplicación de los tributos

La **STSJ de Asturias de 13 de febrero de 2009** (NR 2397/2006) gira alrededor de las fórmulas de gestión típicas de estos cánones de saneamiento, en los que lo habitual es que las entidades suministradoras repercutan sobre los abonados las cuotas del tributo, habiendo adquirido (es lo normal) la condición de sustitutos del contribuyente. Lo que sucede es que las consecuencias de la falta de reembolso de lo repercutido son bien diferentes a lo que sucede en la figura referencial que emplea estas técnicas (el IVA), donde las obligaciones quedan en la posición del operador. En el caso asturiano, se considera que la repercusión lo que abre es el período voluntario de pago, suponiendo el transcurso de éste que la deuda resulta apremiable: el apremio recae sobre el abonado moroso.

B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos: Utilización de gasóleo bonificado

El TEAC dará la razón a la Agencia Tributaria en relación con la reclamación inicialmente planteada por una empresa sancionada por usar gasóleo bonificado en vehículos no autorizados. Es la **RTEAC de 3 de diciembre de 2008**, en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio (NR 7181/2008). Se trataba de un vehículo tipo tractor que realizaba una actividad de carga de troncos de madera en el interior de una serrería. Según el TEAC es improcedente considerar esta actividad como de silvicultura, pues en este concepto (que daría oportunidad al empleo de ese carburante barato) no encajan las actividades industriales de transformación de la madera. El TEAC estimará pues el recurso deducido desde la Administración.

C) Impuestos sobre el transporte. Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte

La Administración planteó recurso de alzada para la unificación de criterios en relación con este impuesto, en torno al criterio para decidir qué embarcaciones tienen la consideración de embarcaciones y buques de recreo o de deportes náuticos. El TEAC desestima el recurso mediante **RTEAC de 3 de diciembre de 2008** (NR 6073/2008), señalando que tienen tal carácter las inscritas en las listas sexta o séptima del Registro de Matrícula de Buques o que

se destinen a la navegación privada de recreo, sin que sea suficiente que la embarcación sea susceptible de inscripción en dichas listas.

En cambio será estimado el planteado en relación con cierta cuestión acerca de la reducción en el supuesto de vehículos destinados al uso exclusivo de familias numerosas (**resolución del TEAC de 27 de enero de 2009**, NR 7986/2008). Según el tribunal central, no puede concederse el beneficio fiscal si se presenta la autoliquidación del impuesto con anterioridad a que se conceda la reducción solicitada.

En el caso resuelto por la **STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2008** (NR 247/2006), se rechaza la aplicación al caso de autos de la exención para vehículos matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo. Dice la sala que es exigible como requisito el reconocimiento previo de la condición de minusválido por la Administración tributaria, lo que necesita que tanto la solicitud de exención como su reconocimiento se produzcan con anterioridad a la fecha de matriculación del vehículo. No basta, pues, que se tenga solicitado ante la Administración competente el reconocimiento de la condición de minusválido con anterioridad a la producción del hecho imponible, aunque se obtenga con eficacia retroactiva.

JAVIER DOMPER FERRANDO

ANTONIO EMBID IRUJO

ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOTO HIDALGO

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Sumario:

1. Nota preliminar. 2. Comercio exterior. A) Denegación de la devolución de avales. **3. Energía.** A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. **4. Fomento. 5. Precios y tarifas. 6. Telecomunicaciones.** A) Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. B) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. **7. Turismo. Ayudas.** A) Competencias estatales y autonómicas.

1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recoge el examen de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas entre junio y octubre de 2009 y las del Tribunal Supremo publicadas en los Cuadernos Aranzadi 10 a 15 de 2009 .

2. COMERCIO EXTERIOR

A) Denegación de la devolución de avales

Por medio de la STS de 6 de mayo de 2009, se resuelve el recurso de casación núm. 5158/2005 (RJ 2009/3105), interpuesto por dos sociedades anónimas contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de enero de 2005, por la que se desestimaron los recursos contra resolución de la Secretaría General de Comercio Exterior, sobre reducción de derechos de exportación y devolución de la garantía.

La Sentencia expone ante todo los hechos que originaron el presente proceso: se inician cuando cada una de las dos sociedades recurrentes, en junio de 2001, solicitaron a la Dirección General de Comercio Exterior que les fueran concedidos los derechos de importación por una cantidad de 4.000 toneladas de carne de vacuno, es decir, por el máximo de lo que a título individual podían pedir. A tales efectos, y de acuerdo con lo previsto en el Reglamento comunitario 1065/2001, aportaron sendas fianzas por la cantidad de 39.932.800 pesetas.

En su resolución, la Comisión adjudicó a cada una de las sociedades solicitantes derechos de importación por un porcentaje del 86,019 por 100 sobre la cantidad que habían solicitado. Ambas sociedades señalaron que no podían asumir esta cantidad de carne y, por ello, presentaron al Ministerio de Economía el 7 de septiembre de 2001 sendos escritos. La primera

de las sociedades recurrentes pidió que se la tuviese por renunciada a la cantidad que había solicitado, y le fuera devuelto el aval de 39.932.800 pesetas, mientras que la segunda solicitó la reducción de la cantidad solicitada de 4.000 TM a 1.000 TM, y la reducción proporcional del aval a 9.983.200 pesetas.

Según constata el Tribunal Supremo, la negativa de la Administración del Estado a acceder a dichas peticiones fue declarada conforme a derecho por el tribunal de instancia, y es contra éste que se interpone el presente recurso de casación. Ahora bien, cabe destacar que, en el proceso de admisión del recurso de casación, éste quedó reducido a examinar si en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid concurre el defecto de incongruencia.

Tras reproducir parcialmente los aspectos más relevantes de la sentencia de instancia, en la que se señala que la presentación de la fianza constituye una exigencia principal y que no estaba prevista normativamente la reducción de los derechos efectivamente asignados, para evitar movimientos especulativos, el Tribunal Supremo examina el único motivo de casación que ha sido admitido.

La demanda ponía el acento en que en anteriores contingentes, la Comisión había asignado unos “porcentajes pírricos” (alrededor del uno por ciento), sobre las cantidades solicitadas por los operadores. Por ello, se solicitaron en junio de 2001 las 4.000 toneladas de carne de vacuno, con la confianza de conseguir aquel mismo y mínimo porcentaje. El efectivamente asignado desbordaba la capacidad de gestión de las entidades solicitantes, ahora recurrentes, pero lo que éstas destacan que el actuar de la administración era contrario a los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, a lo que añadían la alegación de fuerza mayor.

Como se ha adelantado, la delimitación del recurso de casación provoca que el Tribunal Supremo no llegue a examinar en profundidad la concurrencia de tales principios, y se limite a examinar si se produce el vicio de incongruencia en la sentencia recurrida en casación. En este sentido, el Tribunal Supremo destaca que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ciertamente, no se refirió de modo expreso a esta alegación de la demanda, pero ello no determina la casación de la sentencia, puesto que, prosigue el Tribunal Supremo, puede considerarse que el tribunal de instancia la desestimó implícitamente y negó que los actos propios de la Administración sirvieran de pauta vinculante para el fallo.

A estos efectos, el Alto Tribunal señala que la sentencia de instancia desestimó implícitamente la alegación de las sociedades recurrentes, cuando rechazó la incidencia que, en el resultado del litigio, pudieran tener otros antecedentes o conductas anteriores. Además, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid expuso que era necesario, en cada caso, “un acto administrativo de aplicación de un Reglamento específico que se renueva con cada nuevo contingente y cuyo sentido está condicionado, en todo caso, por las circunstancias objetivas y la aplicación de las normas procedentes”.

El Tribunal Supremo añade que “el principio de legalidad prevalece frente a los precedentes administrativos y en este caso las resoluciones del Ministerio de Economía exponían con la extensión necesaria los motivos que determinaban la negativa a aceptar la devolución o minoración de las garantías”.

Para apoyar sus alegaciones, las sociedades recurrentes habían aportado dos documentos en los que supuestamente la administración habría procedido a devolver una parte de un aval en otro proceso. El Tribunal Supremo rechaza tales documentos, con base en su escueto contenido, del cual no se desprende la razón por la que el aval se habría disminuido.

El Alto Tribunal concluye que las peticiones de las sociedades recurrentes estuvieron correctamente rechazadas por la administración, a juicio del tribunal de instancia, que razonó en términos de congruencia la desestimación de la demanda.

3. ENERGÍA

A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

La STS de 21 de abril de 2009, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 162/2007 (RJ 2009/2974) interpuesto por la entidad “GN SDG, SA” contra el Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural.

La actora fundamenta su queja en dos aspectos, uno de carácter formal, consistente en la falta de los informes de la Comisión Nacional de la Energía y del Consejo de Estado, y otro de carácter material, relativo al artículo 4.2 del citado Real Decreto, que considera contrario tanto a la Directiva 2003/55, como a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en la redacción dada por la Ley 12/2007, de 2 de julio. Establece en síntesis dicho precepto que, desde la entrada en vigor del presente real decreto, si un consumidor con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso opta por cambiar de suministrador, ni el suministrador original, ni ninguna otra empresa comercializadora del mismo grupo empresarial podrá realizar contraofertas ni contratar el suministro con dicho consumidor en el plazo de un año.

Con todo, el Tribunal Supremo no llega a examinar el aspecto material del recurso contencioso-administrativo, puesto que concluye que se ha incumplido el procedimiento legalmente establecido para la aprobación de normas reglamentarias, en la medida que se han omitido los dos informes señalados, y, por lo tanto, declara la nulidad del real decreto impugnado.

En primer lugar, el Alto Tribunal destaca que resultaba necesario el informe de la Comisión Nacional de la Energía, con base en la disposición adicional undécima, apartado tercero, punto primero, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de los Hidrocarburos, que atribuye, como función de dicha Comisión, la de participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afectan a los mercados energéticos y, en particular, en el desarrollo reglamentario de la mencionada Ley.

El artículo 5.2 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía determina asimismo el carácter preceptivo del informe.

Ciertamente, el Tribunal Supremo señala que el Preámbulo del Real Decreto impugnado indica que el informe de esta Comisión se emitió en relación con el proyecto del Real Decreto 871/2007, de 29 de julio, por el que se revisa la tarifa eléctrica a partir de 1 de julio de 2007. En ese informe de la Comisión Nacional de la Energía se recomendó la supresión de una

disposición adicional relativa a la figura del suministrador de último recurso, y su regulación en una norma independiente. Para el Tribunal Supremo, ello no es suficiente, puesto que la Comisión Nacional de la Energía no tuvo oportunidad de examinar el proyecto del nuevo Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, ahora impugnado, que, además, regula extensamente el régimen jurídico de los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, los derechos y deberes de los suministradores de último recurso y las concretas medidas de promoción de la competencia. En la sentencia se destaca que todas estas cuestiones no aparecían reguladas en la disposición adicional del Real Decreto 871/2007, de 29 de julio, que finalmente se suprimió, de acuerdo con la recomendación de la Comisión Nacional de la Energía.

El Tribunal Supremo destaca asimismo el incumplimiento de la emisión del informe preceptivo del Consejo de Estado, que viene establecido en el artículo 22.3 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, respecto de los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones. Cabe recordar, y así lo hace la sentencia, que la emisión preceptiva de este informe viene corroborada en el artículo 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

A estos efectos, el Tribunal Supremo argumenta que el real decreto impugnado no tiene naturaleza independiente, sino que se trata de un reglamento de desarrollo de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de los Hidrocarburos. No se establecen en él normas internas u organizativas propias de la estructura administrativa o del régimen de sumisión especial, sino que contiene normas de carácter general que afectan a los consumidores, a los suministradores, y a la promoción de la competencia. Por otra parte, el carácter temporal de la norma no implica, según el Alto Tribunal, que pierda su carácter de norma de desarrollo.

