



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 2009

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] **La nulidad en Derecho Administrativo (Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad por lesión de los derechos fundamentales)**

MANUEL REBOLLO PUIG

[41] **La legitimación activa de las asociaciones judiciales: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2008 (caso Juez del TEDH)**

ÁNGEL AROZAMENA LASO
FEDERICO LARA GONZÁLEZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[65] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

[85] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

[91] III. DERECHOS FUNDAMENTALES

Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

[115] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

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

A. MENÉNDEZ REXACH

[147] VI. ORGANIZACIÓN

ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

[157] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

[181] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

F. LÓPEZ MENUDO

[191] IX. RESPONSABILIDAD

ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

[203] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[223] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[229] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

[251] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

[275] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

[301] XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO,
EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

[313] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

G. FERNÁNDEZ FARRERES

[329] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

La nulidad en Derecho Administrativo (Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad por lesión de los derechos fundamentales)

MANUEL REBOLLO PUIG*

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba
Investigador Principal del Grupo de Investigación
de la Junta de Andalucía SEJ-196

Resumen

LA NULIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO (CONSIDERACIÓN DE SU SIGNIFICADO Y RÉGIMEN EN EL ACTUAL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL A PROPÓSITO DE LA NULIDAD POR LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)

Se analiza el régimen que en el actual Derecho Administrativo español se atribuye realmente a los actos administrativos nulos y se contrasta con el atribuido por la doctrina clásica de la nulidad y sus diferencias con la anulabilidad. En concreto, se estudia su carácter ipso iure y se armoniza con la producción de efectos de los actos nulos basada en su presunción de validez; la imprescriptibilidad pero el sometimiento de los recursos a los plazos ordinarios; su carácter absoluto y la posibilidad de apreciación de oficio, pero con ciertas exigencias de legitimación y respeto a las reglas de congruencia procesal y prohibición de indefensión; la posibilidad de subsistencia

de efectos de los actos nulos, de convalidación y de renuncia a la acción de nulidad. Todo ello con referencia específica a los actos nulos por lesionar derechos fundamentales. Así se llega a una postura intermedia entre las teorías que admiten la más radical ineficacia de los actos administrativos nulos y aquellas otras que la relativizan tanto que no ven diferencias relevantes con la anulabilidad. Se consigue así también conservar en lo posible la teoría clásica y radical de la nulidad, aunque adecuándola al Derecho positivo español. Se afirma, además, que dentro de la nulidad cabe cierta diferenciación de régimen según el vicio y la forma en que se presente en cada caso.

(*) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba e Investigador principal del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Enmarcándose este estudio dentro del Proyecto del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2007-66942. Este trabajo tiene su origen en el libro homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre los derechos fundamentales, precisamente por haber hecho él, maestro y ejemplo en tantas cosas, objeto predilecto de su atención la protección de esos derechos. Por eso el estudio que realicé se centra en la causa de nulidad consistente precisamente en la lesión de los derechos fundamentales. Sin embargo, se trata en realidad de una reconsideración general de la nulidad en Derecho Administrativo y así se presenta en esta versión.

Abstract

THE NULLITY IN ADMINISTRATIVE LAW (CONSIDERATION OF ITS MEANING AND REGIME IN THE CURRENT SPANISH ADMINISTRATIVE LAW SPEAKING OF THE NULLITY FOR DAMAGE OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS)

It is analysed the regime that it is really attributed to the null administrative acts in the current Spanish Administrative Law and it is contrasted with the one attributed by the classic doctrine of the nullity and its differences with the voidability. In short, it is studied its character ipso iure and it is harmonized with the production of effects of the null acts based on its presumption of validity; the imprescriptibility because the subjection of the appeals to the ordinary terms; its absolute character and the possibility of court-appointed assessment, but with certain legitimating demands and respect to the rules of procedural consistency and defencelessness prohibition; the possibility of subsistence of

effects of the null acts, of authentication and of renouncement to the action of nullity. Everything with specific reference to the null acts because injure fundamental rights. We arrive this way to an intermediate posture among the theories that admit the most radical inefficacy in the null administrative acts and those other ones that downplay it so much that they don't see any differences with the voidability. It is possible likewise to conserve the classic and radical theory of the nullity as much as possible, although adapting it to the Spanish Positive Law. It is also affirmed, that inside the nullity fits certain regime differentiation according to the vice and the form in which it is presented in each case.

Sumario:

I. Planteamiento. II. La total ineficacia del acto nulo en la teoría clásica de Derecho Civil: fundamento y consecuencias. III. La radical asunción de la teoría clásica de la nulidad de Derecho Civil por el Derecho Administrativo. IV. La falta de justificación de la teoría clásica y radical de la nulidad en el actual Derecho Administrativo español.

V. Mantenimiento de los caracteres clásicos de la nulidad salvo excepciones justificadas.

VI. Eficacia extraprocesal de los actos nulos: obligatoriedad y presunción de validez mientras su nulidad no sea declarada. VII. Sometimiento de la nulidad a las reglas procesales. VIII. Imprescriptibilidad de la nulidad y sometimiento de los recursos contra actos nulos a los plazos ordinarios. IX. La ineficacia procesal perpetua e ipso iure del acto nulo no declarado como tal. A) La nulidad alegada en recursos indirectos contra actos. B) La nulidad alegada como excepción procesal en el contencioso-administrativo. C) La alegación de la nulidad de actos administrativos ante otras jurisdicciones. X. Posibilidad de restringir la legitimación para invocar causas de nulidad ¿nulidades de pleno derecho relativas? XI. La apreciación de oficio no es característica esencial ni exclusiva de los

La nulidad en Derecho Administrativo

vicios de nulidad. XII. El sometimiento de la nulidad a los límites propios del contencioso entre Administraciones. XIII. El posible mantenimiento de los efectos de los actos nulos. XIV. La nulidad no siempre comporta una vía de hecho. XV. ¿Es posible la convalidación de los actos nulos? A) La convalidación legislativa. B) La convalidación por subsanación administrativa. C) Renuncia a la acción de nulidad. XVI. Conclusión: la relativización y diversificación del régimen de la nulidad.

I. PLANTEAMIENTO

Los actos de las Administraciones Públicas que “lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional” son nulos de pleno derecho. Así lo establece el artículo 62.1.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LAP) tras la reforma introducida por la Ley 4/1999 y con él concluye por ahora una evolución que comenzó cuando la doctrina y la jurisprudencia proclamaron esta causa de nulidad incluso al margen de toda previsión legal y que ya se acogió en la redacción inicial de la LAP en la que se limitaba la nulidad a los supuestos de lesión del “contenido esencial” de esos derechos. La misma causa de nulidad se recoge ahora en el artículo 217.1.a) de la Ley General Tributaria. Esta causa de nulidad plantea muchos aspectos de interés que ya han merecido detenidos y valiosos estudios. Aquí sólo sirve de ocasión o pretexto para reconsiderar el mismo concepto clásico de nulidad, los postulados en que se asienta y sus consecuencias más drásticas.

Desde luego, no es sólo esta nueva causa de nulidad la que orienta en esa línea que, además, ya han explorado otros autores. Pero sí ofrece un nuevo y especialmente propicio flanco desde el que abordar esta cuestión. Quizá también, y ésta es la otra idea que se quiere ensayar, el artículo 62.1.a) LAP suministra la base para plantear que la nulidad del pleno derecho no comporta siempre y en todos los casos idéntico régimen, que conviene y es posible cierta diversificación.

II. LA TOTAL INEFICACIA DEL ACTO NULO EN LA TEORÍA CLÁSICA DE DERECHO CIVIL: FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS

El ya confesado propósito de este estudio parte de que nuestro Derecho positivo sólo ofrece algunos elementos del régimen de los actos administrativos nulos. Se contienen en unos pocos preceptos de la LAP y de la LJCA, aunque esta última no hace distinciones expresas entre los diversos tipos de invalidez. Los demás aspectos de la nulidad son de construcción doctrinal y, por ello, algo más abiertos a la discusión. Responden, en general, a una concepción teórica sólida y muy arraigada, una concepción, se dice, que es propia de la teoría general del Derecho, aunque se haya formado en el Derecho Civil, al hilo de la teoría del contrato o, si acaso, más ampliamente, del negocio jurídico. Importa, pues, recordar sumariamente esa teoría clásica de la nulidad en Derecho Civil.

La idea profunda que late en toda esa concepción de la nulidad es que el contrato, el negocio o, en general, acto jurídico nulo tiene defectos intrínsecos en sus elementos esenciales de tal gravedad que para el Derecho es como si no existiera. Por eso no puede tener efectos: ninguno, nunca, para nadie, bajo ningún pretexto. Tal carencia total de efectos es la consecuencia indefectible de partir de que jurídicamente no hay tal acto. Con tal premisa, ninguna opción tiene la ley: ante el supuesto de hecho de un acto que no es jurídicamente tal, aunque presente esa apariencia, no puede menos que disponer su total ineficacia. Por eso esta teoría clásica ha rechazado la categoría de la inexistencia como un nuevo tipo de invalidez: con su concepción del acto nulo no deja espacio propio y diferenciado para el acto inexistente¹. Con ese punto de partida, las consecuencias son, no ya lógicas, sino ineludibles. El aforismo *quod nullum est nullum effectum producit* se convierte así en mucho más que expresión de un régimen legal, en una especie de afirmación apodíctica que la teoría lleva hasta sus últimos extremos.

Todos los aspectos del régimen de la nulidad son sólo concreciones de esta no producción de ningún efecto: por eso nunca se podrá convalidar ni por el paso del tiempo (imprescriptible: *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest*) ni por ninguna otra causa (*quod nunquam fuit, convalescere non potest*), ya sea por reparar su defecto (insubsanable) o por voluntad de los afectados (imposibilidad de confirmación y de ratificación, irrenunciabilidad de la acción); por eso lo es para todos (*erga omnes*); por eso comporta una ineficacia *ab initio*, esto es, que desde el principio y sin necesidad de declaración ya no tiene efectos jurídicos, es decir, fuerza de obligar, de manera que todos se pueden comportar como si no hubiera acto; por eso conlleva una ineficacia *ex tunc* de modo que, si su mera apariencia hubiera producido de hecho algunas consecuencias, serán aniquiladas por completo para que todo quede como antes del acto nulo; por eso, la nulidad de un acto, aun no declarada, supone la invalidez de los posteriores que tengan como fundamento aquél (*titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*); por eso opera automática e inmediatamente (*ipso iure*) y no necesita que haya sido pronunciada por el juez (no es *ope iudicis* sino *ope legis*); por eso las sentencias que la pronuncian son sólo declarativas, no constitutivas; y por eso, finalmente, la nulidad escapa a los normales condicionamientos procesales —como los de justicia rogada y principio dispositivo, congruencia de las sentencias y hasta el principio de contradicción— de forma tal que, no sólo la pueda alegar cualquier interesado (amplia legitimación) en cualquier trámite y posición procesal (desde luego, también como demandado mediante excepción procesal y sin que ello se considere reconvencción), sino que incluso puede ser apreciada *ex officio* por el juez sin ni siquiera exigir que estén en el proceso todos los afectados por el acto (sin litisconsorcio pasivo necesario).

Por el contrario, se considera que la anulabilidad es más bien una creación legal de modo que también la ley es más libre para configurar su régimen. No obstante, por su contraposición a la nulidad de pleno derecho, se ha tendido a atribuirle una serie de características que suelen ser el reverso de las que se predicán de aquélla, aunque ello con matizaciones. Al menos, una

(1) Por eso afirma M. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 162, que en la teoría clásica y dominante “no existe la posibilidad racional de distinguir la inexistencia de la nulidad (...) Los caracteres actualmente atribuidos a la nulidad de pleno derecho no son sino los que lógicamente deben predicarse de la inexistencia”. En pp. 189-190 explica así el proceso: “... la noción de inexistencia se expandió hasta abrazar los supuestos más típicos de nulidad, contaminó a ésta de sus caracteres de máxima ineficacia ..., retirándose a continuación de una manera aparente o terminológica: una vez que ya no hacía falta, se fue abandonando el término inexistencia: la inexistencia pasó a ser la nulidad porque la nulidad era ya la inexistencia...”.

La nulidad en Derecho Administrativo

de éstas debe ser destacada: al carácter *ex tunc* de la nulidad no le corresponde el carácter *ex nunc* de la anulabilidad. Lejos de ello, aunque el acto anulable es inicialmente válido y produce lícitamente efectos, si finalmente es anulado perderá todos sus efectos como si fuese nulo (*ex tunc*). Por tanto, a este respecto no hay diferencias con la nulidad².

De todo esto resulta un régimen completo de la nulidad de pleno derecho con una serie de características inseparables: todas van juntas; si se da una, se dan todas. Son inescindibles porque todas derivan de la misma idea —el acto nulo es como si no existiera— y, en ese contexto, cada una de ellas arrastra las demás. De esta forma, la auténtica nulidad es siempre de pleno derecho, absoluta, o sea, *erga omnes*, radical, es decir, *ab initio* y *ex tunc*, *ipso iure* y *ope legis*, y puede ser apreciada de oficio, es imprescriptible e insubsanable. Hasta tal punto es así que buena parte de estas expresiones se consideran sinónimas. Aunque con más matices, algo similar sucede con la anulabilidad de la que se predicen por lo general todas las consecuencias contrarias. Así que no sólo no cabe un tercer género de invalidez que sumar al de la nulidad y la anulabilidad sino que tampoco caben combinaciones de las características de uno y otro tipo de invalidez. Sobre todo no cabe una relativización de las propias de la nulidad porque son esenciales al concepto. Si hay nulidad se dará el régimen de la nulidad de pleno derecho con todos sus aditamentos y consecuencias. Hay que llevarse, podría decirse, el lote completo.

III. LA RADICAL ASUNCIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LA NULIDAD DE DERECHO CIVIL POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La doctrina de Derecho Administrativo ha heredado esta construcción teórica. También su influencia se ha dejado sentir en la jurisprudencia³. Es una herencia, como todas las que acepta el Derecho Administrativo del Derecho Civil, a beneficio de inventario. Pero, en general, la teoría de la nulidad en Derecho Administrativo, especialmente la de la nulidad del acto administrativo, se ha construido sobre las bases dogmáticas expuestas. Y las adaptaciones han contado con especial resistencia por varias razones. La primera, porque es difícil adaptar lo que la teoría del Derecho Civil presenta tan sólidamente como deducido de la naturaleza de las cosas, en concreto, de la misma inexistencia jurídica de lo nulo. La segunda, porque la doctrina de Derecho Administrativo incluso ha buscado refuerzos adicionales llegando a presentar las características de la nulidad del acto administrativo, no ya sólo como manifestación de las que le atribuye la teoría general, sino como si aquí vinieran exigidas por las necesidades del principio de legalidad de la Administración, por la garantía de los ciudadanos frente al poder

(2) Importa aclararlo porque en nuestro Derecho Administrativo se ha introducido a este respecto, como veremos, gran confusión. Por eso, debe quedar claro que en Derecho Civil nadie ha mantenido una diferencia a este respecto entre nulidad y anulabilidad: las dos producen efectos *ex tunc*. Así, F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 499, dice: “Desde la impugnación eficaz (del negocio anulable) el negocio queda declarado nulo, y, por tanto, con invalidez originaria o *ex tunc*”, lo que confirma y desarrolla en pp. 508-509. Igualmente J.L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, 21, 2ª ed., Barcelona, 1987, pp. 357-358: alegada con éxito la causa de anulabilidad “el contrato será desde siempre y para siempre ineficaz con la misma amplitud que si se tratara de nulidad de pleno derecho”; p. 372: la regla *quod nullum est nullum effectum producit* rige igualmente en “la hipótesis de la anulabilidad, sin más diferencia que la de no poder hacerla valer sino el protegido por ella”; lo reitera en p. 377. Así mismo, L. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, I, pp. 296 a 298 y 308.

(3) Históricamente tuvo, además, apoyo y refuerzo en una extraordinaria proyección del concepto de vicios de orden público que, con un peso mucho mayor que el que tuvo en Derecho Civil, actuaba en la misma dirección que la teoría de la nulidad, sobre todo en lo que se refiere a su apreciación al margen de todo condicionamiento procesal. Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Orden público y nulidad de pleno derecho”, *RAP*, núm. 1, 59, p. 50.

y, en última instancia, por la Constitución. Esta razón hace, como mínimo, que se cree una especie de mala conciencia ante cada intento de moderación de las consecuencias radicales de la nulidad del acto administrativo, como si fueran concesiones artificiosas a favor del poder y en contra de los ciudadanos. Y esto se deja sentir, sobre todo, cuando aparecen causas de nulidad como la aquí analizada de lesión de los derechos fundamentales: entonces parece que cada flexibilización de la nulidad es una pérdida en la garantía de estos derechos y, por tanto, un lamentable paso atrás del Estado de Derecho. Por una y otra razón, buena parte de la doctrina del Derecho Administrativo ha sido particularmente fiel a la teoría clásica y radical de la nulidad. Desde luego, ha habido y hay voces disonantes, sobre todo en España –lo que, como se tratará de probar aquí, está justificado–, pero, en general, hay una extensa aceptación de la teoría clásica y radical de la nulidad y una recepción con escasos factores de moderación, que también se ha mantenido y se mantiene aún entre la mejor doctrina española⁴.

Para esta tesis, el acto administrativo nulo, considerado jurídicamente inexistente⁵, es ineficaz *ab initio*. Tiene una “inhabilidad o incapacidad para producir efectos jurídicos total y absoluta” de modo que si se impugna y se logra una resolución estimatoria, tendrá un carácter meramente declarativo⁶. Eso supone, ante todo, que, aunque no haya sido declarada su nulidad, el acto nulo no tiene la fuerza jurídica de obligar. Así, ni el ciudadano ni los funcionarios o autoridades tienen la obligación de obedecerlo⁷. Por eso, el acto nulo no será nunca susceptible de ejecución forzosa: si se intentara cabrían, de un lado, recursos contra los actos de ejecución (por ejemplo, contra la providencia de apremio) y, de otro, los remedios contra la vía de hecho (acciones civiles, incluida la interdictal, y el recurso contencioso-administrativo del artículo 30 LJCA)⁸. Por eso, también, no hace falta que se acuerde la suspensión del acto administrativo nulo para que sea ineficaz: la declaración de suspensión sólo existe por razones de seguridad jurídica para “evitar los problemas derivados de la apariencia de eficacia del acto nulo”⁹. Así, cabría decir que la resolución que acuerde la suspensión del acto nulo también es sólo declarativa de una ineficacia que no crea porque ya existía. Todo lo contrario, punto por punto, caracterizaría a la anulabilidad. Un conjunto igual, en suma, al del Derecho Civil. La única

(4) La más moderna, rigurosa y radical exposición doctrinal del Derecho Administrativo español sobre la nulidad basada en este esquema teórico se debe a los profesores Bocanegra Sierra y García Luengo. Aunque la recogen y desarrollan en diversas obras, son suficientes para nuestro objetivo estas dos: R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson/Civitas, Madrid, 30 ed., 2006, y J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002. Su construcción tiene, además, el atractivo adicional de que, a los argumentos institucionales o dogmáticos sobre el significado de la nulidad, añaden otros constitucionales de manera que, no sólo es que la nulidad es lo que la teoría clásica ha dicho que es la nulidad, sino que, además, ello es lo más adecuado a la Constitución. Por otra parte, su exposición está completada con numerosas referencias de Derecho comparado, sobre todo de Alemania que es donde, tanto en Derecho Civil como Administrativo, se ha mantenido con mayor pureza y rigor técnico la teoría de la nulidad. Seguiremos, por eso, su exposición, sin perjuicio de servirnos alguna vez de aportaciones de otros autores que asumen la misma tesis en todos o en algunos puntos o que completan el panorama en algunos aspectos.

(5) Son numerosas, incluso, las sentencias que hacen sinónimas las expresiones de nulidad e inexistencia, lo que también aparece en la doctrina. De hecho, el equivalente a nuestra nulidad es la inexistencia en el Derecho Comunitario. Lo explica así A. NIETO GARCÍA, en el magistral estudio preliminar a la obra de M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 14.

(6) R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, pp. 116 a 119.

(7) J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, pp. 249 y 258.

(8) J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, pp. 252 y ss., y 292. Más matizadamente, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972, pp. 414 y 416.

(9) J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, p. 300.

La nulidad en Derecho Administrativo

diferencia es que si allí se habla sólo de sentencias declarativas o constitutivas, y de *ope legis* y *ope iudicis*, aquí hay que tener en cuenta que la nulidad o la anulación las puede pronunciar la Administración por una resolución, no sólo el juez por sentencia.

La irresistibilidad de la nulidad frente a toda otra regla o principio y, en especial, frente a los de orden procesal¹⁰, encuentra en Derecho Administrativo una expresión paradigmática cuando se proclama que los vicios de nulidad deben ser enjuiciados por los tribunales prioritariamente a las causas de inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Da igual que no se den los requisitos legales para que el juez entre en el fondo del asunto: si hay vicio de nulidad, debe declararlo; sólo tras comprobar que no hay vicios de nulidad, se podrá comprobar si existen motivos de inadmisión que, por tanto, impedirán conocer de supuestos de anulabilidad, pero no de nulidad. Esto lucía con claridad en muchas sentencias –ya no, o sólo rara vez– y exposiciones doctrinales, a veces como una regla válida para toda causa de inadmisibilidad y más frecuentemente sólo para alguna¹¹.

Así, esta teoría pretende llevar hasta sus últimas consecuencias la imprescriptibilidad de la nulidad. Que la acción de nulidad es imprescriptible se desprende, desde luego, del artículo 102 LAP.

Pero, más allá del tenor de éste y de su ámbito específico para el cauce formal allí previsto, propugnan que también los recursos ordinarios contra actos nulos deberían ser admisibles en todo momento. Se expresa muchas veces esta imprescriptibilidad diciendo que el acto administrativo nulo nunca deviene firme. En todo caso se quiere proclamar esa imprescriptibilidad de la nulidad, más allá de la vía del artículo 102 LAP. Reconociendo que la jurisprudencia actual no se ajusta a ello, GARCÍA LUENGO la critica hasta el punto de afirmar que “es dudosamente constitucional” y “podría llegar a situaciones absurdas y gravemente antijurídicas”¹².

Lo anterior lleva a su vez a afirmar que el artículo 28 LJCA no rige cuando se trata de actos que confirman o reproducen otro nulo aunque éste no hubiera sido impugnado y aunque hayan pasado los plazos para recurrirlo¹³. Al contrario, el acto confirmatorio dará una nueva oportunidad para invocar la nulidad del confirmado. El que no hubiera sido impugnado ni anulado no es obstáculo porque la nulidad opera *ipso iure*; el que hayan pasado los plazos para impugnar aquél no es impedimento por la imprescriptibilidad de la nulidad; y, por último, la nulidad del segundo acto deriva de la del primero porque, como dijimos, la nulidad de pleno derecho de un acto jurídico supone la nulidad de los posteriores que tengan como fundamento aquél. Y si se admite que es posible impugnar los actos administrativos que confirman o reproducen el acto nulo, con mayor razón habrá que aceptar que también se pueden impugnar los que, aun-

(10) J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, p. 269, llega a decir que “la nulidad de pleno derecho no es otra cosa que un ‘estado de excepción’ procesal”.

(11) Vid. M.R. ALONSO IBÁÑEZ, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 296 a 300, y J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, pp. 430 y ss., que es especialmente radical en p. 445: “La nulidad de pleno derecho ... es de enjuiciamiento prioritario absoluto y de oficio, previo y excluyente de las causas de inadmisión del recurso, a las cuales no puede concederse fuerza suficiente para enervar la competencia del Tribunal en relación con infracciones administrativas flagrantes...”.

(12) J. GARCÍA LUENGO, *ibidem*, pp. 285 y 286, donde se pregunta: “¿Para qué sirve entonces afirmar la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales o la propia institución de la nulidad de pleno derecho?”. Vid. R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, pp. 195-196.

(13) J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, p. 290.

que no se limitan a eso, sí que tienen su fundamento en aquél. Será posible impugnar el segundo acto con base en la nulidad del que le presta fundamento, aunque tal nulidad no se hubiera pedido ni declarado antes y aunque hubieran pasado los plazos para recurrir aquel acto.

El caso prototípico sería el ya aludido de los actos de ejecución del acto nulo; pero hay otros muchos supuestos. En línea con lo expuesto hay que añadir que la nulidad de pleno derecho se podría alegar, no sólo por vía de acción, sino también como excepción procesal, esto es, como medio de defensa frente a las pretensiones derivadas de un acto administrativo nulo, aunque éste no hubiere sido impugnado en su momento¹⁴.

También admite esta tesis, no ya que la nulidad la pueda alegar cualquier interesado en conseguirla (lo que en Derecho Administrativo se acepta también para la anulabilidad) y que “produce efectos *erga omnes*, en cuya virtud cabe oponerla o tenerla en cuenta en contra, y también a favor de cualquiera”¹⁵, sino la posibilidad de su apreciación judicial de oficio. Además de ser conforme con los caracteres clásicos de la nulidad, añade GARCÍA LUENGO que esta posibilidad concuerda bien con el hecho de que la misma Administración puede revisar de oficio sus actos nulos (artículo 102 LAP) y con la misión de control de la legalidad administrativa que corresponde a los jueces que impulsa a flexibilizar el principio dispositivo. Consideran que esta posibilidad está plasmada en nuestro Derecho, concretamente en los artículos 33.2 y 65.2 LJCA: de modo que “si un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa al enjuiciar la impugnación de un acto se encuentra con que el mismo está incurso en causa legal de nulidad, debe plantear la cuestión a las partes y entrar a enjuiciar el acto también por esta infracción del artículo 62 LAP o del precepto especial que contenga la causa de nulidad”¹⁶. Más aún: aunque el juez no puede declarar la nulidad de un acto no impugnado en un determinado proceso, sí que puede sacar las consecuencias de su total ineficacia de modo que no puede derivar efectos jurídicos del acto nulo de pleno derecho, exactamente igual que si se tratara de un reglamento nulo¹⁷. Lo mismo se admite para otras jurisdicciones: aunque no pueden declarar la nulidad del acto administrativo, sí pueden apreciarla y decidir partiendo de su total ineficacia¹⁸.

Finalmente, se niega toda posibilidad de convalidar los actos nulos, no ya sólo porque se deduzca del artículo 67 LAP, sino porque no podría ser de otra forma: lo inexistente no se puede convalidar y los vicios de nulidad no pueden ser sanados por su misma naturaleza, porque nunca puede haber un interés público en mantener un acto nulo de pleno derecho y porque ello responde a “una necesidad institucional y hasta constitucional innegable...”¹⁹.

(14) T.R. FERNÁNDEZ, *La nulidad de los actos administrativos*, p. 24: “En cualquier momento puede instarse la declaración de nulidad ... y, por supuesto, puede oponerse ésta como excepción...”.

(15) R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, p. 176.

(16) J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, pp. 292 a 296.

(17) J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, pp. 297-298. En realidad, va más lejos porque propone que, con una aplicación analógica del artículo 33.3 LJCA, el juez pueda declarar la nulidad de algún acto no directamente impugnado.

(18) *Ibidem*, pp. 298-299.

(19) J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, pp. 311-312. También R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, pp. 196 y 201, y J. JORDANO FRAGA, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 170-171.

Tal es la fuerza y radicalidad de la tesis que se ha pretendido alzar incluso como un límite infranqueable a las convalidaciones legislativas de actos nulos: “la necesaria consideración de que no han existido nunca” negaría, como explica BOIX PALOP, la posibilidad de leyes que los convaliden²⁰.

Hasta aquí, como se habrá visto, no hay nada más que una aplicación exacta al acto administrativo nulo de los mismos caracteres que se predicán de la nulidad en Derecho Civil. Junto a ello, ha sido relativamente usual entre los autores de Derecho Administrativo afirmar que la nulidad opera *ex tunc* mientras que la anulabilidad lo haría sólo desde la resolución que la estima y para el futuro (*ex nunc*). Esto no es propio de la teoría clásica de la nulidad sino que es simplemente un error. Desde luego la nulidad tiene efectos *ex tunc*: hay que aniquilar todos los efectos que eventualmente se hayan producido desde que se dictó el acto. Eso es cierto y esencial a la nulidad según la teoría clásica que estamos desarrollando. Pero también es cierto para la anulabilidad²¹. Ya vimos que así es en Derecho Civil y lo mismo debe decirse del acto administrativo anulable. El error proviene de una precipitada y excesiva aplicación de la idea de que la anulabilidad siempre presenta los caracteres opuestos a la nulidad y de una confusión: Como el acto anulable no es nulo desde que se dictó ni tiene una ineficacia *ab initio* sino sólo desde que se anula, se ha deducido que su anulación sólo tiene efectos para el futuro. Pero de aquella premisa no se deduce esta otra afirmación. Porque la anulación es retroactiva y tiende a eliminar todos los efectos ya producidos. No sólo es así sino que la solución contraria sería absurda, como demuestra alguna sentencia que ha seguido ese error²². Pero, aun así, también a este respecto la teoría clásica en su versión más pura lleva a una diferencia entre nulidad y anulabilidad, no tan drástica como la apuntada, pero diferencia a fin de cuentas: se está dispuesto a aceptar que por diversas razones –seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, etc.– pueden moderarse las consecuencias de la anulabilidad y mantener parte de los efectos del acto anulado, mientras que eso se niega radicalmente para la nulidad en la que la retroactividad o relevancia *ex tunc* es absolutamente esencial y sin excepciones, puesto que jurídicamente no hay acto. Esto es, por ejemplo, lo que lleva a la doctrina alemana a negar que la protección de la confianza permita mantener efectos del acto nulo de pleno derecho²³.

(20) A. BOIX PALOP, *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004, p. 217. Siguiendo a EISENNMANN y a AUBY, lo expone así en p. 218: “La doctrina francesa, en la que la afirmación de la inexistencia jurídica de lo nulo es nota común...” llega a la “conclusión jurídicamente lineal y casi evidente de su imposible convalidación ... Y no tanto por la mayor o menor gravedad del vicio ... sino porque es argumentado técnicamente que esta operación no puede ser realizada en el vacío. Expresado de modo clásico, la idea de la existencia sucediendo a la inexistencia es desde el punto de vista jurídico una idea absurda. No es concebible que la inexistencia pueda convertirse en existencia en momento alguno como consecuencia de acontecimiento alguno”. No obstante, con menos metafísica, tanto el Conseil d’État como el Conseil Constitutinnel admiten la convalidación legislativa de actos nulos, según da noticia el mismo BOIX. Sobre esta jurisprudencia, vid. también G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 441 a 444.

(21) L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson/Civitas, Madrid, 17ª ed., 2006, I, p. 372.

(22) Es el caso, por ejemplo, de la STS de 3 de abril de 2000 (Ar. 4048), de la que he dado cuenta en G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, p. 417.