Por todo ello, el Tribunal Supremo estima el recurso contencioso-administrativo presentado contra el Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural, y declara su nulidad.

4. FOMENTO

Una vez más el Tribunal Supremo se ocupa de la impugnación de un acuerdo por el que la Administración que otorgó una ayuda declara el incumplimiento de las condiciones y consecuentemente acuerda no hacer efectiva la subvención inicialmente concedida.

En este caso la **STS de 22 de abril de 2009** (recurso 71/2007), tiene como objeto un acuerdo por el que se declaró el incumplimiento de la condición de crear y mantener determinados puestos de trabajo.

La entidad recurrente cuestiona la forma de calcular los puestos de trabajo realmente creados y mantenidos, aduciendo un exceso de rigor y falta de flexibilidad por parte de la Administración. Frente a este argumento el Tribunal afirma que: “Aun en el supuesto de que hubiera existido rigor en el cumplimiento de las condiciones impuestas a la demandante, beneficiaria de la subvención, ello sería conforme con la doctrina ya consolidada que esta Sala ha sentado al respecto. Hemos mantenido de modo constante que quien pretende obtener en su provecho caudales públicos por la vía de la subvención debe guardar una conducta respetuosa

con las obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos, y que la observancia de las condiciones impuestas ha de ser rigurosa.

Los argumentos de la demandante sobre el enfoque “parmenideo” y no “heraclitiano” que censura a la Administración en materia de creación y mantenimiento de los puestos de trabajo; sus afirmaciones sobre el dinamismo de la realidad empresarial y los “cambios cualitativos” de las cifras de empleo, así como respecto de los cambios en el sector de los productos cárnicos desde 1997 en adelante y respecto de la conveniencia de las fusiones empresariales en dicho sector, todos estos argumentos y afirmaciones, decimos, serían apropiados si viniesen referidos a la actividad empresarial en cuanto tal, dentro de las reglas del libre mercado; pero no lo son tanto cuando con ellos lo que se trata precisamente es de respaldar o atenuar el incumplimiento de una decisión administrativa de naturaleza subvencional que por sus propias características (se trata en realidad de entregar fondos públicos a personas privadas) ha de someterse a requisitos, repetimos, de estricta observancia”.

5. PRECIOS Y TARIFAS

La fijación de determinadas tarifas de servicios de competencia municipal está sujeta al régimen de precios autorizados. Así, las tarifas de abastecimientos de agua a poblaciones, el transporte urbano de viajeros en automóviles de turismo o el transporte colectivo de viajeros. De esta forma se establece una doble intervención en el proceso de revisión de estas tarifas. Por un lado la intervención del titular del servicio, el municipio, y por otro la autoridad encargada del control de precios, que es la Comunidad Autónoma.

El ejercicio de estas dos potestades dentro de un mismo procedimiento (fijar el alcance de la revisión tarifaria) ha suscitado múltiples conflictos que han permitido a los Tribunales fijar con claridad la causa de cada una de estas dos intervenciones.

La **STS de 5 de febrero de 2009** (recurso 3454/2005) reitera y confirma la doctrina anterior del propio Tribunal Supremo. En este caso el conflicto se planteó con ocasión de la intervención de la Comisión de Precios de Andalucía autorizando la revisión de las tarifas del servicio de abastecimiento de agua potable propuestas por el Ayuntamiento de Córdoba.

El Tribunal reconoce la competencia de la Comisión de Precios para controlar la subida de las tarifas de abastecimiento de agua potable propuestas por el Ayuntamiento, pero a continuación examina el alcance de esta competencia. En este sentido el Tribunal reitera la distinción entre potestad tarifaria, cuyo ejercicio corresponde al Ayuntamiento, y el contenido de la potestad de las Comisiones de Precios consistente en el control de la inflación a través del control de los incrementos tarifarios. En relación con este punto el Tribunal señala que: “es muy importante, sus acuerdos deben estar fundados exclusivamente en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de política económica y sobre todo, la justificación del aumento de las Tarifas debida al aumento del coste de explotación, de modo que “[e]s fundamental tener claro que la Comunidad Autónoma autorizante no puede invadir la competencia sobre tarifas que corresponde a la Corporación Local o Mancomunidad Intermunicipal, basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio” [FD Cuarto; en términos prácticamente idénticos, **SSTS de 6 de febrero de 1998** (RJ

1998, 1670) (recurso apelación 1474/1991), FFDD 5º y 6º; de 18 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 951) (recurso de casación 1881/1993), FFDD 5º, *in fine*, y 6º; de 30 de septiembre de 2002 SIC (RJ 2002, 8681) (recurso de casación 7160/1998), FD 2º; de 25 de julio de 2003 SIC (RJ 2003, 7130) (recurso de casación 2530/1998), FD 2º; de 2 de marzo de 2004 (RJ 2005, 3038) (recurso de casación 7151/1997), FD 3º”.

Amparándose de nuevo en su propia doctrina (la Sentencia de 12 de noviembre de 1998) el Tribunal Supremo añade que la Comunidad Autónoma no puede imponer un modelo tarifario distinto al propuesto por el ente municipal. Finalmente concluye que “la orden de 29 de diciembre de 1997 dictada por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, al establecer que quienes consuman una cantidad de agua superior a 9 m³ y no sobrepasen los 20 m³/viv./mes, deberán abonar hasta los 9 m³ la cantidad de 75,70 ptas./m³, y por encima de dicho consumo y hasta 20 m³/viv./mes 89,06 ptas./m³, frente a la revisión de tarifas aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Córdoba, que establecía que para consumos que excediendo de 9 m³ no sobrepasasen de 20 m³ por viv./mes la tarifa sería de 89,06 ‘la totalidad del consumo’, ha impuesto un modelo tarifario distinto al aprobado por dicha Corporación, excediéndose la Comunidad Autónoma de Andalucía de las competencias que tiene atribuidas en materia de revisión de precios autorizados”.

En relación con esta cuestión debemos señalar que mediante Decreto 365/2009, de 3 de noviembre, la Junta de Andalucía ha modificado los procedimientos administrativos en materia de precios autorizados de ámbito local.

6. TELECOMUNICACIONES

A) Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas

Mediante la STS de 27 de marzo de 2009 (recurso 4270/2006), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de mayo de 2006, en relación con el Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión.

En concreto, se declara la nulidad del inciso final del artículo 2.1.c) del citado decreto catalán, que extendía el ámbito de aplicación de su regulación a “los operadores de otros servicios de televisión cuando efectúen programación dirigida específicamente a los usuarios de Cataluña”. Contrariamente a la sala de instancia, entiende el Tribunal Supremo que con dicha previsión la Generalitat vulnera la distribución de competencias en materia de telecomunicaciones prevista en el artículo 149.1.27 CE, al contradecir las previsiones de la legislación básica correspondiente, que restringe el control y la inspección por parte de las Comunidades Autónomas a los servicios de televisión “cuyos ámbitos de cobertura no sobrepasen sus respectivos límites territoriales”.

En el centro de la discusión se sitúa, pues, el supuesto de las emisoras de ámbito nacional que efectúan desconexiones territoriales para Cataluña, posibilidad prevista tanto para el ente

público RTVE como para los concesionarios de televisión privada. De acuerdo con el TS, el control de estos operadores corresponde, según el caso, a la Administración de la que dependen o a la administración concesionaria (aquí, siempre de ámbito estatal) y, a su vez, las obligaciones que se imponen a estos operadores tienen carácter global para el conjunto de sus emisiones, “sin que quepa fragmentación, incluso competencial, por actividades parciales”. En caso contrario, cualquier forma de dirección o control por parte de otra administración, como sucede en este caso al imponer la Generalitat la señalización de programas para la protección de los menores, infringe la distribución de competencias prevista en la materia.

B) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La **STS de 10 de marzo de 2009** (recurso 2009/2842), tiene por objeto analizar las funciones que el Real Decreto 2966/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración, atribuye al Gobierno, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

Destaca, en primer lugar, el reconocimiento expreso por parte de la Sala de la legitimación activa de la CMT para impugnar el citado Real Decreto. Teniendo en cuenta la autonomía que nuestro ordenamiento reconoce a dicha Comisión, el Tribunal entiende que las relaciones entre ésta y la Administración a la que se adscribe son de coordinación y no de jerarquía, por lo que no entraría en juego lo previsto en el artículo 20.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

A partir de aquí, la Sentencia entra a analizar uno a uno los diferentes preceptos impugnados, valorando especialmente si el concreto reparto de las funciones de asignación de recursos de numeración nacionales y de gestión de los planes nacionales de numeración contenida en el Real Decreto impugnado se ajusta a lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones.

En este punto, de entre las diferentes alegaciones formuladas por la CMT, el Tribunal estima, en primer lugar, la relativa al artículo 36 del mencionado Reglamento sobre el mercado de comunicaciones electrónicas, que excluía de la gestión de los recursos públicos de numeración –a realizar por la CMT– determinadas funciones de asignación a los usuarios finales. La Sala anula este artículo al considerar que el concepto de gestión que se maneja es demasiado restrictivo, sin que pueda justificarse la exclusión de las funciones que pretende llevar a cabo.

En términos similares, la Sala anula también la atribución al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de la función de autorización a los operadores del uso de las marcaciones internas prevista en el artículo 5.4 del Plan Nacional de Numeración, que se anexa en el Real Decreto impugnado, puesto que, siendo ésta una forma de gestión y no de planificación, debió incluirse dentro de las facultades que nuestro ordenamiento atribuye a la CMT.

Por otro lado, la **STS de 30 de abril de 2009** (recurso 395/2007), se refiere también a las funciones de la CMT, centrándose específicamente en sus competencias inspectoras y sancionadoras.

En este caso, la Sala desestima el recurso de casación planteado por la representación de la Administración del Estado frente a una sentencia anterior de la Audiencia Nacional que había anulado la sanción impuesta por la CMT a Antena 3 de Televisión SA por incumplimiento de los requerimientos de información sobre las condiciones de acceso a los tiempos de emisión de teletienda. La Sala confirma la nulidad de la resolución de la CMT basándose en la falta de competencia del Presidente de dicha Comisión para efectuar los requerimientos que habían dado lugar a la sanción, puesto que el Reglamento de Régimen Interior de la CMT atribuye expresamente esta función al Consejo, sin que constase ninguna delegación expresa de dicha función, ni pudiera considerarse tampoco que dicho acto había sido posteriormente convalidado por el propio Consejo.

7. TURISMO

A) Ayudas. Competencias estatales y autonómicas

La STC 200/2009, de 28 de septiembre, resuelve un conflicto de competencias planteado por la Junta de Galicia contra el Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros. La cuestión se centra en determinar si la regulación que hace la norma reglamentaria de diversas líneas de financiación (subvenciones para la modernización de las infraestructuras turísticas, préstamos bonificados y ayudas complementarias a los planes de dinamización turística), al amparo de la competencia estatal sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE), vulnera la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de turismo. O, lo que es lo mismo, se trata de delimitar competencias en relación con la regulación y aplicación de ayudas o subvenciones al sector turístico (STC 242/1999, de 21 de diciembre). Para ello, el Tribunal parte de la premisa de que el Estado, ex artículo 149.1.13 CE, puede regular los instrumentos de financiación que aseguren el mantenimiento de unas inversiones necesarias desde el punto de vista de la política económica general, en atención al peso del sector turístico en la economía, siempre y cuando respete el orden constitucional y estatutario de competencias. Así, como ha reiterado a lo largo de su doctrina, recuerda que el Estado no dispone de un poder general para subvenciones o de gasto público, desvinculado del orden competencial, ya que de lo contrario estaría restringiendo la autonomía política de las comunidades autónomas. En este contexto, haciéndose eco de una abundante jurisprudencia que parte de la STC 13/1992, de 6 de febrero, sintetiza los cuatro supuestos subvencionales que pueden darse según la intensidad y el alcance de las competencias autonómicas. Para el encuadramiento en uno o en otro, el Tribunal parte de la premisa de que al tratarse de actividad subvencionadora en el ámbito turístico, que es competencia exclusiva autonómica, le será de aplicación el segundo supuesto recogido en el FJ 8.b) de la citada Sentencia de 1992, que es aquél en el que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución. En este caso, sólo se justificaría una gestión centralizada si resultase imprescindible para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional.