(23) Lo recoge así J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, p. 308: “La doctrina alemana sin fisuras, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, entiende que la nulidad de pleno Derecho impide el reconocimiento de una situación de confianza protegible. El argumento que se esgrime es la falta de una base para la protección ya que el acto nulo carece de efectos jurídicos”. Dicho de otra forma, como el acto nulo por su propia naturaleza no tiene efectos jurídicos, no puede haber ningún principio que permita dárselos o mantener los que su apariencia ha generado. Adelantemos que GARCÍA LUENGO se aparta parcialmente de esta tesis, como luego se explicará. Pero ahora lo que nos interesa destacar es cómo la visión pura de la teoría clásica de la nulidad lleva a negar en todo caso la posibilidad de que se mantengan efectos del acto nulo, lo que sí sería posible en el caso del anulable ya anulado.

Como se ve, en suma, la nulidad del acto administrativo, como la del negocio de Derecho privado, comporta la más absoluta ineficacia: desde el principio hasta el final, para todos, en cualquier proceso y situación y sin excepciones. Con todo, hay que hacer una precisión importante: la ineficacia total del acto nulo sólo quiere decir la no producción de los efectos jurídicos propios de tal acto, pero ni niega que su apariencia puede haberlos producido de hecho ni está reñida con el reconocimiento de su existencia física: así, no se lleva la ficción de su inexistencia hasta el extremo de decir que, como no hay acto, se produce silencio administrativo; se puede impugnar; no se impide la conversión del acto nulo en otro válido (artículo 65 LAP, que se acepta que sirve para actos nulos y anulables); puede generar responsabilidad de la Administración, etc. Pero todo esto es sólo expresión de una simple eficacia externa y formal, sin perjuicio de su total ineficacia jurídica²⁴.

Es difícil no quedar fascinado por esta construcción tan armoniosa y lógica, no caer subyugado por su claridad y brillantez. Además, da una base sólida y sencilla para resolver todos los problemas: ante todos los choques entre el régimen de la nulidad (o sea, la completa falta de efectos jurídicos) y cualquier otra regla o principio, siempre vence aquélla y no puede ser de otra forma. La asimilación del acto nulo a un acto jurídicamente inexistente hace que la carencia total de efectos se imponga irresistiblemente a cualquier otra consideración, ya sea la seguridad jurídica, la protección de la buena fe o de la confianza legítima, la congruencia procesal, la autotutela administrativa o los plazos de recursos. Por muy clara y terminante que sea esa otra regla o por muy valioso que sea ese otro principio, la asimilación del acto nulo a la inexistencia acarrea con una lógica impecable e implacable que, pese a todo, el acto nulo tenga una ineficacia total. Ante esa falta de un verdadero acto no se pueden hacer milagros por más que se quiera para salvar ciertos principios y reglas. Si acaso, habrá que hacerles un lugar por otras vías, no por la de negar o moderar la radical ineficacia que es consustancial a esa inexistencia.

IV. LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA Y RADICAL DE LA NULIDAD EN EL ACTUAL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

¿Se puede seguir sosteniendo ese concepto de nulidad y ese régimen radical de ineficacia? ¿Se debe aplicar a los actos que lesionan derechos fundamentales? Por lo pronto hay que reconocer que este régimen de la nulidad no se refleja, salvo para algún aspecto, en nuestras Leyes que, leídas sin el filtro de las construcciones teóricas, parecen decir en muchos casos lo contrario.

Sólo hay retazos de la teoría clásica de la nulidad y sus diferencias con la anulabilidad en los artículos 67 y 102 y, en menor medida, 110.3 y 111.2.b), todos de la LAP. Por contra, ni

(24) R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, p. 117: el acto nulo carece de eficacia interna o intrínseca "sin perjuicio de que ... puedan producir ... formalmente otro tipo de eficacia lateral o externa...". Y en p. 120: "Es frecuente ... la confusión entre la eficacia de los actos administrativos y la mera producción física o material de efectos en la realidad...". Vid. también J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, pp. 247 y 270 a 273. Con todo, a veces se lleva la ficción de la inexistencia más allá. Por ejemplo, en la STS 13 de noviembre de 1996 (Ar. 8017) se llega al absurdo de pensar que se produce el silencio (al menos ese absurdo es desmentido por STS de 11 de mayo de 1996, Ar. 4305). Incluso en el Derecho Comunitario se llega a considerar inadmisibles los recursos contra el acto inexistente. Vid. A. NIETO GARCÍA, en el estudio preliminar a M. BELADÍEZ ROJO, *Validez...*, pp. 14-15.

La nulidad en Derecho Administrativo

cuando se establecen las reglas sobre la eficacia y obligatoriedad de los actos administrativos, ni cuando se dispone la irrecurribilidad de los actos firmes o de los que los confirman o reproducen, ni cuando se enumeran las causas de inadmisión de los recursos, ni las excepciones a la congruencia, ni el valor y consecuencias de las sentencias estimatorias, etc., aparecen vestigios de esa teoría. Sólo reinterpretados a la luz de los dogmas de aquella construcción se les puede hacer decir, y con dificultades, lo que ella proclama como inherente a la nulidad. Además, la jurisprudencia, que antes se situaba con cierta frecuencia, siquiera formalmente, en la ortodoxia de la teoría clásica de la nulidad, milita ahora mayoritariamente en el bando contrario. Si hace un momento decíamos que los preceptos de la LAP y de la LJCA no reflejan la teoría clásica de la nulidad salvo que se lean con el prisma del dogma de la ineficacia total, lo cierto es que nuestros jueces han optado, en general, por entenderlos y aplicarlos en su más simple literalidad, libres de toda la carga teórica de la nulidad, salvo algunas excepciones. No es ocasión de hacer un análisis de todos y cada uno de los aspectos que lo prueban, pero de algunos de ellos daremos cuenta después. Mantener en esta situación y en toda su pureza la teoría clásica de la nulidad y su ineficacia total haría que no explicara bien la realidad jurídica española, que hubiera un divorcio entre la teoría y el Derecho positivo. Pero, aun así, quizá estaría justificado sostenerla contra viento y marea si tuviera un fundamento sólido y si condujera a resolver satisfactoriamente los conflictos. Pero tampoco es así. Y no lo es por la extensión de la nulidad en nuestro Derecho Administrativo. En especial, por la consagración de la causa de nulidad que nos ocupa, la lesión de derechos fundamentales.

La teoría clásica de la nulidad y su régimen monolítico de ineficacia total estaba construida sobre una ficción, la de considerar que el acto nulo no existe. Si fingir es, según el DRAE, “dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene”, aquí lo que se ha hecho ha sido dar inexistencia ideal a lo que realmente la tiene, y no es esto menor ficción. Decía LARENZ que “la ficción jurídica consiste en la equiparación voluntaria de algo que se sabe que es desigual”. Es decir, que consiste en tratar ciertos hechos como si fueran otros distintos. Y eso es exactamente lo que hace la teoría clásica de la nulidad pues se basa, como ya hemos dicho, en considerar que el acto nulo es como si fuera inexistente, ideal y jurídicamente inexistente, de donde se deriva todo su régimen. Nada puede objetarse en general a las ficciones jurídicas que responden muchas veces a necesidades técnicas ineludibles. No son mentiras, porque, aunque son una falsificación de la realidad o una especie de realidad virtual, se asumen con conocimiento de ello y sólo para construir sobre esa base un régimen²⁵. El problema está en que esta ficción no tiene ya ninguna base. En efecto, no hay ningún fundamento racional ni legal para asimilar todos los actos administrativos que el Derecho español considera nulos de pleno derecho a actos jurídicamente inexistentes y para, con ese presupuesto, disponer, como consecuencia natural e inexorable, su más absoluta y radical ineficacia. A la vista del artículo 62.1 LAP, asimilar cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho al acto inexistente es del todo infundada, incluso irracional. Ni siquiera vale para sustentar una ficción jurídica pues también éstas tienen límites y no pueden consagrar puras arbitrariedades sin ningún fundamento.

Otra cosa podría decirse si en nuestro Derecho se hubiera limitado la nulidad de los actos administrativos a supuestos tan reducidos como en Alemania o, acaso, en Francia o en el Derecho Comunitario. Incluso, quizá, si se hubiera mantenido la nulidad circunscrita en el

(25) Vid. D. BLANQUER CRIADO, *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo*. “Taking facts seriously”, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 158 y ss.

ámbito en que la encerraba la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958²⁶. Pero las nuevas causas de nulidad del artículo 62 LAP hacen imposible tal identificación. Las letras a), f) y g) de su apartado 1 suponen una novedad que no puede ser infravalorada. Aun así, como ficción, podría aceptarse esa equiparación de la nulidad a la inexistencia si, al menos, aquélla quedase circunscrita a los actos administrativos con los vicios graves más evidentes. Sin embargo, en nuestro Derecho Administrativo lo único evidente es que no se ha acogido el criterio de la evidencia para delimitar la nulidad. Basta pensar, precisamente, en el supuesto de nulidad por lesionar los derechos susceptibles de amparo constitucional para comprender que ello, con frecuencia, no es nada evidente ni siquiera para los juristas más calificados. Con sólo pensar en los difusos límites de muchos derechos fundamentales o en el profuso juego del principio de proporcionalidad para decidir si se han vulnerado o si se han limitado lícitamente, se cae en la cuenta de que se está lejos de vicios evidentes. Además, pese a que todos los derechos fundamentales estén situados en la cúspide del ordenamiento y aunque se los considere a todos ellos los valores máximos del orden político y jurídico, no todas las lesiones pueden considerarse de igual gravedad. También es relevante que el artículo 62.1 LAP termine con una abierta remisión a las leyes para que libérrimamente establezcan otros supuestos de nulidad, leyes que, por tanto, podrán crear nuevos supuestos no evidentes, es decir, con vicios que no aparezcan inequívoca, notoria o manifiestamente²⁷. Se ve así que entre los vicios de nulidad y de anulabilidad no hay ninguna diferencia esencial que autorice a pensar que el que tiene alguno de aquéllos es inexistente, sino una frontera que fija el legislador. Por tanto, en suma, de ninguna forma cabe sostener que el Derecho Administrativo español haya acogido el criterio de la evidencia para delimitar los supuestos de nulidad de los actos administrativos y, siendo así, no hay resquicio para intentar asimilar la nulidad a la inexistencia. Esto, que tiene sentido en otros ordenamientos, no lo tiene hoy en el nuestro. La doctrina ha criticado la “hipertrofia” de las causas de nulidad en la LAP, hipertrofia a la que considera “particularmente perturbadora”²⁸. Lo que aquí añadido es que, una vez que la nulidad ha alcanzado la extensión que le ha dado la LAP, hay que adecuar el régimen de la nulidad a tal realidad. Para esa amplia nulidad ya no tiene sentido ni fundamento mantener siempre y a ultranza aquel régimen inflexible de ineficacia que acaso se podía sustentar para unos supuestos de nulidad muy reducidos y evidentes y que permitía asimilar el acto administrativo nulo al jurídicamente inexistente. Y esto tiene mucho que ver con la consideración como nulos de los actos lesivos de los derechos fundamentales. Precisamente por eso hubo algunas voces –como las de GONZÁLEZ PÉREZ, PARADA VÁZQUEZ, SANTAMARÍA PASTOR y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ– contrarias a esta causa de nulidad que, aunque introducida con la mejor intención, desvirtúa la categoría de la nulidad,

(26) El artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, con sus muy limitadas y estrictas causas de nulidad de pleno derecho que podían asimilarse a la falta de sus elementos esenciales, podía haber ofrecido ese marco. Por eso pudo afirmar T.R. FERNÁNDEZ, *La nulidad de los actos administrativos*, p. 19, que todos los supuestos de nulidad de aquel artículo 47 eran “fácilmente reconducibles a la noción de competencia, requisito mínimo del que depende en última instancia la apariencia misma del acto como tal acto administrativo y cuya ausencia haría más propio hablar de inexistencia del acto que de simple nulidad”. La cursiva es nuestra. Es probable, incluso, que fuese ello, y no ningún tipo de razones políticas, lo que lo justificaba técnicamente.

(27) Por otro lado, no sólo hay supuestos de nulidad sin vicios evidentes, sino también supuestos de anulabilidad con vicios evidentes. Esto lucía con claridad en el artículo 110.2.a) de la LPA de 1958 que incluía expresamente entre los anulables aquellos actos que “infrinjan manifiestamente la ley”. Ahora el equivalente artículo 103 LAP no se refiere a ello pero, aun así, sigue siendo cierto que los actos que infrinjan manifiestamente la ley son sólo anulables, salvo que encajen en alguno de los supuestos del artículo 62.1 LAP.

(28) R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, p. 179.

La nulidad en Derecho Administrativo

la amplía excesivamente, no es realmente adecuada para la protección de estos derechos y perjudica la seguridad jurídica²⁹. No pretendemos discutir el acierto de esta causa de nulidad, que presenta indudables ventajas, sino sólo poner de relieve que la ampliación de la nulidad que comporta es uno de los factores que obliga a reconsiderar la teoría clásica de la nulidad, su asimilación a la inexistencia y su categórica y extremada ineficacia.

Lo que ahora hay que afirmar es que los actos administrativos que nuestro Derecho considera nulos son con frecuencia verdaderos actos administrativos con todos sus elementos –no mera apariencia de acto administrativo naturalmente insusceptible de producir efectos–, aunque con determinadas infracciones del ordenamiento, no siempre ni normalmente evidentes. Y, siendo así, cae el presupuesto que impone inexorablemente su ineficacia total como si no existiera. Lo único que sucede es que ese acto no es como el ordenamiento quiere que sea y por eso dispone un cierto régimen de ineficacia que ya no tiene que ser siempre total ni siempre igual³⁰ y que el mismo ordenamiento puede disponer como considere más conveniente para proteger los intereses que pretende tutelar. Ni siquiera tiene que partir precisamente de la bipartición de la invalidez en nulidad y anulabilidad, que no viene impuesta por la naturaleza de las cosas. Salvo, si acaso, supuestos extremos de falta de los elementos esenciales del acto, la frontera de la nulidad la establece el legislador con libertad³¹. Puede tener, por tanto, algo así como una política de las nulidades que será más o menos acertada según proteja bien o no los intereses en juego, pero que no está condicionada por la naturaleza de cada vicio, ni por el valor de los bienes afectados, ni por la intensidad o gravedad de la lesión ni por la idea de orden público. Es más bien una cuestión de táctica, en donde la ley actúa con libertad como se reconoce ya en el Derecho Civil³².

En suma, los actos administrativos nulos son aquellos que, dentro del conjunto más amplio de los contrarios al ordenamiento, el legislador acota como nulos; y estos actos no tienen nada consustancial que imponga su total ineficacia sino que tendrán el régimen de ineficacia que la ley decida.

Es esto lo que PASQUAU denomina “la restitución de la nulidad al plano de la consecuencia jurídica”, de manera que “la nulidad es una sanción jurídica y no un supuesto de hecho ..., un mecanismo de reacción del ordenamiento jurídico, no un estado natural del acto jurídico”³³.

(29) De ello da cuenta J. JORDANO FRAGA, *Nulidad de los actos administrativos...*, pp. 85 y 108.

(30) L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 372.

(31) Desde este punto de vista, se podría cuestionar el acierto de haber consagrado la lesión de derechos fundamentales como determinante de nulidad. No había nada que realmente impusiera al legislador esa opción ni, por tanto, tenía razón la jurisprudencia que, antes y al margen de toda previsión legal, lo decidió así con argumentos, por cierto, bastante endebles. Pero tampoco hay nada que impida a la ley haber optado por considerar a este vicio como determinante de nulidad. Es una cuestión de oportunidad, de estrategia. Y, desde este punto de vista, acaso con las correcciones que iremos proponiendo, se puede considerar un acierto la opción de la LAP.

(32) Por ejemplo, puede prever que los contratos con menores son sólo anulables, no porque considere a la protección de los menores poco importante, sino porque entiende que se les protege mejor con la mera anulabilidad que les permitirá beneficiarse del contrato si le es favorable e impedirá a la otra parte invocarla en su provecho. Es particularmente expresivo F. JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacias contractuales*, Bolonia, 1988, p. 134: “Esta es una cuestión que ha de resolverse estrictamente sobre la base del Derecho positivo. Es al legislador a quien, sobre la base discrecional de razones de política legislativa, incumbe establecer el régimen de ineficacia que considere más oportuno para cada supuesto... No hay ... que partir ... de que existan anomalías que en abstracto determinan un tipo de ineficacia...”.

(33) M. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, pp. 161-163.

Con ese presupuesto —esto es, negando que el acto nulo sea siempre por esencia y por su forma de ser incapaz de producir efectos jurídicos—, resulta posible un régimen de ineficacia más maleable o dúctil que, entre otras cosas, no tiene que vencer irresistiblemente a cualquier otra regla o principio. Así también resulta comprensible que, como explica CANO CAMPOS, las consecuencias de la nulidad se ponderen con otros principios “que pueden tener un mayor peso y, por consiguiente, acabar prevaleciendo...”³⁴. Y sobre todo resulta posible —y ésta es una de las aportaciones capitales de PASQUAU para el Derecho Administrativo— adaptar el régimen jurídico de la nulidad al tipo de vicio que la determina y romper esa ligazón asfixiante entre todas y cada una de las características de la nulidad y su oposición a las correlativas de la anulabilidad. Como ya se explicó, esa ligazón indestructible entre las diversas características de la nulidad provenía de su asimilación a la inexistencia que indefectiblemente comportaba todas ellas. Pero, negada esa asimilación y restituida la nulidad al terreno de un régimen jurídico que el ordenamiento dispone ante ciertos vicios, entonces aparece la posibilidad de consecuencias modulables, divisibles, limitables, de combinaciones, de nulidades de pleno derecho que se rinden a los principios procesales, o que eventualmente pueden ser objeto de convalidación, o de nulidades sin destrucción retroactiva de los efectos ya producidos, etc. Ya no hay razón para aplicar siempre inflexiblemente el régimen que la teoría clásica atribuye a la nulidad y sí la posibilidad de buscar el régimen adecuado a cada tipo de supuestos.

Todavía procede aclarar que si la naturaleza de la nulidad no es ningún límite para que la ley la delimite y establezca su régimen de ineficacia, menos lo es el principio de legalidad de la Administración ni el Estado de Derecho ni las garantías de los ciudadanos. Por supuesto que todo esto requiere que, además de que la Administración esté sometida al Derecho, haya medios de reacción efectivos, incluso concretamente jurisdiccionales, para imponer la legalidad. Máxime si se trata de imponer el respeto a los derechos fundamentales, lo que es incluso una exigencia de los tratados internacionales que imponen la existencia de un “recurso efectivo” ante los tribunales contra los actos que violen tales derechos³⁵. Desde luego que también reclama un cierto régimen de invalidez y de ineficacia de los actos administrativos antijurídicos, especialmente de los lesivos de derechos fundamentales. Pero a partir de ahí no se puede llegar a decir que impone precisamente la nulidad o que la impone en ciertos casos y, menos aún, su régimen de total ineficacia. Con ese maximalismo habría que decir que todos los actos administrativos ilegales han de ser precisamente nulos, nunca anulables, y es ésta una proposición que no se sostiene.

V. MANTENIMIENTO DE LOS CARACTERES CLÁSICOS DE LA NULIDAD SALVO EXCEPCIONES JUSTIFICADAS

Pero no se puede caer en el extremo opuesto de prescindir del concepto de nulidad de pleno derecho que ha acuñado la teoría. Si es un error mantenerlo en su totalidad, incluso en sus

(34) T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 204. Criticaba J. A. SANTAMARÍA, *La nulidad...*, p. 389, la postura de los tribunales que, frente a los caracteres de la nulidad, contestaban “con toscos lugares comunes de origen procesal”. En vez de eso, tal vez haya que decir que esos caracteres de la nulidad no siempre están justificados y que algunos de los “toscos lugares comunes de origen procesal” son esenciales para preservar valores muy dignos de protección.

(35) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *RAP*, núm. 1, 165, p. 8.

excesos, cuando han desaparecido las bases que pudieran haberlos justificado, también lo es arrumbarlo por completo³⁶. Por esa vía se ha llegado en ocasiones a una relativización tal de la nulidad que es casi una anulabilidad con sólo las diferencias menores que expresamente consagra la LAP³⁷. Lejos de ello, aunque rompamos la asimilación entre nulidad e inexistencia y por mucho que ello nos permita moderar el régimen de la nulidad, nada autoriza a inventar sobre el vacío un nuevo concepto de nulidad en el que no se tengan en cuenta nada más que las concretas prescripciones legales expresas y en el que sus diferencias con la anulabilidad queden reducidas a las que literalmente ofrecen las normas. Por el contrario, cuando la LAP habla de actos nulos de pleno derecho y de actos anulables, hay que entender que está acogiendo unos conceptos con el significado que la teoría general del Derecho les da, por lo menos con el contenido que los hace identificables como tales³⁸. Hemos reconocido antes una cierta libertad al legislador, no ya sólo para acotar los supuestos de nulidad, sino también para establecer su régimen. Ahora no negamos esa libertad. Sólo añadimos que, en tanto que ha hablado de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad, ha optado y expresado ya en gran medida ese régimen que es el que hay que entender que ha consagrado, salvo en aquellos aspectos en que lo contradiga explícita o implícitamente. Lo contrario sería, incluso, una tergiversación de la ley que, hay que pensar, ha utilizado esas dos expresiones queriendo aludir a esos conceptos de teoría general. Ciertamente es que, como se viene explicando, a la nulidad se le han adherido demasiadas cosas y que ahora habrá que prescindir de ellas sin escrúpulos si no están justificadas o no son adecuadas a nuestro Derecho. Pero sólo hay que prescindir de lo superfluo o de lo que chirría con lo que establecen las leyes, no sólo con preceptos legales inequívocos sino también con el sistema que diseñan en su conjunto, con sus valores, principios y reglas generales. Así que lo que aquí proponemos, frente a quienes mantienen radicalmente los caracteres clásicos de la nulidad y frente a los que los rechazan con igual radicalidad, es, si se me permite esta especie de retruécano, una relativa relativización de la nulidad absoluta que resulta especialmente adecuada ante causas de nulidad como la de lesión de los derechos fundamentales.

VI. EFICACIA EXTRAPROCESAL DE LOS ACTOS NULOS: OBLIGATORIEDAD Y PRESUNCIÓN DE VALIDEZ MIENTRAS SU NULIDAD NO SEA DECLARADA

De entre las características tradicionalmente atribuidas a la nulidad, la que con más frecuencia se niega por la doctrina cuando se traslada al acto administrativo es la de la ineficacia *ab initio*.

Desde luego, no es una postura unánime, porque, como hemos recordado, los autores que se sitúan en la posición más ortodoxa y extremada, admiten incluso esta característica del acto nulo.

(36) Afirma en esta línea J. JORDANO FRAGA, *Nulidad...*, p. 186: "Tan artificiosa y estéril puede resultar una tesis diferenciadora a ultranza de la nulidad y la anulabilidad como otra equiparadora absoluta".

(37) Representativa de esta orientación situada en el extremo opuesto de la teoría clásica de la nulidad y especialmente brillantes y sugerentes son las obras de M. BELADÍEZ ROJO, "Nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación", *RAP*, núm. 1, 133 (1994), y *Validez y eficacia...*, así como el estudio preliminar de A. NIETO GARCÍA en este último libro. Pero en la misma dirección se han situado otros estudios como el de J.L. VILLAR PALASÍ, "La doctrina del acto confirmatorio", *RAP*, núm. 8, pp. 48 y ss.

(38) Así lo razonan J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, pp. 385 a 387, y G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez...*, p. 96.

Pero sí es frecuente que incluso quienes en general arrancan de la concepción clásica de la nulidad, nieguen esta ineficacia *ab initio* del acto nulo. A ella se opone, según se suele explicar, la ejecutividad y el privilegio de ejecución forzosa. Creo que, antes que ello, la explicación está en la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57.1 LAP)³⁹. Esta presunción comporta el deber de Administraciones y administrados de actuar y decidir partiendo de que los actos administrativos son válidos en tanto no se destruya, esto es, en tanto no se declare su nulidad o sean anulados⁴⁰. Y esta presunción beneficia también a los actos nulos: no sólo es que el artículo 57.1 LAP la proclame sin excluirlos sino que ésa es la única solución lógica y conforme al sistema⁴¹. Además, concuerda con todos los preceptos que se ocupan de la suspensión de los actos administrativos: en la medida en que hacen alguna distinción entre los nulos y el resto de los actos [distinción que sólo aparece en el artículo 111.2.b) LAP], lo que puede deducirse es que es imprescindible una resolución judicial o administrativa acordando la suspensión y, si acaso, que si se invoca con apariencia de acierto una causa de nulidad será más fácil conseguirla, lo que más bien pone de relieve que, de no ser por esa resolución, el acto nulo produciría sus efectos⁴². Por tanto, el acto administrativo nulo produce inicialmente efectos y aunque un acto sea nulo y lo sea *ipso iure* por determinación legal y desde que se dictó, ni la Administración ni los administrados pueden apreciarlo por su cuenta y actuar en virtud de esa apreciación, salvo que así se declare, esto es, salvo que se destruya la presunción de validez.

Ante ello, parte de la doctrina tiende a decir que la nulidad es, en realidad, una anulabilidad, pues, como ésta, requiere una resolución que la pronuncie⁴³. Más moderada y acertadamente, otros autores explican que, aunque el acto administrativo sea nulo *ipso iure* no es ineficaz *ipso iure*⁴⁴, porque, si bien una resolución pronunciando tal nulidad no es necesaria para que el acto sea nulo (resolución no constitutiva), sí lo es para que sea ineficaz. Aun aceptando esta última tesis, hay que introducir una corrección que nos aproxima más a la teoría clásica: como la presunción de validez, que es el verdadero obstáculo a la ineficacia *ab initio* del acto nulo, sólo opera en el ámbito extraprocésal⁴⁵, dejamos que la ineficacia inicial y sin necesidad de reso-

(39) En esta línea, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2008, p. 547. Expresamente en contra, con argumentos que no considero suficientes, V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006, pp. 94-95.

(40) M. REBOLLO PUIG, "La presunción de validez", REDA, núm. 128 (2005), pp. 591-592.

(41) *Ibidem*, 608-609. Vid. también T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, p. 186, y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 547-548.

(42) Por otra parte, hay que tener en cuenta que han desaparecido las especialidades sobre la suspensión en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales y "aquel cuasiautomatismo que introdujo la Ley 62/1978", como explica L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, núm. 100 (1999), p. 807.

(43) A. NIETO GARCÍA en el reiteradamente citado Estudio preliminar al libro de M. BELADÍEZ, sobre todo, pp. 12 a 18.

(44) Esta distinción entre validez y eficacia luce con claridad, por ejemplo, en la exposición de T.R. FERNÁNDEZ, *La nulidad de los actos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1979, p. 23, donde distingue entre la carga de impugnar el acto anulable y la del acto nulo. En aquel caso, de la carga de impugnar depende que el acto se convierta o no en válido. En el supuesto del acto nulo, "en cambio, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia ... pero no tiene nada que ver con el problema de la validez del acto nulo, el cual sigue siéndolo..."

(45) Según he explicado en "La presunción...", pp. 620-621. D. BLANQUER CRIADO, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 240-241, dice en la misma dirección que la

lución que la declare despliegue toda su virtualidad en el ámbito procesal⁴⁶. Esto tiene consecuencias prácticas, que luego se analizarán: la posibilidad de recursos indirectos contra actos nulos y la de alegar la nulidad como excepción procesal en lo contencioso-administrativo, y la de alegarla ante otras jurisdicciones.

VII. SOMETIMIENTO DE LA NULIDAD A LAS REGLAS PROCESALES

De lo dicho se desprende que la ineficacia del acto nulo, salvo las excepciones que luego se verán, depende de que se destruya su presunción de validez, es decir, de que se declare su nulidad en una sentencia o en una resolución administrativa, tras seguir el proceso o el procedimiento administrativo correspondiente. A partir de esta afirmación, sólo hay que añadir que esos procesos y procedimientos quedan sometidos a las reglas generales necesarias para evitar indefensiones y para la garantía de bienes e intereses muy dignos de protección; por lo menos tan dignos de protección como los que tutelan las causas de nulidad, incluida la de lesión de derechos fundamentales. En este último caso se abren vías específicas y enérgicas para imponer la nulidad, tal y como el recurso contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales o el recurso de amparo⁴⁷. Pero, aun así, lo que hay que destacar es que no hay nada en la nulidad que imponga postergar o debilitar las reglas procesales y que, por el contrario, hay que sujetar la nulidad a las garantías procesales y procedimentales⁴⁸. Lo contrario, sólo se podía basar en la asimilación de la nulidad a la inexistencia y en la consecuente idea de que ésta se impone, desbocada, a cualquier regla o principio. Descartado esto, cae cualquier intento de imponer la fuerza de la nulidad por encima de las reglas procesales. Y esto, en el concreto ámbito contencioso-administrativo, se puede afirmar proclamando primeramente, en contra de la pretendida prioridad de la nulidad sobre las causas de inadmisibilidad, que la nulidad sólo se podrá declarar cuando el recurso sea admisible. Los preceptos legales son terminantes (artículos 51.1, 58, 59 y 69 LJCA), sin que se exceptúen los recursos contra actos nulos.

Y no hay ninguna razón seria para corregirlos, no, desde luego, las hay en el concepto de nulidad. Con razón lo afirma así Huergo Lora: “se puede mantener el esquema admisibilidad/fondo, descartando la apreciación de vicios de nulidad radical cuando la pretensión sea inadmisibile, y a la vez reconocer y ser consecuente con la distinción entre nulidad y anulabilidad”⁴⁹.

presunción de legalidad tiene sólo “una función legitimadora del acto administrativo en el tráfico jurídico” pero que no se proyecta en el proceso ni, en especial, sobre la carga de la prueba.

(46) Todavía cabe un intento de conciliar mejor la obligatoriedad del acto nulo con su ineficacia *ab initio*. En ese sentido he dicho en “La presunción...”, sobre todo pp. 592 y 611, que puede “seguir afirmándose que del acto nulo no nacen nunca los derechos, obligaciones, deberes y situaciones que declara y que ello es así *ab initio*...”. Lo que sucede es que, pese a ello, la presunción de validez impide a los particulares y a la Administración decidir por su cuenta que el acto es nulo y les obliga a respetarlo como si fuera válido. Por eso parece que tiene fuerza jurídica, pero no es exactamente así: el deber de respetar lo que declara el acto nulo no nace de él sino del mandato legal de presumirlo válido; el deber nace, por tanto, de la ley (del artículo 57.1 LAP), no del acto; “la existencia del acto administrativo no es nada más que el supuesto de hecho para que opere esa norma imperativa”, un supuesto de hecho que se cubre con la existencia de un acto, aunque sea nulo e ineficaz; el acto nulo no produce efectos como acto sino como realidad material que sirve de presupuesto de hecho a la presunción de validez.