Respecto a la línea de financiación denominada de préstamos bonificados, el Tribunal no considera que se justifique la regulación completa de estas ayudas ni la centralización de su convocatoria y subsiguiente gestión. Al Estado corresponde la especificación de su destino y la regulación de las condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita la competencia genérica, pero siempre que deje a las Comunidades Autónomas espacio para concretar con mayor detalle la afectación o destino de la subvención y para desarrollar las condiciones de otorgamiento y tramitación. Así, como regla general, no es competencia del Estado la regulación de todos los documentos que deben aportarse para poder obtener las ayudas citadas, ni el establecimiento de un modelo normalizado de solicitud, ni su convocatoria, que se considera un acto de gestión administrativa, ni tampoco la instrucción y ordenación del procedimiento con la consiguiente valoración de las solicitudes aportadas u otros aspectos relacionados con el procedimiento de control de cumplimiento de las condiciones a que se someta el otorgamiento de las ayudas por parte de sus beneficiarios. En este sentido, resulta de utilidad recordar que las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las comunidades autónomas con competencias en el sector material, en este caso, el sector turístico, respetando las reglas del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de la colaboración, implícita en la Constitución y consustancial al Estado Autonómico, que puede haber entre las Administraciones implicadas (por ej. con el suministro de información de una Administración a otra).

Esta doctrina, que se aplica también a las ayudas complementarias a los planes de dinamización turística, no es de aplicación, sin embargo, a las operaciones de crédito concertadas entre el ICO y entidades públicas que sean a su vez beneficiarias del FOMIT, pues de lo contrario la Comunidad Autónoma estaría disponiendo de recursos estatales cuyo destino ha de ser determinado por el Estado, en tanto que titular de ellos. Y ello porque se trata de relaciones crediticias, que no se concretan en una disposición a fondo perdido, ya que el préstamo se entrega con vocación de devolución y con una contraprestación en forma de intereses pactados por las partes. Así, aunque estén en juego fondos públicos, se trata de una relación contractual en la que ambas partes tienen obligaciones inexcusables.

En cuanto al alcance de la vulneración de competencias, la sentencia, además de declarar la titularidad de las competencias, declara la nulidad de los preceptos reglamentarios, dado que no regulan medidas temporales ya agotadas sino que son susceptibles de aplicarse en sucesivos ejercicios presupuestarios.

ÁNGELES ARRÓNIZ I MORERA DE LA VALL

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Normativa fiscal regional por la que se establece un impuesto sobre las escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo, que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fuera del territorio regional. **2. Deporte.** A) Suspensión cautelar de preceptos de los estatutos de federaciones deportivas vascas que les otorgan la representación de sus modalidades deportivas en el ámbito internacional. **3. Educación.** A) No universitaria: a) Asignatura “Educación para la Ciudadanía”. b) Inconstitucionalidad de la exigencia de residencia legal del menor extranjero para el acceso a la educación obligatoria. **4. Extranjeros.** A) Orden de detención europea y entrega B) Denegación de entrada y expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Tratamiento fiscal dispensado por la normativa española a los premios de las loterías, juegos y apuestas incompatible con el artículo 49 CE. B) Recurso de casación en unificación de doctrina que permite el abono del premio sin presentar el oportuno cupón de la Once, cuando se acredite que el recurrente adquirió el cupón extraviado. **6. Sanidad.** A) El derecho a la vida privada, garantizado por el CEDH, incluye el derecho a indemnización por error médico. B) No hay inactividad administrativa por no fijar el tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias públicas. C) Medidas en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud.

1. CONSUMO

A) Normativa fiscal regional por la que se establece un impuesto sobre las escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo, que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fuera del territorio regional

La STJCE de 17 de noviembre de 2009, As. C-169/08, responde a una cuestión prejudicial planteada por la Corte costituzionale desde Italia, tras un litigio entre el Presidente del Consejo de Ministros y la Región de Cerdeña en relación con el establecimiento por esta última de

un impuesto especial que grava a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fuera del territorio de Cerdeña.

La primera cuestión que debe dilucidar el Tribunal de Justicia es si el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa fiscal de una autoridad regional, cuando únicamente se exige dicho impuesto a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio de la Región de Cerdeña. Al efecto cabe recordar que en el ámbito de la libre prestación de servicios, una medida fiscal nacional que obstaculiza el ejercicio de esta libertad puede constituir una medida prohibida, siendo indiferente que tal medida haya sido dictada por el propio Estado o por una entidad regional o local. No obstante, una diferencia en el trato de residentes y no residentes constituye una restricción de la libre circulación prohibida por el artículo 49 CE si no existe ninguna diferencia de situación objetiva, y en el caso concreto ningún elemento permite determinar que los residentes y los no residentes no se encuentren en una situación objetivamente comparable. Por lo tanto, la normativa fiscal constituye una restricción de la libre prestación de servicios en la medida en que se exige únicamente a los operadores que explotan aeronaves destinadas al transporte privado de personas y embarcaciones de recreo y que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional, sin someter a los operadores establecidos en dicho territorio al mismo impuesto.

A mayor abundamiento, como destacó la Abogado General en sus conclusiones, aun admitiendo que las aeronaves privadas y embarcaciones de recreo que hacen escala en Cerdeña sean una fuente de contaminación, ésta se produce independientemente de la procedencia de tales aeronaves y embarcaciones y, en particular, no guarda relación alguna con el domicilio fiscal de sus operadores. Las aeronaves y embarcaciones de los residentes contribuyen al menoscabo del medio ambiente en igual medida que las de los no residentes.

La segunda cuestión que debe dilucidar el Tribunal de Justicia es si el artículo 87 CE debe interpretarse en el sentido de que una norma fiscal, que se exige únicamente a los operadores que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional, constituye una ayuda de Estado a las empresas que tienen su domicilio fiscal en dicho territorio. Al efecto, la medida no puede considerarse general, ya que no se aplica a todos los operadores de aeronaves y embarcaciones de recreo que hacen escala en Cerdeña. Por consiguiente, el artículo 87 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una norma tributaria de una autoridad regional por la que se establece un impuesto sobre las escalas turísticas de los consumidores, que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas con domicilio fuera del territorio regional, constituye una ayuda de Estado en favor de las empresas establecidas en ese mismo territorio.

2. DEPORTE

A) Suspensión cautelar de preceptos de los estatutos de federaciones deportivas vascas que les otorgan la representación de sus modalidades deportivas en el ámbito internacional

Dos SSTs de 21 de mayo y 1 de julio de 2009 (recursos de casación 1081/2008 y 1560/2008, respectivamente) decretan la suspensión cautelar de los artículos 5 y 6.a) de

XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

sus respectivas normas estatutarias de la Federación Vasca de Juegos y Deportes Vascos y de Automovilismo. En concreto disponen que: “La Federación Vasca (...) ostenta la representación del deporte federado vasco correspondiente a sus modalidades deportivas en el ámbito estatal e internacional” (artículo 5); y que para el cumplimiento de sus fines la federación ejercerá las siguientes funciones: “a) ostentar la representación de la modalidad deportiva en el ámbito estatal e internacional y definir, en su caso, el régimen de adhesión de la federación a otras entidades”.

Pues bien, en el primer caso de la Federación Vasca de Juegos y Deportes Vascos, en primera instancia no se había concedido la medida cautelar, porque no existe en el ámbito estatal una federación similar reconocida por el CSD. Sin embargo, para el Tribunal Supremo en casación, tal motivo no es suficiente “para conjurar el daño que para el interés general de la imagen internacional de España puede suponer la presencia de una federación deportiva en el exterior que en España posee únicamente un ámbito territorial propio, el de su Comunidad Autónoma, representando esos deportes autóctonos en el ámbito internacional y produciendo una indudable confusión al poder presentarse como representante internacional de sus deportes superando su ámbito territorial y arrogándose una representación que en principio puede no poseer”. Al efecto recuérdese que desde hace doce años está suspendido por el Tribunal Constitucional el artículo 16.6 de la Ley 14/1998, del Deporte del País Vasco, al estar pendiente de resolución el correspondiente recurso de inconstitucionalidad interpuesto, contra el precepto legal que reza del siguiente tenor literal: “la federación vasca de cada modalidad deportiva será la única representante del deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional”.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Asignatura “Educación para la Ciudadanía”

Tres SSTs de 11 de febrero de 2009, Ar. 1878, 1879 y 1877, se ocupan de dilucidar sendos recursos de casación en relación con la implantación de esta asignatura. De estas largas y fundamentadas resoluciones, dictadas por el Pleno de la Sala Tercera, que abarcan muy distintos aspectos, no podemos ocuparnos en esta Crónica con el pormenor que se merecería (razón por la que valga ahora con la remisión a su texto íntegro; que, sin lugar a dudas, interesará sobremanera), así que aquí nos limitaremos a indicar que en ellas se rechaza la posibilidad de invocar la objeción de conciencia, por parte de los padres. Al parecer mayoritario, sin embargo, le acompañan diversos votos particulares disidentes.

b) Inconstitucionalidad de la exigencia de residencia legal del menor extranjero para el acceso a la educación obligatoria

Es lo que establece la STS de 10 de marzo de 2009, Ar. 2957, en línea con lo previamente decidido por el Tribunal Constitucional.

4. EXTRANJEROS

A) Orden de detención europea y entrega

Vuelve a plantear cuestiones jurídicas de gran entidad la materialización de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo de 13 de junio de 2002 (modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009).

En efecto, la **STC 199/2009, de 28 de septiembre**, dictada en recurso de amparo, plantea en último término la (in)compatibilidad de tal acto jurídico europeo, dictado en el “tercer pilar” (a desaparecer tras el Tratado de Lisboa), con el derecho a un proceso con todas las garantías (establecido en el artículo 24.2 CE), en el caso de una sentencia penal dictada en ausencia del condenado. El Tribunal Constitucional otorga el amparo por considerar que el Auto de entrega dictado por la Audiencia Nacional, al no haber previsto expresamente la garantía de un nuevo juicio con la presencia del condenado (en el caso, ciudadano británico juzgado por un Tribunal rumano), había lesionado el derecho fundamental mencionado. A este fallo se acompañan sendos votos particulares disidentes.

Quizás convenga insistir, a este respecto, en que el problema que desvela esta sentencia es de gran relevancia pues, en definitiva, viene a reconocer la incompatibilidad existente entre el Derecho europeo (la orden de detención europea y entrega entre Estados miembros de la Unión) y la Constitución española (y no con una disposición cualquiera, sino con un derecho fundamental).

B) Denegación de entrada y expulsión

La **STJCE de 22 de octubre de 2009, As. Zurita García y Choque Cabrera, C-261 y 348/08** (acumulados), resuelve sendas cuestiones prejudiciales solicitadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en la que se viene a planear si es compatible con el Acuerdo Schengen la normativa española que no impone, de manera ineluctable (sino que permite), la expulsión del ciudadano de un tercer país que se encuentre en situación irregular. El Tribunal de Luxemburgo avalará la situación de nuestro ordenamiento (y nuestra jurisprudencia) al interpretar que “cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicable en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión”.

C) Asilo y condición de refugiado

Resultan de interés en este apartado algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

Así, la **STS de 17 de febrero de 2009, Ar. 2832**, ratifica la denegación de asilo, pese a tratarse de un opositor guineano, basada en la previa condena por un delito contra la salud pública.