(47) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la Constitución española”, en *La democracia constitucional. Estudios homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, I, pp. 365 y ss.

(48) Vid. M. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, p. 256.

(49) *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 236.

En suma, el juicio de nulidad del acto no debe anteceder al de admisibilidad del recurso. Así lo declara hoy la jurisprudencia⁵⁰ y nada cabe objetar. Esto vale sobre todo para las causas de inadmisibilidad por interposición del recurso fuera de plazo y por falta de legitimación.

VIII. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA NULIDAD Y SOMETIMIENTO DE LOS RECURSOS CONTRA ACTOS NULOS A LOS PLAZOS ORDINARIOS

No hay nada natural que obligue a que la nulidad sea imprescriptible⁵¹. De hecho, en distintos ordenamientos se señala un plazo para impugnar actos nulos⁵². Una vez pulverizada su asimilación a la inexistencia, desaparece la imprescriptibilidad como una seña de identidad consustancial e inexorable de la nulidad. Por tanto, no hay nada inconcebible ni contrario a la naturaleza en aceptar que rijan para los actos nulos los mismos plazos de recurso que en el caso de los actos simplemente anulables. Es además, hay que reconocerlo, lo que se deduce de todos los preceptos ya antes recordados sobre causas de inadmisibilidad, así como de los que establecen los plazos de recursos. También se desprende del artículo 115.1.31 LAP, según el cual una resolución deviene firme cuando pasan los plazos para recurrirla, y no hay forma ni razón para hacerle decir que eso tiene la excepción de la resolución nula: también el acto nulo deviene firme⁵³, sólo que eso no significa inatacable⁵⁴, sino sólo no susceptible de recursos ordinarios⁵⁵, lo que es diferente. La diferencia deriva de la existencia de la vía específica prevista en el artículo 102 LAP y se comprueba también por la admisión de otros tres cauces a los que nos referiremos en el siguiente epígrafe.

(50) Entre otras muchas, STS de 5 de octubre de 2002 (Ar. 909 de 2003): "... aunque en algún momento ha habido sentencias ... que han admitido la prevalencia del examen de las causas de nulidad radical frente a los motivos de inadmisibilidad (como el de la superación del plazo, que era el que había en el caso) en base a la imprescriptibilidad de aquélla, en la actualidad, como recuerda, entre las últimamente dictadas, la Sentencia de 23 de noviembre de 2001 (Ar. 996 de 2002), la más reciente y firme doctrina de esta Sala (baste citar las Sentencias de 19 de diciembre de 1997 -Ar. 519 de 1998-, 2 de diciembre de 1999 -Ar. 9270- y 15 de noviembre de 2000 -Ar. 9473-) ha establecido que la imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciadas de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el ... artículo 102 LAP cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo 'en cualquier momento'; por lo tanto, la firmeza del acto consentido, en los demás casos, cierra el paso a su impugnación si no se produjo en el plazo establecido". O la STS de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 7958): "... no corresponde al régimen de la nulidad de los actos administrativos ... (servir) de excepción a la causa de inadmisión..."

(51) Vid. M. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, pp. 281 y ss.

(52) Con razón afirma J. JORDANO FRAGA, *Nulidad...*, p. 173, que "la imprescriptibilidad de la acción de nulidad no es una característica universal, dogmática e inmutable. Ni siquiera en el ámbito del Derecho privado". Vid. también V.S. BACA ONETO, *La invalidez...*, p. 84. T. CÁNO CAMPOS, *La invalidez...*, p. 213, llega a decir que "ni la acción de nulidad ni la revisión de oficio por parte de la Administración es imprescriptible". Pero el que haya límites para proteger la buena fe o la equidad y que jueguen por el tiempo transcurrido no quiere decir que haya prescripción.

(53) Muchas veces se ha mantenido lo contrario. Así, entre otros, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 1993, p. 213, que afirma "la imposibilidad de que adquieran firmeza los actos nulos de pleno derecho".

(54) Es frecuente, sin embargo, decir lo contrario. Por ejemplo, R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudios, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 268, afirma: "El acto administrativo cuando es firme y consentido por el transcurso de los plazos de impugnación o por cualquier otra circunstancia procesal, y aunque sea nulo de pleno derecho, aparece revestido de la santidad de la cosa juzgada propia de las sentencias ya inapelables".

(55) Así, correcta y exactamente, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 548.

La nulidad en Derecho Administrativo

Por ahora basta aquí recordar que el legislador español ha optado en el artículo 102 LAP por consagrar una acción de nulidad que se puede ejercer “en cualquier momento”. Así que, en efecto, se puede y debe afirmar que en nuestro Derecho Administrativo la nulidad es imprescriptible, que el acto nulo no se convalida por el transcurso del tiempo, ni, a diferencia del anulable, resulta inatacable una vez pasados los plazos de recurso. Esto también hay que mantenerlo para aquél cuya causa de nulidad es la lesión de los derechos fundamentales. Incluso eso fue lo que más se buscó al establecer esta causa de nulidad. Pero, aceptándolo así, no hay realmente nada que impida entender, como hace el TS, que, pasados los plazos de los recursos ordinarios (y, en su caso, los del extraordinario de revisión), éstos ya no serán admisibles aunque se invoquen vicios de nulidad, incluido el de lesionar derechos fundamentales. No hay en ello nada contrario a la esencia de la nulidad. El Derecho Administrativo español, como hoy es interpretado por los Tribunales, admite la vía del artículo 102 LAP para ejercer la acción de nulidad en cualquier momento⁵⁶, pero no los recursos ordinarios, y no hay en ello nada contrario a la naturaleza ni a la esencia de la nulidad. El acto nulo será siempre nulo y atacable, pero ello dentro del marco que el legislador libremente ha establecido, que es el del artículo 102 LAP. Si acaso, se podrá discutir el acierto de esta opción, pero nada más. Esto es sólo una manifestación de la posibilidad de someter la nulidad a límites, a cauces y a las reglas procedimentales y procesales. Sólo hay que añadir que la causa de nulidad por lesionar derechos fundamentales no exige ninguna matización. Se comprueba, de un lado, al ver que también hay plazos taxativos para el recurso especial de protección de los derechos fundamentales (artículo 115 LJCA)⁵⁷ y para el de amparo (artículo 43.2 LOTC). Y, de otro, que ello no choca con la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales porque la falta de reacción en los plazos de recurso contra una concreta lesión, además de dejar abierta otras vías (la del artículo 102 LAP y otras a las que aludiremos luego), no supone pérdida del derecho fundamental en cuestión ni imposibilidad de impugnar vulneraciones futuras⁵⁸.

IX. LA INEFICACIA PROCESAL PERPETUA E *IPSO IURE* DEL ACTO NULO NO DECLARADO COMO TAL

Junto a la vía del artículo 102 LAP, cabe plantear la existencia de al menos otros tres cauces para hacer valer la ineficacia del acto nulo aunque hayan pasado los plazos para interponer contra él los recursos ordinarios. Pero es que, además, esos tres cauces, de admitirse, probarían también que, pese a la presunción de validez, la nulidad opera *ipso iure*, esto es, sin declaración formal.

Para afrontarlo hay que destacar que, como ya se recordó, la presunción de validez que beneficia al acto nulo mientras no sea declarado como tal no tiene nada más que un carácter extraprocesal y no despliega ningún efecto en los procesos ni en los procedimientos administrativos en que se invoca la nulidad, como son éstos en los que A) se alega para conseguir la nulidad de otro acto o B) como excepción procesal en la jurisdicción contencioso-administrativa o C) en otra jurisdicción.

(56) Aun así lo hacen con todas las restricciones imaginables y algunas inimaginables. Véanse, por ejemplo, las SSTs de 20 de julio y 26 de septiembre de 2005 (Ar. 9085 y 8613).

(57) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998”, REDA, núm. 100 (1999), p. 808.

(58) Vid. J. JORDANO FRAGA, *Nulidad...*, pp. 133-134 y 176.

A) La nulidad alegada en recursos indirectos contra actos

Además de la posibilidad que abre el artículo 102 LAP, la imprescriptibilidad de la nulidad, unida a su carácter *ipso iure*, puede tener otra consecuencia relevante si se admite que la nulidad de un acto que no ha sido impugnado se puede invocar como fundamento para conseguir la invalidez de otro que trae causa de aquél. Es lo que puede llamarse un recurso indirecto contra un acto nulo anterior que formalmente se presenta como un recurso contra un nuevo acto. El nuevo acto puede que se limite a reproducir o confirmar al anterior, o puede que añada algo, por ejemplo, que sea un acto de ejecución del primero o que contenga una nueva declaración pero apoyada en lo decidido en aquél (v. gr., nombra a un funcionario conforme a lo establecido en las bases de la convocatoria). La teoría clásica de la nulidad y su ineficacia radical y perpetua lleva indudablemente a admitir esta vía de impugnación indirecta en todo caso y sea cual sea el vicio de nulidad, aunque no si es de mera anulabilidad⁵⁹. Por el contrario, el artículo 28 LJCA, en su pura literalidad, lleva a una respuesta negativa tanto si el acto originario es anulable como si es nulo.

Pero, tal y como venimos sosteniendo, no hay razón para interpretar este artículo sin pasarlo por el tamiz del concepto teórico de nulidad. Además, en el peor de los casos, el artículo 28 LJCA sólo sería un obstáculo para el recurso contra actos estrictamente reproductores o confirmatorios, no para todos los demás que se apoyan en otro anterior pero que añaden algo. Ningún obstáculo insalvable permite descartar con carácter general esta vía del recurso indirecto contra actos nulos.

De la jurisprudencia, sin embargo, no se deduce una regla absoluta en este sentido. Más bien parece reacia a esta posibilidad⁶⁰. Pero justamente ha sido más proclive a admitirla, aunque con cuentagotas, ante ciertos actos nulos por lesión de derechos fundamentales. Sobre todo, lo ha afirmado ante actos resolutorios de procedimientos de selección de personal administrativo cuando las bases vulneraban el artículo 23 CE⁶¹ y ante sanciones contrarias al artículo 25 CE⁶². Lo que se ve, en suma, es una reducida admisión de esta consecuencia de la nulidad, una admisión de la que todavía no se pueden fijar con exactitud su alcance ni los vicios de nulidad capaces de superar esta criba. Es conveniente que esta jurisprudencia se consolide y perfile, especialmente ante actos nulos por lesionar derechos fundamentales. Será un paso notable en

(59) Vid. T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida...*, p. 215, y A. HUERGO LORA, "Irrecurribilidad de los actos confirmatorios y reproductores y prescripción de derechos", REDA, núm. 104 (1999), pp. 554 y ss.

(60) Es reveladora la STS de 22 de abril de 2005 (Ar. 4591) porque casa la sentencia recurrida que sí que había admitido un recurso indirecto contra un acto (concurso para venta de un solar) por considerarlo nulo. Por contra, es favorable y muy bien razonada la STS de 18 de junio de 1998 (Ar. 4515; recurso contra providencia de apremio).

(61) Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2004, pp. 140-141, y M.J. ALONSO MÁS, "La modulación del acto consentido y firme en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDA, 103 (1999), pp. 453 a 455.

(62) Son particularmente interesantes las SSTs de 29 de junio y 10 de julio de 1990 (Ar. 5434 y 5988) porque cuentan con votos particulares que precisamente se fundamentan en llevar la presunción de validez del acto no impugnado hasta el ámbito procesal de estos recursos indirectos. Vid. V. ÁLVAREZ GARCÍA, "La declaración de nulidad de los actos administrativos con ocasión de su ejecución por la vía de apremio", REDA, núm. 69 (1991), pp. 120 y ss.; M. REBOLLO PUIG, A., *La ejecución subsidiaria de los actos administrativos*, en la obra colectiva coordinada por J.M. BAÑO LEÓN y J. CLIMENT BARBERÁ, *Nuevas perspectivas del Régimen local. Estudios en homenaje al Profesor José M^o Boquera Oliver, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002*, pp. 210 a 214, y J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pp. 381-382.

La nulidad en Derecho Administrativo

la protección de éstos que no choca frontalmente con el sistema ni con ningún precepto y que parece conforme con el significado normal de la nulidad. Pero, dicho esto, también hay que reconocer que no es un paso que reclame ineludiblemente la nulidad ni la naturaleza del acto nulo y que también presenta desventajas. Por eso, también sería posible que sólo se admitiera ante determinados vicios, quizá los especialmente graves o los más evidentes.

B) La nulidad alegada como excepción procesal en el contencioso-administrativo

En la misma dirección, puede sostenerse que la nulidad de un acto no impugnado y no declarado nulo puede oponerse como excepción procesal. Así lo reclama la teoría clásica de la nulidad, según se ha explicado antes. Pero incluso sin el fundamento que le da aquélla y sin el carácter natural que le confiere, es la solución más adecuada al significado normal de la nulidad y no choca con ningún precepto ni con el sistema. Al contrario, concuerda bien con el carácter imprescriptible de la nulidad y no tropieza con la presunción de validez, que no despliega sus efectos en los procesos ni en los procedimientos en que se discute la validez de los actos⁶³. Hay que reconocer que la jurisprudencia es a este respecto insuficiente y, también, de nuevo, que la solución no se impone por la naturaleza de la nulidad ni por ningún precepto que la establezca con claridad. Simplemente parece oportuna y adecuada para los actos nulos y especialmente para los nulos por lesionar derechos fundamentales.

C) La alegación de la nulidad de actos administrativos ante otras jurisdicciones

Por último, las mismas ideas sirven para justificar la posibilidad en algunos casos de alegar ante otras jurisdicciones la nulidad de un acto administrativo –aunque hayan pasado los plazos para recurrirlo– como base para sostener las pretensiones de cualquiera de las partes. El juez, aunque no deba declarar esa nulidad, sí podrá tenerla en cuenta y partir de la ineficacia del acto nulo para decidir lo que se le haya sometido. No entro aquí en la cuestión de si puede hacerlo por sí mismo o si debe plantear una cuestión prejudicial. Lo único ahora pertinente es afirmar que esa nulidad de un acto administrativo y su ineficacia jugará ante esas jurisdicciones, aunque tal nulidad no se haya declarado y aunque hayan pasado los plazos para recurrirlo.

Si se admiten estos tres cauces de invocación de la nulidad de los actos administrativos –como en parte vienen admitiendo los tribunales y como entiendo que debe admitirse; y como se admite sin problemas para los reglamentos– se compatibilizarían perfectamente dos caracteres clásicos de la nulidad –perpetua o imprescriptible e *ipso iure* o automática– con los datos que ofrece el régimen positivo (sometimiento a plazo de los recursos contra actos nulos y presunción de validez de los actos nulos). Se evidenciarían también diferencias notables con la anulabilidad, sí sometida a plazos y necesitada de una declaración.

(63) Si acaso, admitirlo tendría el peligro de abrir una puerta para que la Administración burlara la carga que supone seguir la revisión de oficio según el procedimiento previsto en el artículo 102 LAP. Pero, además de que ello no es un impedimento infranqueable en todo caso, siempre cabría, como mínimo, admitir que la nulidad de un acto, aunque no haya sido antes declarada, la pueda alegar como excepción un codemandado. Lo he desarrollado más extensamente en “La presunción...”, pp. 629 a 633.

X. POSIBILIDAD DE RESTRINGIR LA LEGITIMACIÓN PARA INVOCAR CAUSAS DE NULIDAD ¿NULIDADES DE PLENO DERECHO RELATIVAS?

Injustificada es la idea de que no hace falta ninguna legitimación para invocar con éxito la nulidad. En realidad, la teoría clásica de la nulidad nunca llegó a ese extremo en Derecho Civil, donde siempre se ha exigido, al menos, la genérica legitimación procesal. En Derecho Administrativo sólo se ha ido más lejos cuando se aceptó sin limitación alguna que las causas de nulidad del acto impugnado deben enjuiciarse antes que todas las de inadmisibilidad del recurso.

Entonces, ni siquiera sería necesaria la legitimación procesal y, podría decirse, se convertiría la acción de nulidad en una acción popular. Pero este exceso puede considerarse desterrado⁶⁴. Ahora bien, incluso manteniendo el requisito de la legitimación procesal, se plantean problemas y disfunciones, particularmente en la causa de nulidad que nos ocupa.

Lo más adecuado al vicio de lesión de derechos fundamentales sería configurarlo como de nulidad de pleno derecho pero relativa, es decir, una nulidad con todos los demás caracteres de ésta, pero que sólo pudiera invocar el titular del derecho y, si acaso, algunas otras instituciones (Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal) designadas por el ordenamiento para la protección de estos derechos. La posibilidad de alegación por cualquiera con legitimación procesal —es decir, simplemente interesado en conseguir la nulidad— lleva a soluciones que no protegen bien a los intereses que se trata de tutelar o que incluso son contraproducentes. Piénsese en un concurso-oposición en cuyo baremo haya criterios contrarios al artículo 23 CE pero en el que, pese a ello, resulte vencedor aquél a quien esos criterios perjudicaban más. ¿Podrían impugnarlo quienes no se veían lesionados, incluso los beneficiados por el criterio inconstitucional, por el hecho de que obtendrían un provecho con la declaración de nulidad y la eventual repetición de las pruebas? ¿Podría o debería revisar de oficio la Administración el concurso? La respuesta lógica y favorable al interés protegido es negativa y, aunque esto encuentre dificultades teóricas, se pueden esquivar. Esta restricción de la legitimación en esta causa de nulidad concuerda, además, con el carácter de los derechos fundamentales que, como derechos subjetivos que son, ponen a la disponibilidad del titular la posibilidad de su ejercicio según lo consideren oportuno para sus intereses y sin que ello choque con su carácter irrenunciable. Lo explica así DÍEZ-PICAZO: aunque los derechos fundamentales son irrenunciables, distinta es la renuncia “a ejercer en un caso concreto las facultades que otorga un determinado derecho fundamental... Más claro aún es el supuesto en el que el titular del derecho no reacciona frente a una vulneración del mismo ... En definitiva, los derechos fundamentales son derechos subjetivos y éstos se caracterizan por dejar a su titular la facultad de hacer valer, cuando lo estime oportuno, la protección de los intereses protegidos por aquéllos ... Es a las personas, actuando de manera consciente y libre, a quienes debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales”⁶⁵. Pues bien, la teoría clásica de la nulidad y su asimilación a la inexistencia,

(64) M. BELADÍEZ ROJO, “Nulidad y anulabilidad...”, p. 169, y G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez...*, p. 98.

(65) L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales...*, 2ª ed. p. 142. Ciertamente es que, además de derechos subjetivos, los derechos fundamentales son valores objetivos, incluso los valores máximos del ordenamiento, de manera que también hay un interés objetivo en su protección. Pero si ello puede tener algunas consecuencias, incluso en la legitimación para su defensa (por ejemplo, reconociéndola a determinadas instituciones como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal), no puede llegar a desvirtuar su configuración como derechos subjetivos ni a imponer consecuencias contrarias, ya no a

como ya se ha explicado, cierra el paso a esta restricción de la legitimación. Pero, abandonada esa idea, es posible y conveniente admitir nulidades de pleno derecho relativas que, por tanto, sólo puede alegar aquél perjudicado por la vulneración de la norma determinante de la nulidad⁶⁶, en nuestro caso, el titular del derecho fundamental lesionado.

Pero, incluso superado este escollo, aparece en el Derecho Administrativo otro peculiar. Y es que aquí se permite alegar cualquier vicio invalidante, sea de nulidad o de anulabilidad, a cualquiera que tenga la simple legitimación procesal⁶⁷. Basta, pues, con que el sujeto que ejerce la pretensión anulatoria demuestre que su éxito le reportará una ventaja, un provecho de cualquier género (económico, competitivo, profesional, moral, de vecindad...), y ya sea directo o indirecto⁶⁸. Así, lo que en la teoría clásica era esencial a la nulidad, en Derecho Administrativo se ha extendido a la anulabilidad. Cabe decir que en Derecho Administrativo la anulabilidad es absoluta y no relativa⁶⁹. Pese a todo no creo imposible aceptar una reducción de los sujetos que pueden invocar esta causa de nulidad a aquellos que han sufrido la lesión y a los que tienen un interés en el respeto del derecho fundamental, con exclusión de cualquier otro que, aunque obtenga un beneficio con la nulidad, no lo obtendría con el respeto del derecho fundamental en cuestión. En la jurisprudencia hay muestras de restricción de legitimación cuando se observa que, de no hacerse así, se llega a resultados injustos. Ello se hace incluso ante supuestos de nulidad⁷⁰. Y con más facilidad y frecuencia cuando se trata de anulabilidad, pese a que se

la voluntad del titular, sino a su mismo interés. La idea contraria, sin embargo, está extendida y se ha manejado, incluso, como justificación de esta causa de nulidad. Se ve especialmente en J.J. LAVILLA RUVIRA, "Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos" en B. PENDÁS GARCÍA (coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, pp. 499-500. Allí, tras recordar la vieja conexión entre nulidad y vicios de orden público, insiste en que la vulneración de derechos fundamentales afecta al orden público (artículo 10.1 CE) y concluye: "La trascendencia general de los vicios de nulidad de pleno derecho determina la indisponibilidad absoluta por los específicamente afectados por el acto incurso en ellos de los instrumentos de reacción frente a éste, de forma que no cabe oponer a la apreciación de su concurrencia la eventual falta de legitimación de quien la invoca. Pues bien, respondiendo a la misma idea, la STC 11/1981, de 8 de abril, declaró ... que es 'indiscutible' la proposición jurídica según la cual 'los derechos constitucionales son irrenunciables'". Pero su argumentación no es suficiente: ni del carácter irrenunciable de los derechos fundamentales ni de su valor objetivo se deduce necesariamente esa legitimación general que, además, lleva más allá de lo que significa porque ni siquiera exige la normal legitimación procesal y parece admitir una acción popular.

(66) Superados los excesos de la teoría clásica, ya no es una idea imposible ni la cuadratura del círculo la existencia de nulidades de pleno derecho relativas. En Derecho Civil desarrolla ampliamente esta posibilidad con apoyo doctrinal y jurisprudencial, M. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, pp. 197, 230 y ss.

(67) Y la dificultad es incluso más grave en los ámbitos en que se ha establecido la acción pública porque, como he explicado en voz "Acción pública", S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, I, p. 57, puede basarse tanto en causas de nulidad como de anulabilidad.

(68) No procede extenderse aquí en ello. Deriva tanto de las normas legales sobre legitimación como del concepto amplio que hoy se da al interés legítimo. Respecto a lo primero, el artículo 107.1 LAP es explícito al decir que "podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o de anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley". También son los interesados los que pueden ejercer la acción de nulidad del artículo 102 LAP. E interesados obviamente lo son los que reúnen las condiciones del artículo 31 de la misma Ley, tanto como titulares de derechos subjetivos como de intereses legítimos. Los mismos requisitos bastan para el contencioso-administrativo (artículo 19 LJCA). Respecto al concepto amplio de interés legítimo, vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson/Civitas, Madrid, 10ª ed., 2006, II, pp. 631 y ss., L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, pp. 475-476.

(69) Lo apunté ya en "La invalidez de los contratos administrativos", F. CASTILLO BLANCO (coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Cemci, Granada, 1996, pp. 417 a 422.

(70) Por ejemplo, es esto lo que se hace, aunque con argumentación técnica cuestionable, cuando los tribunales invocan el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza para obtener beneficios para impedir que se sirva de una nulidad quien la ha provocado, como he explicado en "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 263-264 (2002), pp. 215 a 219. Otras veces, se utiliza con los mismos fines la doctrina de los actos propios o la del abuso de la nulidad. E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados*, BOE/CEPC, Madrid, 1999, pp. 247-248, suministra un ejemplo capital: supuestos de vicios de nulidad por no respetar las reglas

supone que cualquier interesado en la invalidez puede alegar estos vicios⁷¹. Siendo todo esto así, parece posible construir para la lesión de los derechos fundamentales una nulidad de pleno derecho pero relativa, no alegable por todos los que tienen legitimación procesal. De lo contrario, el régimen de nulidad resulta inadecuado para este vicio. Pero con una nulidad de pleno derecho relativa se consigue el régimen que mejor concuerda con la naturaleza de derechos subjetivos de los derechos fundamentales y con su protección, sin efectos secundarios perversos. Ya no es inconveniente la teoría clásica que partía de una inexistencia y de una ineficacia natural y obligada que se imponía a todos y todos podían invocar. Y tampoco tienen que ser un obstáculo insuperable las normas que consagran la amplia legitimación en Derecho Administrativo. Éstas permiten a cualquiera que tenga interés en la invalidez de un acto interponer recursos administrativos o contencioso-administrativos o ejercer la acción del artículo 102 LAP. Incluso podrá hacerlo la Administración autora del acto ya sea por esta última vía o por la del recurso de lesividad. A nada de ello, que permanece en el plano de la legitimación procesal, se opone lo que aquí se sugiere. Se trata de una regla adicional en cuya virtud esos legitimados, que desde luego lo son y pueden pedir la nulidad, no pueden alegar para ello cualquier causa de nulidad. Igual que, pese a lo que se establece con carácter general, no pueden invocar todas las causas de anulabilidad (arg. artículo 110.3 LAP), tampoco podrían invocar esta causa de nulidad. Naturalmente, esto no se daría ante otros vicios de nulidad, pero ello no es ningún problema una vez que se acepta que no hay nada que imponga una ineficacia total como si el acto no existiera y que cabe una cierta diversificación del régimen de la nulidad en función de las necesidades de los intereses protegidos⁷².

XI. LA APRECIACIÓN DE OFICIO NO ES CARACTERÍSTICA ESENCIAL NI EXCLUSIVA DE LOS VICIOS DE NULIDAD

Relación con lo anterior tiene la aceptación o rechazo de que el juez estime *ex officio* vicios de nulidad y falle en virtud de ello. Esta cuestión tiene implicaciones complicadas, además de que

esenciales de formación de la voluntad de un órgano colegiado que sólo podrán alegar con éxito sus miembros, pero no terceros. Todo ello prueba que siempre se han admitido excepciones a la legitimación para invocar causas de nulidad y que es lógico aunque ello sea contrario a la concepción clásica de la nulidad y a las reglas generales sobre legitimación.

(71) Por ejemplo, STS de 16 de octubre de 2002 (Ar. 8164): un recurrente alega que otro interesado no fue notificado y sufrió indefensión “lo que evidentemente no puede prosperar cuando es alegado, como aquí ocurre, por quien sí lo había sido y no está legitimado para defender derechos de otro; será el propio afectado, en su caso —contra el que también parece haberse seguido el procedimiento— quien podría alegar esa supuesta o presunta infracción”.

Igualmente, entre otras, STS de 17 de junio de 2002 (Ar. 6594), o STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2003 (Jur 113231): “La ausencia de notificación al Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio en el que está ubicado el establecimiento litigioso ... no puede ser invocada por la parte recurrente como motivo de nulidad por carecer de legitimación para ello; lo contrario daría lugar a que se permitiese su actuación en defensa de intereses ajenos...”.

(72) Además, y ya al margen de la causa de nulidad que nos ocupa, estas matizaciones podrían ser útiles para otras. Por ejemplo, para causas de invalidez originadas por la propia Administración, pues, aunque sean determinantes de nulidad, resulta muy injusto que ella las alegue y se beneficie de la consecuente ineficacia. O repárese en el caso del contratista que para desentenderse de sus obligaciones invoca su incapacidad o falta de solvencia como causas de nulidad. Ante situaciones así, los tribunales se ven obligados a echar mano de artificios estrambóticos, como el antes aludido del *nemo auditur* o como la negación de la acción de nulidad para evitar un enriquecimiento injusto de quien la ejerce. De esta última jurisprudencia me he ocupado en *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 368 y ss. Pero en muchos casos sería mucho más razonable y sencillo admitir ciertas nulidades relativas de pleno derecho.

aquí debería obligar a distinguir entre las posibilidades del juez (o de los distintos jueces según la jurisdicción) y de la misma Administración al resolver recursos administrativos. Pero será suficiente con hacer algunas consideraciones. En principio, el concepto de nulidad, despojado de adherencias y excesos infundados, no reclama inevitablemente esta facultad del juez que, por otra parte, podría colisionar con los principios dispositivos y de congruencia y causar indefensión, sobre todo cuando no estén en el proceso todos los interesados en defender la validez del acto. Además, la misma presunción de validez impone al particular la carga de alegar la nulidad⁷³. Ahora bien, pese a ello, la LJCA, en sus artículos 33.2 y 65.2, ha optado por establecer una vía por la que el juez puede someter a las partes motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición. Estos preceptos no rompen el principio dispositivo y de congruencia en la medida en que no permiten alterar las pretensiones de las partes sino sólo sus “motivos” o alegaciones.

Además, establecen unos trámites que salvan la indefensión, al menos en los casos en que todos los afectados por el acto sean partes del proceso. Por todo ello puede considerarse una opción legal admisible y, quizás, acertada. Pero, reconocido así, no deja de ser una concreta solución legal libre y no impuesta por el significado o alcance de la nulidad. Más aún, no hay razón para pensar que a estos efectos haya que distinguir entre motivos de nulidad y de anulabilidad⁷⁴. Más todavía si se mantiene que, una vez que el juez ha sugerido a las partes un nuevo motivo del recurso o la oposición, sólo lo puede emplear en su sentencia si alguna parte lo hace suyo⁷⁵. Pero incluso en el caso de que aquí distinguiéramos entre nulidad y anulabilidad y admitiéramos para la primera que el juez puede tenerla en cuenta en la sentencia incluso aunque ninguna parte asumiera su propuesta, podría justificar una singularidad a este respecto nuestra anterior sugerencia de configurar el vicio de lesión de derechos fundamentales como determinante de una nulidad de pleno derecho relativa: si se acepta que sólo la pueden invocar los titulares del derecho fundamental lesionado, resulta obligado restringir paralelamente la posibilidad de apreciación de oficio. Aun sin negar que el juez se pueda servir de los artículos 33.2 y 65.2 LJCA, habrá que entender, al menos, que no podrá acoger en la sentencia este vicio de nulidad (lo mismo que tampoco los de anulabilidad) nada más que cuando ello cuente con el consentimiento del titular. Sobre todo eso ocurrirá cuando el particular haya invocado la nulidad del acto, aunque no la concreta causa de nulidad que intuye y propone el juez. Entonces ni siquiera cambiará la *causa petendi* sino sólo la motivación jurídica, lo que entra de lleno en el *iura novit curia*. A este límite a la introducción de oficio de causas de nulidad no se opone ningún supuesto carácter

(73) M. REBOLLO PUIG, “La presunción...”, pp. 618-619.