La **STS de 20 de marzo de 2009, Ar. 1813**, también ratifica la denegación de asilo, basada, por un lado, en que para casos de extorsión económica es preciso acreditar la finalidad de

financiación de actividades terroristas; y, por otro lado, en la ausencia de datos que permitan concluir que el desplazamiento interno no sería suficiente para escapar de la persecución alegada. En este mismo sentido, la **STS de 2 de abril de 2009**, Ar. 2862, también para el caso de un solicitante de asilo colombiano.

Por su parte, la **STS de 30 de abril de 2009**, Ar. 3097, reitera su conocida doctrina consistente en que, para la concesión del asilo, es necesario que existan indicios suficientes de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, “pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución”.

D) Nacionalidad

La **STS de 17 de marzo de 2009**, Ar. 2491, ratifica la denegación puesto que la vida familiar y profesional ordenada no es suficiente para enervar la existencia de varias condenas por faltas y otros “episodios innegablemente incívicos”.

También la **STS de 23 de marzo de 2009**, Ar. 2306, ratifica la denegación por ausencia de elementos positivos que acrediten la buena conducta, frente a tres hechos graves por los que fue condenado (y aunque se hubiesen cancelado los antecedentes penales al respecto).

En fin, la **STS de 16 de abril de 2009**, Ar. 3092, concede la nacionalidad porque “la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales y el arraigo familiar, habiendo demostrado la interesada un conocimiento básico del entorno sociopolítico en que vive, teniendo evidentemente un arraigo familiar, al estar casada con español y tener cinco hijos, y entender y hablar para comunicarse sin dificultad, aunque no sepa leerlo y escribirlo, carencia ésta que deriva de su analfabetismo, que le impediría también leer y escribir la lengua árabe de nacimiento, pero sin que dicha circunstancia pueda erigirse por sí sola en un impedimento insalvable en el caso enjuiciado para adquirir la nacionalidad española, teniendo en cuenta las dificultades para acceder a la educación en función de sus orígenes y de sus circunstancias personales y vitales”.

5. JUEGO

A) Tratamiento fiscal dispensado por la normativa española a los premios de las loterías, juegos y apuestas incompatible con el artículo 49 CE

La **STJCE de 6 de octubre de 2009**, As. C-153/08, tiene origen en la denuncia de la Comisión que considera que la Ley del Impuesto sobre la Renta española es discriminatoria, cuando prevé la exención fiscal para determinados premios de las loterías, juegos y apuestas, en contraposición con similares premios de otras loterías, juegos y apuestas de otros países de la Unión. Al efecto, el Tribunal de Justicia entiende que cuando un organismo cuya utilidad

pública ha sido reconocida en un Estado miembro cumple los requisitos establecidos en la legislación de otro Estado miembro y tiene como objetivo el fomento de intereses de la colectividad idénticos, de manera que su utilidad pública podría ser reconocida en este último Estado miembro, las autoridades de dicho Estado miembro no pueden negar a tal organismo el derecho a la igualdad de trato basándose únicamente en que no está establecido en el territorio de tal Estado.

Dadas estas circunstancias, procede concluir que la exención fiscal establecida en el artículo 7.ñ), de la Ley del Impuesto sobre la Renta, al tener como consecuencia un trato más favorable para los premios repartidos por los organismos y entidades enumerados en dicha disposición, constituye una restricción discriminatoria a la libre prestación de servicios, en perjuicio de los organismos públicos y de las entidades que ejerzan actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro establecidos en Estados miembros distintos de España y que persigan objetivos idénticos a los que persiguen los organismos y entidades enumerados en dicha disposición.

No obstante, esta conclusión sólo se aplica a los organismos y entidades comparables a las que se mencionan en dicha disposición y, en contra de lo que sostiene la Comisión, no es válida para todos los organizadores de loterías, juegos y apuestas establecidos en Estados miembros distintos de España. En efecto, estos últimos organizadores no se hallan todos en una situación comparable a la de los organismos y entidades enumerados en el artículo 7, letra ñ), de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Por consiguiente, procede desestimar el recurso de la Comisión en la parte en que se refiere a los organizadores de loterías y apuestas establecidos en Estados miembros distintos de España y que no son objetivamente comparables a los enumerados en dicha disposición.

Habida cuenta de las consideraciones expuestas, el Tribunal de Justicia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE y del artículo 36 del Acuerdo EEE al mantener en vigor una legislación fiscal que exime de impuestos los premios obtenidos al participar en las loterías, juegos y apuestas organizados en el Reino de España por determinados organismos públicos y entidades establecidos en dicho Estado miembro y que ejercen actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro, sin aplicar la misma exención a los premios de las loterías, juegos y apuestas organizados por organismos y entidades establecidos en otro Estado miembro de la Unión o del Espacio Económico Europeo que ejerzan actividades del mismo tipo.

B) Recurso de casación en unificación de doctrina que permite el abono del premio sin presentar el oportuno cupón de la Once, cuando se acredite que el recurrente adquirió el cupón extraviado

La STS de 10 de marzo de 2009, Ar. 2752, casa la sentencia recurrida en la medida que en las actuaciones consta acreditado que el cupón a que se refiere la litis —a pesar de resultar premiado— su premio no fue abonado y también que el recurrente lo había adquirido, como lo prueban los datos y escritos aportados en el expediente por parte del recurrente, del vendedor y de los compañeros que junto con el recurrente habían adquirido una tira de diez cupones, y que siendo abonados los premios de los nueve restantes no resultó abonado el premio del cupón que correspondía al recurrente. Por consiguiente, existe prueba indubitada, de que el

recurrente adquirió el cupón premiado, que lo extravió y que el premio correspondiente a tal cupón no ha sido abonado.

La alegación de las partes recurridas sobre que no es correcta la doctrina que permite obtener el premio del cupón sin la presentación de éste, pues aun cuando es cierto que la normativa de la Once, en concreto el artículo 14 del Reglamento del Sorteo del Cupón, aprobado por su Consejo General de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 358/1991, de 15 de marzo, modificado por el Real Decreto 1200/1999, de 9 de julio, expresamente dispone que el premio se cobra tras la oportuna presentación del cupón premiado, no pudiendo sustituirse por ningún otro documento o testimonio, no hay que olvidar que en relación con la lotería nacional que tiene similar régimen ya había flexibilizado esta doctrina para los supuestos límites en que resultara acreditado la compra del décimo, su extravío y la falta de abono del premio y en el caso de autos además de concurrir ese supuesto límite, es lo cierto que ya esta Sala por la Sentencia de 11 de julio de 2006 había llegado a la misma doctrina en relación con los cupones de la Once, que es el supuesto de autos, por lo que también el principio de igualdad obliga a mantener esa misma tesis al no concurrir circunstancias que justifiquen su alteración.

6. SANIDAD

A) El derecho a la vida privada, garantizado por el CEDH, incluye el derecho a indemnización por error médico

Tal es la doctrina que cabe deducir de la STEDH de 2 de junio de 2009, *As. Codarcea c. Rumania*, en donde, tras encuadrar los tratamientos médicos en el ámbito del derecho protegido por el artículo 8 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo considera obligación de los Estados la creación de un sistema de recursos (civiles o penales) que permita el ejercicio efectivo de las acciones indemnizatorias en caso de responsabilidad médica.

B) No hay inactividad administrativa por no fijar el tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias públicas

Deducido recurso contencioso-administrativo contra la “inactividad” del Ministerio de Sanidad y Consumo por no haber realizado la previsión al respecto recogida en la Ley de Cohesión y Calidad del Servicio Nacional de Salud, la STS de 18 de marzo de 2009, Ar. 2289, lo desestima, al entender que no se trata de una inactividad referida en el artículo 29.1 LJCA, “dado que el mandato legal que se dice incumplido no lleva consigo, en sí mismo, la obligación de realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas”.

C) Medidas en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud

La STS de 1 de abril de 2009, Ar. 2544, contiene alguna valiosa interpretación del artículo 26.1 de la Ley General de Sanidad –que es el que prevé las medidas que pueden adoptar las autoridades sanitarias “en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un

riesgo inminente y extraordinario para la salud”— al hilo de una actuación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que había ordenado la inmovilización de un determinado producto. Así, “el concepto jurídico indeterminado que emplea de ‘riesgo inminente y extraordinario para la salud’, no alude, o no alude necesariamente, sólo a supuestos en que el sospechado menoscabo de la salud haya de ser de gran entidad o de entidad considerable. Alude más bien a un menoscabo que, siéndolo, pueda suceder prontamente y vaya más allá de aquél que esté dentro de lo que hipotéticamente pueda ser previsto o tenido como ordinario, natural o común. El significado del conocido ‘principio de precaución’ y los mandatos constitucionales que son de ver en los números 1 y 2 del artículo 43 de la Constitución, avalan a nuestro juicio una interpretación de aquel concepto jurídico indeterminado que no sea más exigente que la que acabamos de concretar, y no avalan, por el contrario, la afirmación de la Sala de instancia de que los presupuestos legales para la adopción de la medida cautelar tienen un carácter extraordinariamente restrictivo”.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso administrativo. A) Competencia. a) La competencia objetiva viene determinada por el acto administrativo directamente impugnado y no por la disposición que se impugne indirectamente. b) Los Juzgados Centrales conocen del recurso contra Resolución de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa relativa a pensión de orfandad. c) Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra Acuerdos de Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa.

B) Objeto. a) El objeto litigioso se determina en el escrito de interposición. b) La aprobación provisional de los Planes de Actuación Integrada no es recurrible. C) Procedimiento. a) Alcance del artículo 45.2.d) LJCA. b) Los motivos nuevos deben ser expuestos a las partes. c) Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil referentes a la prueba deben aplicarse al procedimiento contencioso-administrativo con modulación.

d) Se puede denegar una prueba si existen datos de fondo que conducen con claridad a la resolución del conflicto. e) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales se cumple con una respuesta sustancial que resuelva todas las pretensiones. D) Ejecución de sentencias. a) La falta de derribo de unas edificaciones no supone necesariamente el derecho a la indemnización por inejecución de sentencia. b) El plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 LJCA no es un plazo de caducidad absoluto. c) La demolición de un polideportivo y de una plaza no supone la imposibilidad de ejecutar la sentencia

E) Extensión de efectos: no cabe aplicar la extensión de efectos a quienes no recurrieron contra el acto administrativo. F) Medidas cautelares. a) No procede la suspensión de la obligación de inutilizar un pozo. b) Suspensión de la ejecución de la modificación de normas subsidiarias. c) La ejecución del planeamiento urbanístico puede hacer perder su finalidad al recurso contencioso-administrativo. G) Costas: se pueden imponer las costas a la Administración en sentencias parcialmente estimatorias. **2. Recurso de casación.**

A) Inadmisión. a) La expresión de los motivos casacionales ha de basarse en una crítica

de la sentencia recurrida, no en la repetición de los argumentos de la instancia. b) Han de expresarse pormenorizadamente los motivos y las normas y jurisprudencia infrin-
gidas. c) No es posible criticar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de
instancia. B) Motivos: el motivo previsto en el artículo 88.1.a) LJCA sirve para analizar
los defectos procesales. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) La
declaración de la situación de segunda actividad de funcionarios de policía no excede el
ámbito propio de la materia de personal ni afecta al nacimiento o extinción de la rela-
ción de servicios de funcionarios de carrera.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 1 (marzo 2009) hasta el número 8 (julio de 2009) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a la ejecución de sentencias, medidas cautelares y costas.

1. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) La competencia objetiva viene determinada por el acto administrativo directamente impugnado y no por la disposición que se impugne indirectamente

La STS de 1 de diciembre de 2008, Ar. 457, analiza un caso en que la materia controvertida, relativa al reconocimiento de determinados efectos retributivos, en concreto, una subida salarial, es claramente catalogable como cuestión de personal, entendida ésta, conforme ha señalado reiterada jurisprudencia de esta Sala, como toda pretensión relacionada con el nacimiento, desarrollo o extinción de la relación de servicio con las Administraciones públicas.

Atendiendo a lo anterior, el artículo 9.a) LJCA atribuye a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo los recursos que se deduzcan en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o se referan al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar, que no hacen al caso. Por lo tanto, encontrándonos ante un acto administrativo dictado por el Ministro de Defensa que no es confirmatorio de ningún otro dictado por órgano inferior, resulta clara la competencia objetiva del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

No obsta a la anterior conclusión el hecho de que a través de su solicitud el recurrente, que en realidad lo que pretende es el reconocimiento de determinados efectos retributivos, en concreto, una subida salarial, pretenda cuestionar la legalidad del Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, por cuanto, reiteradamente se ha señalado por la Sala que la competencia objetiva viene determinada por el acto administrativo directamente impugnado y no por la disposición que se impugne indirectamente (por todos, Auto de 24 de mayo de 2007, recurso de casación 4510/2005).

b) Los Juzgados Centrales conocen del recurso contra Resolución de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa relativa a pensión de orfandad

La STS de 31 de octubre de 2008, Ar. 337, considera que una Resolución dictada por la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa que deniega una pensión de orfandad, y que es confirmada en alzada por Resolución del Ministro de Defensa, es una cuestión de personal, por cuanto, como ha declarado reiteradamente la Sala (por todos, Auto de 28 de febrero de 2008), “deben calificarse como cuestiones de personal todas las que versen sobre la percepción de haberes pasivos, tanto si quien pretende que se le abonen es el propio funcionario, en los casos de jubilación y retiro, como si se trata de un familiar o conviviente, en los casos de viudedad u orfandad, por ser la relación funcional determinante del derecho a su percepción”.

El recurso contencioso-administrativo se interpuso el día 31 de julio de 2003, esto es, con anterioridad a que entrase en vigor la modificación del artículo 9.a) LJCA, operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. El citado artículo 9.a) LJCA en su versión, aquí a tener en cuenta, anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica antes mencionada, dispone lo siguiente: los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto: “En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar”. Pues bien, la Sala (por todas, Sentencia de 6 de febrero de 2007), ha venido entendiendo que los actos de los Ministros o Secretarios de Estado que confirmen en vía de recurso los dictados por órganos inferiores están incluidos en el referido apartado a). Siendo esto así, como el acto recurrido, que desestima un recurso, procede del Ministro de Defensa y ha sido dictado en materia de personal, tal y como ya quedó explicado, sin que concurra ninguna de las excepciones previstas en el mencionado apartado, la competencia discutida hay que entender que corresponde al Juzgado Central.

c) Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra Acuerdos de Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa

La STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 1570, nos recuerda la doctrina bien establecida de que los jurados territoriales de expropiación forzosa creados por algunas leyes autonómicas no son Administración periférica de la Comunidad Autónoma a efectos del apartado tercero del artículo 8 LJCA, prevaleciendo más bien la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia que ese mismo precepto legal hace de las causas referentes a “expropiación forzosa y propiedades especiales”.

B) Objeto**a) El objeto litigioso se determina en el escrito de interposición**

La STS de 29 de enero de 2009, Ar. 582, nos recuerda la doctrina según la cual la identificación de la actuación administrativa recurrida en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo no es baladí, pues en este escrito inicial recae sobre el actor la carga procesal de individualizar el acto objeto de impugnación delimitando, al mismo tiempo, el objeto del recurso, de forma que éste no puede alterarse ya en el escrito de demanda, salvo en los casos de ampliación que autoriza el artículo 46.1 de la LJCA. Debe existir así, como señala una jurisprudencia constante, una concordancia obligada entre los escritos de interposición y el de demanda. El escrito de interposición del recurso, al concretar los actos administrativos referidos a la materia litigiosa, expresa el objeto preciso sobre el que ha de proyectarse la función revisora de este orden de jurisdicción contencioso-administrativa, ya que marca los límites del contenido sustancial del proceso.

b) La aprobación provisional de los Planes de Actuación Integrada no es recurrible

La STS de 11 de diciembre de 2008, Ar. 80, continúa una ya reiterada línea argumental representada, entre otras, por las SSTs de 5, 11 y 17 de julio, así como 20 de diciembre de 2007, y 22 de enero y 12 de mayo de 2008, según las cuales una aprobación provisional es un acto de trámite y, por tanto, inimpugnable.

Las aprobaciones municipales de los Programas de Actuación Integrada que otorga el Ayuntamiento, cuando el Programa carece de cédula de urbanización, no es una auténtica aprobación provisional, sino una aprobación definitiva pero condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos posteriores. El otorgamiento de la cédula de urbanización es una mera condición de eficacia de la aprobación otorgada por el Ayuntamiento, y no un requisito de validez. La cédula es un mero documento que fija, respecto a cada Actuación Integrada, las condiciones mínimas de conexión e integración en su entorno y certifica que el Programa no modifica las determinaciones de la ordenación vigente en los aspectos propios del Plan General, es decir, no se trata, como en el caso de las clásicas aprobaciones definitivas autonómicas, de que el órgano encargado de otorgarla examine el Plan en todos sus aspectos, sino sólo que fije aquellas condiciones mínimas de conexión y certifique su conformidad con planes superiores. Todo lo demás es la constatación de algo que ya contiene el Programa (delimitación de su unidad de ejecución, avance de ordenación de los terrenos que no contradiga las determinaciones del Plan General e indicación de los requisitos mínimos e indispensables para conectar la Actuación a las infraestructuras supramunicipales), de forma que la expedición de la cédula no añade ningún contenido sustantivo al Programa. Su expedición es, por lo tanto, un requisito de mera eficacia, es decir, una condición suspensiva, que no priva a la aprobación del Ayuntamiento de su naturaleza de aprobación final, y, por consiguiente, impugnabile en la vía contencioso administrativa. Esta es la conclusión que más se acomoda a la caracterización de los Programas de Actuación Integrada como meros instrumentos de gestión y ejecución del planeamiento, tal y como la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado en sentencias de 24 de marzo de 2004 (recurso de casación 6461/2001, FJ 2º), 4 de octubre de 2006

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

(recurso de casación 2807/2003, FJ 5º) y 29 de noviembre de 2006 (recurso de casación 1980/2003, FJ 13º).

Otra cosa distinta ocurre cuando al Programa se le añade un Plan Parcial que modifica la ordenación urbanística aprobada por órganos de la Generalidad, pues en tal caso, como prescribe el artículo 54.1.b) de la Ley Autonómica 6/1994, la Consejería otorga una auténtica aprobación definitiva. Esto es lo que ahora con más claridad establecen los artículos 91.1 y 137.5 de la posterior Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, al disponer el primero que: “Corresponde al Ayuntamiento aprobar definitivamente los Planes y Programas de iniciativa municipal o particular, siempre que no modifiquen la ordenación estructural” y el segundo: “Si la alternativa técnica acompaña planes de desarrollo que modifiquen la ordenación estructural, la aprobación municipal se entenderá provisional y no legitimará el despliegue y ejecución del Programa de actuación integrada hasta la aprobación definitiva del plan correspondiente por dicha Conselleria”.

Pero en este caso ocurre justamente la excepción que preveían esas sentencias, pues el Programa va acompañado de un Plan Parcial que modifica la ordenación urbanística aprobada por órganos de la Generalidad, ya que inicia el proceso de revisión del Plan General Municipal. Son modificaciones substanciales del Plan General, incluso modificaciones del modelo urbanístico del Municipio, y, en consecuencia, la aprobación otorgada por el Ayuntamiento es una aprobación provisional, y, por lo tanto, un acto de trámite, inimpugnable. Y lo es de forma inequívoca y manifiesta, pues la impugnación será la aprobación definitiva que otorgará en su caso, la Consejería correspondiente [artículo 54.1.B) de la Ley Autonómica 6/1994, de 15 de noviembre].

Es cierto que el Tribunal Supremo tiene dicho que los actos de trámite son impugnables cuando se alegan causas de nulidad de pleno derecho, y, en concreto, lo ha dicho a propósito de las aprobaciones iniciales y provisionales de los planes urbanísticos. Sin embargo, ha declarado (v. gr., Sentencia de 16 de diciembre de 1999) que ello es así cuando se alegan “vicios de forma independientes del resultado final del procedimiento”, es decir, precisamos ahora, causas de nulidad que no se refieran al fondo de lo debatido sino a requisitos de forma para cuyo enjuiciamiento no es necesario entrar en el estudio de la regularidad material del acto, pues de otra manera se haría posible enjuiciar anticipadamente lo que ni siquiera se sabe si va a ser decidido en el acto final. Por el contrario, los vicios de forma que acarreen la nulidad del acto de trámite (v. gr., incompetencia del órgano, defectuosa composición de éste, falta total y absoluta de los trámites legalmente establecidos, etc.) son causas de nulidad ya producidas y para cuyo examen no es necesario estudiar el contenido sustantivo del acto, más allá de lo necesario para averiguar su naturaleza y su caracterización.

C) Procedimiento

a) Alcance del artículo 45.2.d) LJCA

La STS de 5 de noviembre de 2008, Ar. 451, señala que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 57.2.d) LJCA de 1956, que se refería sólo a las “Corporaciones o Instituciones” cuando imponía que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañara “el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas”; hoy el artículo 45.2.d) de la

LJCA de 1998, de modo más amplio, más extenso, se refiere a las “personas jurídicas”, sin añadir matiz o exclusión alguna, disponiendo literalmente que a aquel escrito de interposición se acompañará “el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”.

Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo. Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de ella, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.

Por tanto, rechaza la sentencia comentada el argumento expuesto en el primero de los motivos de casación referido a que la acreditación de ese acuerdo societario de ejercitar la acción no fuera necesaria al ser la entidad que figura como recurrente una sociedad anónima. Y, asimismo, desestimar el segundo de los motivos de casación, pues busca amparo para sostener esa falta de necesidad en sentencias de este Tribunal Supremo —las ya citadas de 6 de octubre y 1 de diciembre de 1986, 20 de octubre de 1987 y 27 de julio de 1988— que aplicaron aquel artículo 57.2.d) LJCA de 1956.

La escritura de sustitución de poder general para pleitos que se acompañó con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, no incorpora o inserta dato alguno del que quepa deducir que el órgano de la mercantil competente para ello hubiera decidido ejercitar la acción. En ella, comparece ante el Sr. Notario quien manifiesta intervenir “en nombre y representación, como apoderado, de la sociedad”. Sus facultades para el acto que otorga derivan, sin más y como allí se dice, de un poder general para pleitos conferido a su favor, que se transcribe. E interviene, tras aseverar que no le han sido limitadas en forma alguna sus facultades de representación, para sustituir ese anterior poder general para pleitos a favor del Sr. Procurador que presentó aquel escrito de interposición. Lo que quedaba acreditado era, por tanto, que dicho Procurador podía representar, con las facultades propias de un poder general para pleitos, a la mercantil en cuyo nombre comparecía. Pero no que tal representante ejecutara al interponer el recurso una decisión de litigar adoptada por el órgano competente de dicha mercantil. En consecuencia, se rechaza el conjunto de argumentos expuestos también en el primero de los motivos de casación que, con cita de diversos preceptos de la legislación

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

notarial, defienden que aquella escritura de sustitución era bastante para tener por acreditada la decisión societaria tantas veces mencionada.

El artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto. Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.

La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra. Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV. Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscribe toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

Sin desconocer que el Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006 o 26 de marzo de 2007 y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de enero de 2007 o 29 de enero de 2008), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dio cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Pero no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad

de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

Además, y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre.