(74) O sea, que no hay razón para decir que el juez sólo pueda someter a las partes “motivos” de nulidad y no de anulabilidad; o para entender que está obligado a hacerlo cuando aprecie posibles vicios de nulidad pero no de anulabilidad; o que los motivos de nulidad los puede utilizar en la sentencia sin haber seguido esta vía; tampoco hay argumentos para concluir que el juez o tribunal quede vinculado por lo que las partes digan en el trámite del artículo 33.2 si se trata de vicio de anulabilidad, pero no si es de nulidad. M. BELADÍEZ ROJO, “La nulidad...”, p. 169, y G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez...*, p. 98, no hacen distinciones entre los dos grados de invalidez. Si las hace V.S. BACA ONETO, *La invalidez...*, pp. 85-86, que cita alguna STS de la que, sin embargo, no me parece que se deduzca inequívocamente. Además, hay indudablemente casos de anulabilidad que los tribunales están dispuestos a apreciar de oficio. El ejemplo más claro es el de las sanciones impuestas cuando ya había prescrito la infracción: siempre se admite la estimación de oficio de ese vicio (por ejemplo, SSTs de 8 y 24 de marzo de 2000, Ar. 967 y 1565) y, sin embargo, nadie ha dicho que se trate de un vicio de nulidad.

(75) Esta interpretación es la admitida por la Sala 21 del TS en relación con el equivalente artículo 733 LECrim: es requisito para que el juez pueda condenar por el motivo por él propuesto que alguna parte acusadora lo asuma. Vid., aunque críticamente, F. CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 115 y ss. Si esto se acepta para estos artículos de la LJCA sólo supondrían una posibilidad de *mutatio libelli* sugerida por el juez.

natural de la nulidad y es lo más adecuado a la protección de los intereses que se trata de tutelar y a las garantías procesales. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, incluso aunque el juez declarase la nulidad de oficio, no siempre podría hacer lo mismo respecto a todas las consecuencias de su ineficacia. Esas consecuencias forman parte de las pretensiones para restablecer una situación jurídica individualizada (artículo 31.2 LJCA) y sólo las puede declarar la sentencia si se han pedido [artículo 71.1.b) LJCA]. Así que aunque se pudiera apreciar de oficio la nulidad, no podría declararse de oficio ninguna concreta consecuencia de ella⁷⁶.

Todavía hay que añadir un dato que pone en solfa la apreciación de oficio de los vicios de nulidad. El TS mantiene que en el contencioso-administrativo seguido contra una desestimación presunta de la petición de nulidad del artículo 102 LAP el tribunal no puede declarar ni apreciar la nulidad sino sólo condenar a la Administración a que tramite ese procedimiento. Afirma, incluso, que se trata de un supuesto en que la falta de procedimiento –sobre todo, la del dictamen del Consejo de Estado– impide contar con los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre el fondo⁷⁷. ¿Habrá demostración más extrema de que el TS no considera que las causas de nulidad sean evidentes? Y, por lo que ahora nos ocupa, no puede quedar más claro que los tribunales no se reconocen ni siquiera la posibilidad de apreciar la nulidad en casos en que se les pide, mucho menos, parece, de apreciarla de oficio. Creo que esta jurisprudencia debe corregirse.

Pero, sin entrar en ello, es obvio que niega los caracteres más drásticos de la nulidad y su apreciación de oficio.

XII. EL SOMETIMIENTO DE LA NULIDAD A LOS LÍMITES PROPIOS DEL CONTENCIOSO ENTRE ADMINISTRACIONES

Por otra parte, la aplicación radical de la teoría clásica de la nulidad haría saltar todos los límites de la impugnación de actos administrativos por una Administración distinta de la autora del acto nulo, esto es, los límites del llamado contencioso interadministrativo, que son necesarios para ordenar las relaciones entre Administraciones y para preservar la autonomía. Obligaría a aceptar que, por ejemplo, una Administración autonómica pueda impugnar los actos nulos de las demás, incluso más allá de lo previsto en los artículos 19 LJCA y 65 a 67 LRRL. Podría ejercer la acción de nulidad del artículo 102 LAP contra un acto local nulo, en vez de seguir las vías establecidas en la LRRL, y después, tras la desestimación administrativa, por medio de un recurso contencioso-administrativo.

Se evaporarían así las reglas específicas para impugnar actos de otras Administraciones, las específicas sobre los plazos para estas impugnaciones y las relativas a los concretos cauces que

(76) Aunque no desarrollemos si otras jurisdicciones pueden apreciar *ex officio* la nulidad de un acto administrativo, permítasenos dos apuntes: 1*) Salvo en algunos procesos, no creo que el juez civil, dados sus limitados poderes y la función de su jurisdicción, pueda apreciar de oficio la nulidad de un acto administrativo, aunque de ello dependa su fallo. Ni siquiera en Alemania se admite sino que se exige que alguna parte la haya alegado. Vid. J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, p. 293, nota. 2*) Distinta es la situación del juez penal que, en la medida en que de la nulidad de un acto administrativo dependa que se pueda imponer la pena, sí puede introducir de oficio este elemento: no debe declararla, sino sólo apreciarla a los efectos de las normas penales que deba aplicar.

(77) Por todas, y entre otras muchas, STS de 18 de marzo de 2004 (Ar. 3609 de 2005).

han de seguirse. En su lugar, si, por centrarnos en lo que aquí nos ocupa, se tratase de un acto local lesivo de derechos fundamentales, podría el Estado o la Comunidad Autónoma impugnar el acto local en todo momento conforme al artículo 102 LAP.Y si después el asunto llega a la jurisdicción contencioso-administrativa, el juez tendría que estimar tal nulidad, incluso declarar de oficio otra causa de nulidad que estimase concurrente. Con los dogmas clásicos, no habría más remedio. Pero, afortunadamente, el TS viene rechazando esa posibilidad y somete la nulidad a las reglas procesales que, en este caso, son, incluso, trasunto de la autonomía⁷⁸. Esta jurisprudencia es correcta y prueba, una vez más, que la nulidad no es la inexistencia ni la falta total de eficacia sino sólo un régimen de ineficacia moldeable conforme a diversas exigencias, un régimen que también queda constreñido a las reglas procesales y que, como se acaba de ver, no puede invocar cualquiera en cualquier momento y por cualquier vía. Menos aún podría el juez apreciar de oficio nulidades ajenas a la función propia de este contencioso interadministrativo.

XIII. EL POSIBLE MANTENIMIENTO DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS NULOS

Aclaremos ya que la nulidad y la anulabilidad tienden por igual a la destrucción de los efectos que se hayan producido antes de la declaración de nulidad o anulación. Parte de la doctrina, sin embargo, detecta y ensalza excepciones que le llevan a devaluar la ineficacia y a desmitificar el concepto y alcance de la nulidad⁷⁹. Pero la mayoría de las supuestas excepciones no lo son y no desmienten la ineficacia del acto nulo –ni la del anulable– porque se explican mejor de otra forma. Lo que sucede es que el ordenamiento valora los puros y desnudos hechos producidos y a ellos –no al acto inválido que los generó– atribuye unos efectos que materialmente pueden ser similares, o hasta idénticos, a los que habría producido el acto de haber sido válido⁸⁰.

(78) Entre otras, STS de 25 de marzo de 1992 (Ar. 3391): después de explicar que la Comunidad Autónoma impugnó fuera de los plazos del artículo 65 IRBRL un acuerdo municipal, declara inadmisibile el recurso y aclara que así es aun “en el caso de entablarse un recurso jurisdiccional en que se accione con base en la nulidad de pleno derecho, ya tras la utilización de la acción prevista en el referido artículo 109 (de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, equivalente al artículo 102 LAP) con resultado negativo, o ya directamente...”. También es muy ilustrativa la STS de 3 de octubre de 2001 (Ar. 8588): la Generalidad recurría un acto local y, al comprobar que se habían superado los plazos del artículo 65 IRBRL, trató de replantear su pretensión anulatoria con invocación de los artículos 102 LAP. La sentencia declaró la inadmisibilidad del recurso. Pero más ilustrativo para nuestro propósito es el voto particular que refuerza la inadmisión con estos argumentos: “... no son de aplicación al caso los citados artículos 102 y 103 LAP. Nos encontramos ante un proceso contencioso entre dos Administraciones públicas que tienen constitucional y legalmente diseñado un marco complejo y acabado de relaciones y controles recíprocos. La Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se ha hecho eco de la evolución del proceso contencioso-administrativo como nueva sede que enjuicia conflictos entre distintas Administraciones públicas. Esta evolución exige prestar atención a la posición constitucional de cada una de ellas, al no ser aplicables, pura y simplemente, las normas del proceso tradicional ... Es necesario concluir en la imposibilidad de considerar ‘interesados’ a efectos de los artículos 102 y 103 LAP (en su redacción de 1992) a una Comunidad Autónoma que ha sido notificada en tiempo y forma del acto de una entidad pese a que el mismo infrinja gravemente –a su entender– el ordenamiento jurídico ... Evidentes exigencias de autonomía local obligan a concluir que la Comunidad Autónoma sólo puede ... impugnar un acto supuestamente ilegal al amparo de los medios que arbitra en su favor la Ley 7/1985...”. Esta jurisprudencia, además, cuenta con el aval y el refuerzo de la mejor doctrina; vid. E. CARBONELL PORRAS, en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, coordinados por M. IZQUIERDO CARRASCO y dirigidos por mí, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 1568, nota.

(79) O incluso a decir que actos con vicios de nulidad son válidos. Vid. BELADÍEZ ROJO, *Validez...*, pp. 64 y ss. Vid. T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, pp. 194 y ss. donde analiza supuestos de mantenimiento de efectos de actos declarados inválidos.

(80) Así es como se explica, por ejemplo, el aparente mantenimiento de expropiaciones nulas cuando sobre los bienes objeto del despojo se han construido obras públicas. Así lo demuestran las SSTS de 27 de enero de 1996 (Ar. 1689), 27 de noviembre y 27 de diciembre de 1999 (Ar. 1378 y 897 de 2000). También se explica la continuidad del contrato

Así, muchos principios e intereses valiosos pueden tener su lugar y quedar salvaguardados sin perjudicar el significado normal de la nulidad ni restringir su consecuente ineficacia *ex tunc*. Es más, pueden quedar mejor protegidos declarando la nulidad y la ineficacia del acto viciado que manteniéndolo⁸¹.

Ahora bien, aun con la precisión anterior, que deja incólume la ineficacia propia del acto nulo frente a posturas que apresuradamente están dispuestas a relativizar su significado, hay que reconocer que hay supuestos de eficacia que no pueden explicarse así. Por lo pronto, conviene recordar que el TS mantiene los actos firmes dictados en virtud de reglamentos declarados nulos y ello tras reconocer que esto es contrario al significado normal de la nulidad pero que deriva de exigencias de seguridad jurídica⁸². Sin desarrollarlo, basta para nuestro objetivo reconocer ese dato y concluir que queda claro que se ha establecido una nulidad sin consecuencias *ex tunc* y, aunque esta jurisprudencia no nos parece la más acertada ni justificada en el artículo 73 LJCA, no hay realmente oposición a una característica natural de la nulidad que no pueda moderarse. Aun más interés para nuestro propósito tiene el dato bien conocido de que el TC declara nulidades con plena subsistencia de los efectos⁸³. Y ello lo hace no sólo en recursos de inconstitucionalidad o en conflictos de competencias, sino también en recursos de amparo, para lo que se sirve del artículo 55.1.a) LOTC y de principios como la buena fe o la seguridad jurídica, con lo que demuestra que hasta la vulneración de derechos fundamentales consiente un cierto mantenimiento de los efectos producidos. Ante ello, JORDANO dice que el TC no

nulo prevista en el artículo 65.3 LCAP que, como dije en *La invalidez de los contratos...*, p. 436, no implica ni una excepción a la declaración de nulidad ni a la ineficacia del contrato nulo, sino que se basará en un acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad reconocida en ese precepto. También se justifican así algunos supuestos de imposibilidad de ejecutar sentencias anulatorias, el pago de prestaciones *solvendi causa* de actos o contratos nulos ... Todos estos y otros supuestos se explican perfectamente como efectos de los hechos unidos a los principios de continuidad de los servicios públicos, de protección de la confianza, de prohibición del enriquecimiento injusto, etc. No se trata de que no se declare la nulidad o de que, declarada, no origine la ineficacia del acto. Se puede y se debe declarar la nulidad y la ineficacia del acto, como exige la teoría. Y, después, al margen de ello, buscar soluciones a las situaciones creadas. En este sentido V.S. BACA ONETO, *La invalidez...*, p. 41. La diferencia es importante y con consecuencias prácticas de primer orden porque esta otra explicación, además de ser la teóricamente correcta, permite soluciones mucho más justas. Por ejemplo, permite que la indemnización por la pérdida de una propiedad debida a una expropiación nula sea distinta y superior al justiprecio (el 25% más, según la jurisprudencia reciente) o que la indemnización por unas prestaciones *solvendi causa* de un acto o contrato nulo no sea igual al precio previsto en aquél sino superior o inferior según una valoración en que se tendrán en cuenta diferentes criterios, etc. También permite conciliar nuestro Derecho con las Directivas sobre contratación que exigen que ciertos contratos sean anulados, pero que permiten que la consecuencia de la nulidad sea sólo indemnizatoria, sobre lo que no procede extenderse aquí.

(81) Por esta vía, incluso en casos de nulidad, ya puede jugar, entre otros, el principio de protección de la confianza, como aceptan, en contra de la doctrina alemana antes recordada, BOCANEGRA y GARCÍA LUENGO, aunque razonan que hay más posibilidades de que el ordenamiento admita la protección de la confianza legítima contra el acto anulable que contra el nulo, pero ello sólo por el hecho de que el carácter evidente de los vicios de nulidad deja menos margen a una confianza merecedora de protección. Vid. R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, pp. 196-197; J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, pp. 305 y ss.; y también de este último *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 283-284. Dado que en nuestro Derecho Administrativo la nulidad se da sin evidencia, cabe, en efecto, admitir un amplio campo a la protección de la confianza ante actos nulos de pleno Derecho, como explica V.S. BACA ONETO, *La invalidez...*, p. 338. Además, conviene destacar que para BOCANEGRA y GARCÍA LUENGO nunca se trata de mantener los efectos del acto nulo sino, en línea con lo hasta ahora razonado, de admitir ciertos efectos de los hechos que hayan podido producirse para su cumplimiento o ejecución. Lo explica GARCÍA LUENGO, *La nulidad...*, p. 310: "Debe, no obstante, aclararse que ello no significa reconocer efectos jurídicos a un acto nulo, sino establecer una excepción ... en orden a la eliminación de los efectos fácticos que la apariencia de validez del acto pudiera haber generado".

(82) Entre otras muchas, es suficientemente esclarecedora la STS de 22 de diciembre de 2003 (Ar. 3450 de 2005).

(83) Vid. R. ALONSO GARCÍA, "El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias", *RAP*, núm. 119 (1989), pp. 255 y ss.

“utiliza la expresión nulidad en sentido propio”, que, en el fondo, lo que el TC consagra es una “anulabilidad trapea” y critica esta jurisprudencia constitucional preguntándose: “¿Pero no son nulos los actos administrativos que lesionen derechos fundamentales? Evidentemente no para el TC...”⁸⁴. Pero me parece que lo que se debe concluir es que la nulidad no comporta siempre, natural e indefectiblemente la destrucción *ex tunc* de los efectos producidos, que eso es sólo una virtualidad potencial, una tendencia, que no hay nada que impida moderar esa consecuencia normal ante otros principios y necesidades. Y, sobre todo, que ni siquiera en el caso de actos lesivos de derechos fundamentales la destrucción total de todos los efectos producidos es una consecuencia insoslayable ante la que deban sucumbir cualquier principio o necesidad jurídica. Hoy por hoy, sólo es así para las sanciones (artículos 40.1 LOTC y 73 LJCA), pero eso sólo demuestra, una vez más, que la nulidad no es siempre igual ni siempre arrastra igual régimen de ineficacia.