En suma y en definitiva: no era obligado, a diferencia de lo que se sostiene en el tercero de los motivos de casación, y pese a las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en el cuarto, que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia. Ni es a la actuación de dicha Sala a la que cabe imputar situación alguna de indefensión.

b) Los motivos nuevos deben ser expuestos a las partes

La STS de 3 de febrero de 2009, Ar. 587, considera que ante un motivo nuevo susceptible de fundar el recurso, para apoyar en él su decisión, la Sala debe plantear la tesis a las partes, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33.2 LJCA, que impone el trámite para salvar la congruencia. Al no hacerse así, se incurrió por ello en un defecto procesal, que impone la necesaria reposición de actuaciones al momento en que se cometió la falta.

c) Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil referentes a la prueba deben aplicarse al procedimiento contencioso-administrativo con modulación

La STS de 10 de marzo de 2009, Ar. 1593, ha advertido que en la regulación de la fase de prueba, según se dijo en la Sentencia de 7 de marzo de 2006 (RC 4703/2003), la LJCA acenúa el sistema de garantías que, para preservar el derecho de defensa, enunciaba la LJCA de 1956, en cuya Exposición de Motivos se enfatizaban los principios de que ante “la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes”, por lo que no podrá declararse impertinente la prueba cuando “no exista conformidad en los hechos de la demanda”, debiendo admitirse la prueba cuando los hechos sean “de transcendencia

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

para el fallo”, y de que “las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto en la decisión jurisdiccional”.

La interpretación de los artículos 60 y 61 de la LJCA vigente, conforme al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que está en estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, según se refiere en la Sentencia constitucional 30/2007, de 12 de febrero, exige del Juez contencioso-administrativo que realice una aplicación razonable, funcional y congruente de estas normas procesales, que modula el arbitrio judicial, y base el juicio de legitimidad sobre el recibimiento del proceso a prueba y sobre la admisión y la práctica de las pruebas propuestas en propiciar la aportación de todos los hechos relevantes para la decisión del proceso, en aras de impartir justicia, evitando la indefensión de quienes demandan tutela jurisdiccional, y le autoriza a complementar, en su caso, las facultades de prueba de las partes, disponiendo la práctica de cuantas pruebas “estime pertinentes para la más acertada decisión del proceso”.

Debe reiterarse que, en razón del objeto y de la estructura del proceso contencioso-administrativo, que tiene por finalidad la resolución de conflictos jurídicos entre los ciudadanos y la Administración, en que la actuación administrativa se ha formalizado en un expediente donde ordinariamente se han fijado los hechos relevantes de la decisión administrativa, no pueden aplicarse sin modulación alguna los preceptos sobre la aportación del material fáctico al proceso establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que rige plenamente el principio de aportación, ya que las partes poseen pleno dominio sobre el material probatorio que fundamenta la pretensión y que debe ser valorado por el Tribunal para fundar su decisión, al deber velar el órgano judicial por la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, con el objeto de evitar desequilibrios entre las respectivas posiciones procesales de las partes o limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa que puedan generar un resultado de indefensión.

La LJCA de 1998 enuncia un criterio jurídico adecuado para fundamentar el recibimiento del proceso a prueba y para modular la admisibilidad de los medios de prueba propuestos, al disponer que “se recibirá el proceso a prueba cuando exista discrepancia sobre los hechos y éstos fueran de trascendencia (...) para la resolución del pleito”; cláusula procedimental que flexibiliza la regulación contenida en la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, que exigía que los hechos “fueran de indudable trascendencia”, de modo que permite denegar aquellas pruebas que el órgano judicial considere fundadamente que son impertinentes, por no guardar relación con el objeto del proceso, o inútiles para los fines del proceso, por no contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, según autoriza el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) Se puede denegar una prueba si existen datos de fondo que conducen con claridad a la resolución del conflicto

La STS de 17 de diciembre de 2008, Ar. 231, reconoce que la denegación de una prueba pudo originar indefensión a la parte actora, pues habría podido demostrar la veracidad o los indicios de veracidad de los hechos en que fundó su petición de asilo. El Tribunal Supremo ha admitido, en principio, que la persecución que debe conducir a la concesión del asilo no sólo puede proceder de un Estado, sino de grupos organizados estables y estructurados que actúan contra ciudadanos, cuya protección no puede ser conseguida por el Estado, entonces

sólo quedaría demostrar la veracidad o los indicios de veracidad del secuestro, del maltrato y de las amenazas de futuro para que pudiera hablarse de una persecución protegible.

Sin embargo, la denegación de la prueba está justificada en aquellos casos en que existan datos jurídicos o de hecho que, en un examen provisional del fondo del asunto, conducen con la suficiente seguridad a la desestimación del recurso, bien porque los hechos relatados no puedan considerarse una persecución en el sentido legal o porque existan acreditados en el expediente hechos ciertos que desvirtúan los que fundamentan la petición; casos en que el sentido común y aun un principio de economía procesal justifican la denegación de la prueba. Y esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que existen datos de fondo que conducen sin duda a la desestimación del recurso, por cuya razón la denegación de aquella prueba no ha originado a la parte la indefensión que exige el artículo 88.1.c) de la LJCA.

e) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales se cumple con una respuesta sustancial que resuelva todas las pretensiones

La STS de 15 de enero de 2009, Ar. 468, analiza el requisito de la motivación en un supuesto en el que el Auto denegatorio de la medida cautelar y el desestimatorio del recurso de súplica exponen las razones jurídicas de la decisión que adoptan, revelan los criterios jurídicos que les sirven de fundamento, permiten su impugnación por la parte interesada y, en fin, admiten la revisión jurisdiccional. Además, los autos impugnados no se limitan a exponer unos argumentos de carácter general ni a transcribir la teoría general sobre la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego mostrar, sin más, la conclusión adoptada. Por el contrario, en ellos se razona sobre la pérdida de la finalidad del recurso, sobre los intereses afectados y su reversibilidad en el caso de la ejecución del Acuerdo municipal impugnado. Sin que pueda exigirse, al amparo del artículo 120.3 CE, cuya infracción se invoca, que la resolución judicial contenga una respuesta exhaustiva a los argumentos expuestos en el recurso de súplica, bastando con que se proporcione una contestación apta para comprender las razones de la decisión y explicar los fundamentos en que se ampara.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional nos indica que el artículo 24.1 de la Constitución no garantiza una respuesta detallada y pormenorizada a todas y a cada una de las alegaciones de las partes, pues si la respuesta es sustancial y se resuelven las pretensiones, no existe infracción de la tutela cautelar porque no se deniega justicia (SSTC 29/1987 y 91/1995). Además, cuando se alega en casación que en el Auto desestimatorio de la súplica concurre una falta de motivación, se reproducen en parte los argumentos expuestos en la interposición de la súplica respecto del Auto denegatorio de la medida cautelar, lo que revela que nos encontramos ante una discrepancia sobre las razones de fondo de la decisión, por la existencia de un conflicto de intereses, entre la recurrente cuyo interés deriva de la colindancia, donde se ubica una residencia de ancianos, con la parcela recalificada, y el interés público junto al interés de terceros. Planteamiento que nos impide, también, apreciar el quebrantamiento de forma por el vicio denunciado de falta de motivación.

D) Ejecución de sentencias

a) La falta de derribo de unas edificaciones no supone necesariamente el derecho a la indemnización por inexecución de sentencia

La STS de 11 de diciembre de 2008, Ar. 78, mantiene el criterio establecido por la Sala de instancia por cuanto la indemnización que se reclama no deviene obligada por la mera circunstancia de haberse declarado la inexecución de una sentencia y, en consecuencia, haberse dejado sin efecto el mandato de derribo que sobre determinadas edificaciones se había dictado. En el supuesto analizado no existe perjuicio alguno directo en relación con los recurrentes derivado del mantenimiento –y no derribo– de las edificaciones cuyas licencias fueron en su día anuladas; no consta colindancia alguna, afectación directa o perjuicios de diversa índole.

Lo que los recurrentes pretendían era que se les indemnizara por la diferencia de valor entre el edificio que pudiera haber construido en 1993 (de habersele concedido licencia que, ni solicitó ni se le podía conceder) y el que dicho edificio tendría en 2005, a lo que añadía lo que, entre ambas fechas, dicho edificio hubiere rentado en alquiler. Pues bien, al margen de que, como es de sobra conocido, no cabe la igualdad en el marco de la ilegalidad –e ilegales fueron las licencias concedidas a otros propietarios–, lo más significativo es que no se aprecia vinculación alguna entre la declaración de inexecución de la sentencia (y el no derribo de unas edificaciones) y la pretensión indemnizatoria de la recurrente que no es que no obtuviera licencia habiendo podido obtenerla, sino que ni siquiera llegó a solicitar licencia, y, aunque la hubiera solicitado, no tenía derecho a su otorgamiento, como pusieron de manifiesto las posteriores decisiones jurisdiccionales.

b) El plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 LJCA no es un plazo de caducidad absoluto

Según la STS de 22 de diciembre de 2008, Ar. 365, no se debe declarar inejecutable la sentencia ya que el Ayuntamiento solicitó la declaración de imposibilidad de ejecución a los diecinueve meses de recibir el testimonio de la sentencia para su ejecución, incumpliendo por lo tanto, el plazo de dos meses establecido en el artículo 105.2, en relación con el 104.2, de la LJCA.

Acerca del significado de este plazo de dos meses, se ha dicho en la reciente Sentencia de 17 de noviembre de 2008 (recurso de casación 4285/2005) lo siguiente:

“Esta Sala ha declarado en diversas ocasiones –sirvan de muestra las sentencias que cita la Sala de instancia en el fundamento cuarto del auto que desestimó el recurso de súplica– que el plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia –dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo– no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, si efectivamente concurre la imposibilidad puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señala los preceptos citados. Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo significan

que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Muy por el contrario, en Sentencia de 9 de abril de 2008 (casación 6745/05) hemos destacado la significación de ese plazo haciendo las siguientes consideraciones: 'Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003, se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación ésta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005, en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en ésta que «los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia», mientras que en la ya citada de fecha 24 de enero de 2007 hemos expresado que «como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial –fijado en la sentencia– al que el mismo precepto se remite»'.

Complementando la doctrina que acabamos de reseñar, procede ahora señalar que la inobservancia del mencionado plazo, y dependiendo de que esa inobservancia sea o no justificada, podrá ser un factor relevante o incluso determinante a la hora de valorar la seriedad del alegato de imposibilidad, y, en definitiva, a la hora de decidir la procedencia de la declaración de imposibilidad de ejecución que se solicita de forma tardía”.

En el presente caso, los hechos de los que se quiere deducir la imposibilidad de ejecución de la sentencia (la instalación de una plaza pública y la construcción de un polideportivo) existían mucho antes de que el Ayuntamiento solicitase la inejecución. En consecuencia, la plaza y el polideportivo ya estaban contruidos cuando el Ayuntamiento recibió la copia de la sentencia para su ejecución, a pesar de lo cual no planteó la imposibilidad de ejecución hasta diecinueve meses después.

c) La demolición de un polideportivo y de una plaza no supone la imposibilidad de ejecutar la sentencia

La STS de 22 de diciembre de 2008, Ar. 365, nos recuerda que ningún interés público puede oponerse por principio al interés público de que las sentencias se ejecuten, (artículos 117.3 y 118 de la CE y 18 de la LOPJ. Sólo por la vía y con los requisitos sustantivos y formales establecidos en el artículo 105.2 y 3 de la LJCA puede decretarse la imposibilidad de ejecución (material o legal) de una sentencia o hacer prevalecer contra ella la utilidad pública o el interés social.

En torno a las cuestiones aquí suscitadas se ha recordado en repetidas ocasiones –sirvan de muestra las Sentencias de 10 de marzo de 2008 (casación 6558/05) y 23 de junio de 2008 (casación 3975/06)– el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución, y artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Por tanto, todos los argumentos y datos que se aduzcan para sustentar en ellos una posible declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia han de ser interpretados y valorados a la luz de aquellos postulados, lo que inevitablemente conduce a una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad.

La demolición de un polideportivo municipal y de una plaza pública no puede constituir en absoluto un supuesto de imposibilidad de ejecución de una sentencia, ni material (pues, obviamente, la demolición como operación técnica es sin duda posible, de la misma manera que lo es la demolición de parte de un hotel) ni legal (pues el carácter de unos bienes municipales como bienes de uso o servicio público o general no impide su demolición cuando, como aquí, se han erigido ilegalmente y así lo ha declarado una sentencia firme; en absoluto puede aceptarse que los bienes municipales de propios, comunales o de dominio público, sean inmunes a las decisiones judiciales; si el origen de esos bienes es ilegal, se impone su desaparición). Aceptar la tesis de la Sala de instancia (a saber, que la mera existencia de unas instalaciones o edificaciones de uso o servicio público, aunque sean ilegales, impide sin más la ejecución de las sentencias en sus propios términos) significaría abrir una brecha de incalculables consecuencias en el sistema de ejecución de las sentencias, que carecería de cualquier apoyo legal.

E) Extensión de efectos: no cabe aplicar la extensión de efectos a quienes no recurrieron contra el acto administrativo

La STS de 16 de enero de 2009, Ar. 472, señala de nuevo que el primer requisito exigido por el artículo 110.1 LJCA para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme es que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas a otras distintas y que consiste en “que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo”. El texto de la norma es claro y no necesita interpretarse a la vista del primitivo proyecto. Las situaciones jurídicas deben ser no iguales o equivalentes sino idénticas y no son idénticas dichas situaciones cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Los favorecidos por la sentencia cuyos efectos se pretenden extender interpusieron recurso contencioso-administrativo en tiempo contra la Resolución, mientras que la solicitante de la extensión consintió la mencionada resolución y, cuando conoce que el recurso promovido por otros había prosperado, trata de prescindir de ese consentimiento prestado a la resolución administrativa, al no recurrirla, pretende reabrir el plazo para conseguir los mismos efectos que si la hubiese impugnado en tiempo y acude para ello al artículo 110 LJCA, obteniendo una Resolución del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social que subraya “en el caso que nos ocupa no existe, a juicio de esta Entidad, una perfecta identidad de situaciones jurídicas entre los interesados. Ante todo, además, hay que señalar que la solicitante ya accionó en vía administrativa contra el acto de asignación de la liquidación de la productividad correspondiente al ejercicio de 1998 por idéntico motivo, sin que, en la citada ocasión, acudiera a la vía judicial correspondiente, por lo que el acto deviene firme”.

b) Los Autos impugnados han sido dictados en vigencia de la nueva redacción del artículo 110.5.c) por la Ley Orgánica 19/2003 (disposición adicional decimocuarta).

El artículo 110 LJCA tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública y tiene su aplicación, en cuestiones de personal, cuando un determinado colectivo o grupo de funcionarios se encuentra en idéntica situación respecto a sus retribuciones, encuadramiento en un Grupo de clasificación, niveles que se les asignan, complementos a los que se creen con derecho, igualdad que reclaman respecto a otro grupo o colectivo de funcionarios por la igualdad de sus servicios, u otros supuestos semejantes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación estatutaria, pero sin que haya existido previamente un acto administrativo que les haya exigido una conducta determinada que ha realizado sin interponer recurso contra el acto en cuestión, consitiéndolo y determinando su firmeza.

Es principio fundamental que preside el recurso contencioso-administrativo, nacido de una exigencia ineludible de seguridad jurídica, la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma y nada autoriza a entender que este principio básico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo haya quedado sin efecto en el supuesto del artículo 110 de la citada LJCA. El mencionado precepto tiene un amplio campo de aplicación para conseguir la extensión de los efectos de una sentencia a funcionarios del mismo colectivo o grupo cuando no han consentido un acto expreso que les exige una determinada conducta y se trata de restablecer situaciones idénticas, evitando procesos innecesarios.

F) Medidas cautelares

a) No procede la suspensión de la obligación de inutilizar un pozo.

La STS de 9 de febrero de 2009, Ar. 596, examina la afirmación de la recurrente de que la suspensión solicitada no habría de perjudicar los intereses públicos ni de tercero pues la extracción que realiza no afecta a la fuente ni al acuífero. Frente a este alegato de la recurrente, que se formula sin ningún respaldo probatorio, la Sala señala que no parece verosímil que una extracción de agua –realizada sin autorización, y, por tanto, sin determinación de caudal o volumen máximo por la Administración– pueda no tener incidencia alguna sobre el interés público, pues éste exige una recta gestión del agua que, como señala el Preámbulo de la Ley de Aguas, es un recurso escaso, y, también, un recurso unitario que conserva una magnitud casi constante dentro de cada una de las cuencas hidrográficas. Ello conduce a la conclusión de que la extracción realizada en un determinado pozo difícilmente puede no afectar a otros pozos o fuentes situados en las proximidades y, en definitiva, a las reservas de agua en el área circundante.

b) Suspensión de la ejecución de la modificación de normas subsidiarias

La STS de 18 de diciembre de 2008, Ar. 241, señala que la naturaleza normativa de la modificación de las Normas Subsidiarias impugnada no impide acordar la medida cautelar, pues

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

los criterios legales para la adopción de medidas cautelares se refieren a “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición” (artículo 130.1 LJCA), y las diferencias al respecto son de índole procedimental fundadas en la previsión contenida en el artículo 129.2 de la citada Ley Jurisdiccional.

No obstante, la doctrina de esta Sala sobre la presencia de un interés público intenso en el caso de la suspensión de las normas reglamentarias que aconseja la denegación de tal cautela, no impide su suspensión que, en todo caso, ha de ser matizada en los términos que a continuación se expresan. Las peculiaridades propias de las disposiciones generales en este ámbito sectorial del urbanismo, en el trance de adoptar la decisión cautelar de los instrumentos de planeamiento, ha de valorar —de modo cuidadoso— la trascendencia y consecuencias prácticas a las que conduce la medida. En este sentido, la importación sin matices de tal doctrina general sobre la presencia del interés público en las disposiciones generales, en el ámbito del urbanismo, ha ocasionado situaciones indeseables, que sólo pueden superarse mediante un análisis preciso y minucioso de las circunstancias del caso y de las consecuencias que comporta. A lo que debemos añadir que tales peculiaridades se agudizan, insistiendo en lo antes expuesto, cuando la actuación de la Administración local —autora del acto de aprobación del plan— es cuestionada por otra Administración pública.

No está de más recordar que las medidas pretenden “asegurar la efectividad de la sentencia” (artículo 129 de la LJCA). Y, con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el *periculum in mora*, se erige, en el artículo 130 LJCA, como un presupuesto esencial, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles.

Es cierto, por otro lado, que se precisan actos posteriores de ejecución, como la concesión de las respectivas licencias que pueden, a su vez, ser impugnadas ante esta jurisdicción, pero tal control posterior puede no resultar suficiente para salvaguardar el interés público afectado por una ejecución inmediata. Esta circunstancia hace derivar el juicio de cognición limitado, que comporta la adopción de medidas cautelares, al momento precedente de la modificación normativa que, es preciso tener en cuenta, afecta únicamente a una modificación puntual para el cambio de uso industrial a uso residencial, de un determinado solar.

En relación con la posibilidad de suspender los actos concretos de ejecución, invocada por las partes recurridas, que pueden ser impugnados y suspendidos, en un momento posterior y con independencia del plan, la Sala ha declarado, por todas Sentencia de 16 de marzo de 2004, a propósito de los Planes Especiales de Reforma Interior que “aunque la ejecución del Plan Especial impugnado precise de actos concretos de ejecución, susceptibles de impugnación autónoma en sede jurisdiccional, es el propio planeamiento especial el que confiere legitimidad y eficacia a dichos actos singulares hasta el extremo de que su aprobación constituye la declaración de necesidad de ocupación para ulteriores expropiaciones forzosas, con la que, según lo establecido en el artículo 21.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, se inicia el expediente expropiatorio, de manera que, en contra del parecer de las representaciones procesales de ambas Administraciones recurrentes, la mera aprobación del Plan Especial de Reforma Interior tiene una eficacia ejecutiva susceptible de ser suspendida, como lo ha decidido la Sala de instancia, evitando así tantas impugnaciones cuantos actos concretos ordenen cada una de las demoliciones previstas para ejecutar dicho Plan Especial”.

c) La ejecución del planeamiento urbanístico puede hacer perder su finalidad al recurso contencioso-administrativo

La STS de 23 de diciembre de 2008, Ar. 375, nos recuerda que la regla primera en materia de medida cautelar de suspensión es la de que ésta ha de concederse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnados pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso (artículo 130.1 LJCA). En el caso que analiza, la ejecución del Plan en el área de intervención hace perder la finalidad al recurso, porque, demolidas las edificaciones y creada una zona verde o una vía de penetración en el área donde no las había, este resultado material no puede más tarde ser remediado sino con dificultades realmente insuperables (recordemos la jurisprudencia sobre la suspensión de los actos que ordenan la demolición de edificaciones, expresada en la Sentencia de 7 de marzo de 2001 –casación 182/99–, y los autos citados en ella de 21 de enero de 1994, de 20 de diciembre de 1989, de 27 de septiembre de 1990, de 6 de junio de 1990, de 3 de enero de 1994, de 21 de enero de 1994, y los en él citados, de 17 de diciembre de 1996; y en sentencia de 22 de mayo de 2007, casación 10708/04, también en el sentido de acordar la suspensión). La remodelación supone la “alteración de la estructura urbana” y la “sustitución o eliminación de inmuebles”, algunos de ellos catalogados, de forma que la pérdida de la finalidad del recurso es evidente, al crear la ejecución del Plan una situación irreversible. Procede, en consecuencia, decretar la suspensión que se solicita, en estricta aplicación del artículo 130.1 LJCA.

La STS de 29 de diciembre de 2008, Ar. 381, analiza un supuesto en el que, cuestionada la competencia municipal para llevar a cabo la aprobación de la modificación puntual que se tacha de injustificada, de no suspenderse su ejecutividad, cuando se dictase una sentencia estimatoria, se habría llevado a cabo la ejecución de un planeamiento urbanístico radicalmente nulo, lo que contradice el más elemental principio de que cualquier actuación urbanística debe ajustarse a la legalidad, que es por lo que, en cualquier caso, debe velar la jurisdicción al decidir acerca de la suspensión o no de decisiones en esta materia, en la que los sucesivos instrumentos de ordenación concatenados, seguidos de actos de ejecución, suelen hacer irreversibles las situaciones, que sólo tienen solución a través de revisiones del planeamiento urbanístico o de las consiguientes demoliciones, de compleja y muy costosa realización ésta, y conducentes, de ordinario, aquéllas a declaraciones de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, que realmente encubren auténticos incumplimientos de sentencias firmes.

Y añade que, por muy respetable que sea el derecho constitucional de que los jóvenes accedan a una vivienda digna, tal satisfacción no puede hacerse en contra de la legalidad urbanística, pues, de lo contrario, ese derecho se verá, en definitiva, frustrado, de manera que el Tribunal a quo ha realizado un correcto juicio de ponderación anteponiendo la efectividad de la sentencia y la legalidad urbanística a cualquier otra consideración.

G) Costas: se pueden imponer las costas a la Administración en sentencias parcialmente estimatorias

Sin necesidad de entrar a analizar si la interpretación del inciso final del artículo 139.1 LJCA hecha por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo es correcta, tiene razón el Abogado del Estado cuando observa que en el recurso de casación en interés de la ley resuelto por la STS de 20 de enero de 2009, Ar. 481, no ha sido justificado el grave daño para el interés general. Es verdad que el criterio seguido por el Juez, en la medida en que impone las costas a

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

la Administración aun cuando la demanda del particular haya sido sólo parcialmente estimada, perjudica a ésta: tiene que abonar unas costas que, según el criterio general de la mala fe o temeridad, no tendría que soportar. Pero es claro que se trata de cantidades modestas, de las que no sería irrazonable pensar que puedan causar serias dificultades financieras al Ayuntamiento.

A ello hay que añadir que la afirmación de éste último, en el sentido de que la generalización del criterio seguido por la sentencia impugnada induce a la Administración a aquietarse frente a las pretensiones de los particulares en todo tipo de procesos, no ha sido justificada; y ello porque la regla del inciso final del artículo 139.1 LJCA sólo es aplicable, como de su tenor literal se desprende, en aquellos casos en que existe desproporción entre los gastos necesarios para litigar y la escasa cuantía de lo que se pretende. Ello significa que, fuera de estos casos de pequeño monto económico —que, como se ha visto, no pueden calificarse de gravemente dañinos para el interés general—, no hay razón por la que la Administración debería verse inducida, por temor a una condena en costas, al aquietamiento frente a las pretensiones de los particulares.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión

a) La expresión de los motivos casacionales ha de basarse en una crítica de la sentencia recurrida, no en la repetición de los argumentos de la instancia

La STS de 26 de febrero de 2009, Ar. 1559, recuerda reiterada jurisprudencia que ha declarado que no cabe fundar una misma infracción, simultáneamente, en dos o más de los apartados del artículo 88.1 LJCA, que tipifican motivos de casación de diferente naturaleza y significación. Por añadidura, el escrito del recurso de casación, es, casi en su totalidad, una reproducción literal de los escritos de demanda y conclusiones, sin referencias críticas concretas a la extensa y detallada fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, de la que se prescinde por completo. Al obrar así, la parte actora parece olvidar, de nuevo que, según consolidada jurisprudencia, la expresión de los motivos de casación ha de basarse en una crítica de la sentencia recurrida, y no en la repetición de argumentos de instancia que fueron ya respondidos por el Tribunal sentenciador.

b) Han de expresarse pormenorizadamente los motivos y las normas y jurisprudencia infringidas

La STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 1569, afirma que el escrito de interposición adolece de la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos para su viabilidad, establecidos en el artículo 92.1 LJCA, ya que no se expresa de modo pormenorizado y concreto los motivos en que se ampara, ni se citan ni se indican fundadamente las normas o la jurisprudencia que considera infringidas. Por ello, no resulta ocioso recordar la doctrina jurisprudencial formulada en la sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 2008 (RC 5446/2004), en la que, reiterando la fundamentación jurídica expuesta en la precedente sentencia de 7 de junio de 2005 (RC 2775/2002), se dijo: “El artículo 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, prescribe como requisito formal, cuya carga corresponde a la parte recurrente, que el escrito de interposición del recurso de casación exponga

razonablemente el motivo o motivos en que se ampara, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas, de modo que el incumplimiento de estos presupuestos puede dar lugar a la inadmisibilidad del recurso como establece el artículo 93.2.b) de la referida Ley procesal, o a su desestimación por apreciar que el recurso de casación carece de fundamento. Estos deberes procedimentales que exigen al recurrente cumplimentar con rigor jurídico los requisitos formales que determinan el contenido del escrito de interposición descansan en la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que, según de forma unánime y reiterada viene sosteniendo esta Sala, como se refiere en la Sentencia de 15 de julio de 2002 (RC 5713/1998), interesan las siguientes directrices jurisprudenciales:

“a) Que la naturaleza del recurso de casación es la de un recurso extraordinario, sólo viable por motivos tasados y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre o los principios generales del derecho, –artículo 1.6º del Código Civil–. No es, por consiguiente, un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo total examen del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico, sino un recurso que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho que haya realizado el Tribunal *a quo* resuelve el caso concreto controvertido. No puede ser, y no lo es, pues, suficiente el vencimiento para abrir la entrada a un recurso de casación, como sucede en el ámbito de otros medios de impugnación de resoluciones judiciales, en concreto la apelación.

b) Siendo por tal naturaleza, de motivos tasados, y no estableciéndose como motivo de casación el de ‘error de hecho en la apreciación de la prueba’, una, también, consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala declara que cuando de resolver un recurso de casación se trata, este Tribunal ha de basarse siempre en los hechos que el Tribunal de Instancia haya declarado probados, salvo que las conclusiones alcanzadas por aquel hayan sido combatidas correctamente por infringir normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorar las pruebas, o se hubiesen establecido tales conclusiones de manera ilógica, irracional o arbitraria”.

c) No es posible criticar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia

La STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 1569, rechaza el motivo de casación en cuyo planteamiento la parte recurrente cuestiona la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, y ello conforme a una reiterada y consolidada doctrina expuesta en la Sentencia de 30 de enero de 2007 (RC 8384/2002), que prohíbe que el criterio del juzgador de instancia sea sustituido por el del Tribunal de casación, en la que se ha declarado: “A tal efecto ha de tenerse en cuenta que es doctrina reiterada de esta Sala, Sentencias de 8 de octubre de 2001, 12 de marzo de 2003 y 18 de octubre de 2003, entre otras, que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casa-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

ción, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherencia con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia.

La prueba, como ha señalado este Tribunal, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación, supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad”.

B) Motivos: el motivo previsto en el artículo 88.1.a) LJCA sirve para analizar los defectos procesales

La STS de 5 de noviembre de 2008, Ar. 451, afirma que no constituye una interpretación incorrecta del artículo 88.1.d) LJCA, aquella que defiende que a su amparo pueden formularse motivos de casación que denuncien la infracción de la norma que regula el requisito procesal supuestamente omitido por la parte. Una cosa es este requisito procesal; y otra distinta el modo, forma, trámite o procedimiento que haya de seguir el órgano jurisdiccional para poder apreciar su omisión y decidir el litigio con fundamento en ella. Es esto último, la denuncia de infracción de las normas procesales reguladoras del modo, forma, trámite o procedimiento que haya de ser seguido, lo que sí ha de formularse al amparo del artículo 88.1.c) de aquella Ley.

En el caso de autos, una cosa es la norma reguladora del requisito procesal supuestamente omitido, contenida en el artículo 45.2.d) de la repetida Ley; y otra la que regula qué trámites han de ser observados antes de decidir el litigio con fundamento en la infracción de aquella, contenida en el artículo 138 de dicha Ley, puesto en relación con el artículo 45.3. No hay razón, por tanto, para inadmitir los motivos de casación que la parte recurrente formula al amparo de aquel artículo 88.1.d). Ni tan siquiera por el hecho de que anunciara en su escrito de preparación que el recurso se fundaría en el 88.1.c). Es así, porque la razón de ser de ese escrito de preparación, la función procesal encomendada a él, es la de poner de relieve que la sentencia de instancia puede ser recurrida en casación por quien la recurre y por las razones de forma o de fondo que allí se anuncian; y porque la parte hoy recurrente en casación anunció en su escrito de preparación, no sólo que se había infringido el artículo 45.3, sino también el artículo 45.2.d), ambos de la LJCA.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) La declaración de la situación de segunda actividad de funcionarios de policía no excede el ámbito propio de la materia de personal ni afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicios de funcionarios de carrera

La STS de 19 de enero de 2009, Ar. 473, analiza un caso en el que el Abogado del Estado sostiene que el debate en la instancia consistió en una cuestión de personal excluida de la casación

para unificar la doctrina, por lo que, de acuerdo con los preceptos indicados en el fundamento anterior, el recurso debe declararse inadmisibile, sin que quepa atribuir a la pretensión de los funcionarios actores la naturaleza de reclamación de responsabilidad del Estado-legislador por inconstitucionalidad de la norma que dio cobertura a su pase a la situación de segunda actividad, ya que pidieron la revisión del acto en el que así se acordó, a cuya nulidad vincularon su petición indemnizatoria. Ellos, por el contrario, argumentan que, desde un principio, plantearon su actuación en el campo de la responsabilidad patrimonial, no pudiendo hacérseles responsables de que la Administración diera a sus instancias un curso equivocado y, en lugar de remitirlas al Consejo de Ministros (competente para decidir sobre la existencia de esa responsabilidad), las enviaran a la Dirección General de la Policía. En este combate dialéctico la razón, a juicio de la resolución comentada, está del lado del defensor de la Administración.

Los dos recurrentes se dirigieron a la Dirección General de la Policía pidiendo el restablecimiento de sus derechos, vulnerados por la aplicación de la inconstitucional disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, y el abono de las diferencias retributivas dejadas de percibir, más los correspondientes intereses legales. El Director General de la Policía resolvió rechazar su pretensión porque, a su juicio, buscaban la revisión de resoluciones administrativas firmes por consentidas. Contra estas decisiones interpusieron juntos un único recurso contencioso-administrativo en el que pidieron “la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que ordenaron ilegalmente el pase a la situación administrativa de segunda actividad de los demandantes en aplicación de una norma declarada nula e inconstitucional y consiguientemente [...] se les restablezca en todo su vigor las remuneraciones pertenecientes al servicio activo”. Para fundamentar tal pretensión invocaron la relevancia constitucional del derecho fundamental a acceder a la función pública (artículo 23, apartado 2, en relación con el 103, apartado 3, de la Constitución), razonaron sobre los efectos de la declaración de nulidad de una norma por inconstitucional y defendieron que la doctrina sobre los actos consentidos en la vía administrativa resultaba inoperante para denegar su pretensión. El abogado del Estado, al contestar la demanda, expuso que no cabía revisar los actos que declararon el pase a la segunda actividad y declarar su nulidad.

En congruencia con el anterior planteamiento, el Tribunal de instancia indica en el primer fundamento de su sentencia que el objeto del recurso consiste en las resoluciones de la Dirección General de la Policía que desestimaron la solicitud de revisión del acto administrativo en virtud del cual los recurrentes fueron declarados en situación de segunda actividad, quienes persiguen la anulación de tales resoluciones, la declaración de nulidad radical de aquellos actos y el reconocimiento de la situación jurídica individualizada consistente en el abono por la Administración de las remuneraciones pertenecientes al servicio activo. Con este panorama, la Sala territorial declara que no procede la revisión pretendida. Como se ve, aun cuando ahora quieran dar un golpe de timón a su estrategia procesal argumentando que la acción actuada era de responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que dio cobertura a su declaración en situación de segunda actividad, la realidad es que los recurrentes pidieron la revisión que les fue rechazada, por lo que la cuestión suscitada no excede del ámbito propio de la materia de personal ni afecta al nacimiento o a la extinción de la relación de servicios de funcionarios de carrera.

Bien es verdad que pretendieron el reconocimiento del derecho a ser indemnizados por las diferencias retributivas de haber continuado en servicio activo y que en la demanda aludieron

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

a la responsabilidad patrimonial por aplicación de actos legislativos, pero del curso de las actuaciones, tanto administrativas como jurisdiccionales, claramente se desprende que esa reclamación económica no era autónoma, sino que se encontraba vinculada a la acción de revisión, como lo demuestra palmariamente que se dirigieran a la Dirección General de la Policía y no al Consejo de Ministros, órgano competente para pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado-legislador. La reclamación económica en este caso discurría por el cauce del artículo 31, apartado 2, de la LJCA. Aún más, el Tribunal de instancia, en auto que los actores consintieron, fijó la cuantía litigiosa como indeterminada, lo que no habría podido hacer si la acción ejercitada hubiera sido únicamente de responsabilidad por cantidades determinadas (artículo 41, apartado 1, en relación con el artículo 42, apartado 2, de la LJCA).

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