Pero aún hay más. Capital es el artículo 106 LAP que, entre otras cosas, es, desde luego, un límite a la vía del artículo 102 LAP y, por tanto, a la nulidad, tanto instada por la propia Administración como por un particular⁸⁵. En su virtud, puede haber actos con vicio de nulidad de pleno derecho cuyos efectos se mantienen. Éstos ya no se pueden explicar como efectos de ciertos hechos que sirvan como presupuesto para que, por mor de otras reglas, se consoliden. Serán los efectos del acto con vicios de nulidad que, pese a ello, se comportará como válido porque así lo quiere el ordenamiento para proteger otros valores que, en el caso, considera prioritarios sobre aquellos que tutela la nulidad, incluidos los derechos fundamentales ante los que el artículo 106 LAP no se detiene. Es una prueba irrefutable de que el acto nulo de pleno derecho no es un acto que, por sus caracteres intrínsecos, no pueda producir efectos, de que la nulidad no se impone natural e irremisiblemente a cualquier otro principio o valor. Ante este artículo no puede dejar de reconocerse que la nulidad se domestica, y el dogma de su ineficacia absoluta cae. Se podrá decir que este artículo 106 LAP ha de “administrarse con enorme prudencia”⁸⁶. No importa. Su misma existencia es suficiente para probar la relativización de la nulidad y de la omnipotente fuerza destructiva de su ineficacia⁸⁷.

(84) J. JORDANO FRAGA, *Nulidad...*, pp. 220 a 223, *passim*.

(85) Cabe incluso sostener, y el TS lo ha aplicado [son reveladoras las SSTs de 4 de febrero de 1993 (Ar. 782) y 27 de octubre de 2000 (Ar. 9001)], que este límite a la nulidad no puede quedar circunscrito a la vía del artículo 102 LAP, sino que también puede aplicarse cuando la nulidad se alega en vía de recurso. Lo he defendido en *El enriquecimiento injusto...*, pp. 395-396. Vid., también, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 65, 69-70, 73, 86 y 116; V.S. BACA ONETO, *La invalidez...*, pp. 316 a 319, y F. CASTILLO BLANCO, *La protección de la confianza...*, p. 281. Ciertamente operará con mayor dificultad ante recursos interpuestos por terceros en los breves plazos en que son posibles. Vid. en este sentido J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección...*, p. 347. Pero, aun así, como mínimo sí que cabe extender sin dificultad su virtualidad, además de en la vía del artículo 102 LAP, ante recursos indirectos contra actos nulos o cuando la nulidad de un acto se invoque como excepción procesal.

(86) J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, p. 407.

(87) Nos es suficiente lo explicado para nuestro actual objetivo. Pero hemos dejado abierta una cuestión de enjundia para configurar la nulidad y que aquí no cabe desarrollar. El artículo 106 LAP puede ser interpretado y aplicado de dos formas. Una primera, según la cual el acto con vicios de nulidad pero beneficiado por el artículo 106 LAP no debe ser declarado nulo. Si esto se acepta cae una idea considerada normalmente fundamental porque entonces habrá que afirmar que acto con vicios de nulidad no es necesariamente igual a acto nulo: puede que acabe siendo nulo y puede que no, si se imponen los límites del artículo 106 LAP. Incluso cabría matizar la idea de la nulidad *ipso iure* y que las resoluciones que pronuncian la nulidad son meramente declarativas, y no constitutivas. Una segunda interpretación es la que considera que el acto con vicios de nulidad es nulo incluso aunque sea de aplicación el artículo 106 LAP, y que lo que éste supone es sólo el mantenimiento de sus efectos, incluso sólo de sus efectos ya producidos de hecho; o sea, que el artículo 106 significaría tan sólo una excepción al carácter *ex tunc* de la ineficacia normalmente propia de la nulidad. En esta dirección, V.S. BACA ONETO, *La invalidez...*, pp. 339-340, que, pese a ello, acaba por aceptar que en algunos casos el artículo 106 LAP sí que impediría la declaración de nulidad. También L. CONSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 376-377.

XIV. LA NULIDAD NO SIEMPRE COMPORTA UNA VÍA DE HECHO

Como vimos, la teoría clásica de la nulidad del acto administrativo tiende a identificarla con la vía de hecho e, incluso al margen de sus postulados, muchos autores deslizan esa idea. Con independencia de que tal identificación esté justificada en otros ordenamientos y de que acaso lo haya estado en algún momento en el nuestro, no lo está hoy. Sigue habiendo cierta conexión entre vía de hecho y nulidad⁸⁸, pero no cabe su identificación. Lo que ahora hay que decir es que el ámbito de la vía de hecho y el de la nulidad forman dos círculos secantes con sólo cierta intersección. Además de que hay vías de hecho sin ningún acto administrativo o con actos administrativos perfectamente válidos (válidos pero ineficaces, por ejemplo, por no haber sido notificados⁸⁹, o válidos pero ejecutados ilegalmente), no toda ejecución de actos administrativos nulos da lugar a una vía de hecho⁹⁰. En concreto, por lo que aquí nos ocupa, los actos administrativos nulos por lesionar derechos fundamentales no dan lugar ni comportan necesaria ni normalmente vías de hecho. En la base de la frecuente identificación entre vía de hecho y nulidad estaba, como siempre, la asimilación de la nulidad a la inexistencia: como la vía de hecho es la actuación material de la Administración sin ninguna cobertura jurídica y como el acto nulo es jurídicamente inexistente y no tiene ninguna eficacia, la ejecución del acto nulo es una vía de hecho. El silogismo es perfecto. Pero una de las premisas ya no puede ser aceptada con carácter general: no es verdad que todos los actos nulos puedan considerarse jurídicamente inexistentes y, menos aún, carentes *ab initio* de todo efecto; por tanto, con normalidad ofrecen, al menos, en principio, un fundamento jurídico suficiente para la actuación material que, en consecuencia, no podrá ser considerada vía de hecho. Por lo demás, esto es lo adecuado al concepto tradicional de vía de hecho. Siempre ha estado relacionado con sólo una parte de los vicios que ahora se consideran determinantes de nulidad: la incompetencia manifiesta y la falta total y absoluta de procedimiento. Y es también a ellos a los que indudablemente se refiere el artículo 101 LAP. Lo confirma el artículo 51.3.11 LJCA que prevé la inadmisión de los recursos contra vía de hecho “si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento...”. Por ello, con razón LÓPEZ MENUENDO circunscribe la vía de hecho sólo a los casos de nulidad de las letras b) y e) del artículo 62 LAP⁹¹. Los demás actos nulos no dan lugar a una vía de hecho. En especial, la ejecución de los actos lesivos de derechos fundamentales no se pueden combatir, por ese solo dato y por su nulidad, como vía de hecho⁹². Sería además de lo más inconveniente

(88) Vid. J.L. BURLADA ECHEVESTE, *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, IVAP, Oñati, 2004, pp. 323 a 236.

(89) F. LÓPEZ MENUENDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas/Universidad de Córdoba, Madrid, 1988, pp. 201 y ss.

(90) Nos referimos a los actos con vicios de nulidad pero no declarados ya nulos. Si de la ejecución de un acto ya declarado nulo se tratara (igual que cuando se pretendiera ejecutar un acto anulable ya anulado), sí habría vía de hecho. Lo mismo si estuviera suspendido. Vid. J.L. BURLADA ECHEVESTE, *Las garantías...*, pp. 120 a 125.

(91) Comentario al artículo 30 en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998”, REDA, núm. 100 (1999), pp. 317-318.

(92) No parece necesario extenderse en aclarar que a ello no se opone el que el artículo 41.3 de la LOTC permita el recurso de amparo frente a las violaciones de derechos fundamentales originadas por simple vía de hecho. Ni que el artículo 114 LJCA también permita atacar vías de hecho. Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998”, REDA, núm. 100 (1999), pp. 808-809. Claro que eso es posible. Pero también es claro que ello sólo significa que pueden ser objeto de este recurso las actuaciones materiales carentes de toda cobertura jurídica que vulneren derechos fundamentales, no que toda vulneración de derechos fundamentales sea vía de hecho.

y perturbador. Así que llegamos a la conclusión en este punto de que no todos los actos nulos tienen idéntico régimen: hay actos nulos que comportan vía de hecho y frente a los cuales están abiertos los cauces de reacción previstos para ello; y hay otros actos –entre ellos, los que vulneran derechos fundamentales– que, aun siendo también nulos, no pueden asimilarse a la vía de hecho ni podrán ser combatidos con los instrumentos establecidos para tal hipótesis. Ya se ve, otra vez, que la nulidad no es siempre la misma, no es siempre de igual intensidad.

XV. ¿ES POSIBLE LA CONVALIDACIÓN DE ACTOS NULOS?

A) La convalidación legislativa

La teoría clásica de la nulidad también niega, como se recordó, toda posibilidad de convalidación del acto nulo. Hasta se niega, dijimos, la posibilidad de convalidaciones legislativas. Incluso cuando se acepta, se intenta compatibilizar esta posibilidad con la ineficacia jurídica total del acto nulo. Se ve esto con claridad en la exposición de BOIX PALOP. Aunque finalmente admite la “posibilidad de convalidar (por ley) lo jurídicamente tenido por nunca existido”, lo hace con argumentos complementarios, que salvan esa inexistencia: “Es imposible dar validez a algo que nunca existió”, dice, pero la ley de convalidación realmente se limita a asumir como contenido propio el contenido de aquel acto que simplemente toma como “referencia ... fáctica, ya que no jurídica”. Así, admite la convalidación legislativa con la sola excepción de que el acto ni siquiera exista como realidad fáctica⁹³. Pero ahora, con el presupuesto que ya hemos sentado, podemos ir más lejos y sin tantos rodeos: si es falso que lo nulo sea jurídicamente inexistente, si no hay ninguna razón natural para que su ineficacia sea total y completa, entonces no hay razón para negar una verdadera y propia convalidación legislativa de actos nulos y sus efectos. El que sea posible dependerá del vicio de cada acto y de los límites constitucionales a las leyes de convalidación. Y eso llevará a que haya muchos actos administrativos incurridos en diversas causas de nulidad que sí puedan ser objeto de esta convalidación, pero llevará a que haya otros que no puedan serlo, bien porque sean realmente inexistentes, bien porque tengan vicios que ni la ley pueda superar. En concreto, los actos nulos por lesionar derechos fundamentales muchas veces no podrán ser convalidados legislativamente porque la ley convalidante sería también contraria al derecho fundamental en cuestión y, por tanto, inconstitucional. Aun así, no cabe descartar que en algún caso, si la violación del derecho fundamental se debía a la falta de una ley, esta causa de nulidad podría ser convalidada legislativamente. Sin necesidad de desarrollar esto, lo que nos importa es destacar que no hay razones para negar la convalidación legal de actos nulos de pleno derecho y que, incluso dentro de ellos, habrá que hacer distinciones. Por tanto, la nulidad tampoco supone un régimen unitario a este respecto: no sólo hay que distinguir entre inexistencia –siquiera sea la material o fáctica– y nulidad; sino también entre diferentes supuestos de nulidad.

B) La convalidación por subsanación administrativa

Pero cuando se niega la posibilidad de convalidación del acto nulo lo que sobre todo se quiere excluir es la subsanación administrativa. No obstante, hay autores que la aceptan⁹⁴. La tesis de

(93) A. BOIX PALOP, *Las convalidaciones...*, pp. 217 a 222.

(94) J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, pp. 180 y ss.; J.M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 375; C. CHINCHILLA, “Nulidad y anulabilidad” en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva*

BELADÍEZ es representativa de esta línea. Ha defendido que cabe la convalidación si el defecto puede ser corregido o rectificado, al margen de que sea de nulidad o de anulabilidad: también algunos actos nulos pueden ser objeto de esta subsanación; mientras que, por el contrario, hay vicios de anulabilidad que no pueden serlo⁹⁵. Esta segunda parte es sin duda cierta y sirve para poner de relieve que tampoco aquí estamos ante una diferencia substancial. Pero lo que parece muy difícil admitir es que en nuestro Derecho los actos administrativos nulos sean subsanables.

Ello topa con el artículo 67 LAP: en su apartado 1 refiere la convalidación por subsanación sólo a los actos anulables; y en su apartado 3 al vicio de incompetencia “no determinante de nulidad”. Aunque es cierto que no hace una exclusión expresa de toda posibilidad de convalidación de actos nulos, es lo más razonable entender que ello es lo que consagra y así es interpretado por la mayoría de la doctrina y por los tribunales. Pero, aun reconociéndolo, lo que aquí importa es afirmar que si la convalidación está excluida para los actos nulos no es porque así tenga que ser, porque así se desprenda de la naturaleza de la nulidad, sino por una determinación legal⁹⁶ de acierto discutible. La nulidad, hemos reiterado, es un régimen de ineficacia relativamente moldeable y no habría ningún inconveniente teórico a que algunos vicios de nulidad pudieran ser convalidados por subsanación con lo cual el ordenamiento y los intereses que protege quedarían satisfechos, puesto que, tras tal subsanación, ya no quedan vicios en el acto convalidado. Ahora bien, incluso en ese terreno *de lege ferenda* y sin perjuicio de reconocer que pudiera ser oportuno admitir la subsanación de algunos vicios de nulidad, su campo habría de ser muy reducido en cuanto a los lesivos de derechos fundamentales. La misma BELADÍEZ reconoce que cuando el vicio consiste en alguna determinación contraria al ordenamiento no cabe la subsanación; la subsanación sólo cabe cuando la declaración en sí misma considerada es correcta⁹⁷. Por eso, este vicio sería rara vez subsanable, aunque fuera de anulabilidad, porque si un acto hace determinaciones contrarias a un derecho fundamental no habría más forma de adecuarlo al ordenamiento que cambiándolas y eso, claro está, no es una subsanación sino un nuevo acto de contenido diferente.

Pese a todo lo anterior, sí que puede reconocerse en nuestro actual Derecho un cierto ámbito a la subsanación de actos nulos, aunque sea una subsanación convalidadora *sui generis*. Y se da exactamente en actos nulos por lesión de derechos fundamentales. Nos referimos a los actos sancionadores que vulneren los derechos del artículo 24.1 CE. De hecho, esto ya lo admite la jurisprudencia. Ahora, como ya declaran terminantemente las SSTC 59/2004, de 19 de abril, y 126/2005, de 23 de mayo, se rechaza que los defectos del procedimiento sancionador que hayan constituido vulneración de los derechos del artículo 24 CE se puedan “subsanan” —ésa es precisamente la expresión que se utiliza⁹⁸— en el posterior contencioso-administrativo. Pero sí se admite, y es esto lo que ahora nos interesa, esa misma “subsanción” en vía administrativa,

Lej de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 212-213, y V.S. BACA ONETO, *La invalidez...*, pp. 81 y ss.

(95) M. BELADÍEZ ROJO, *Validez...*, pp. 242 y ss.

(96) Así lo explica certeramente T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, p. 214.

(97) M. BELADÍEZ ROJO, *Validez...*, pp. 202 y 221.

(98) Así, se lee en la STC 59/2004 que “el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador”.

particularmente por la interposición y tramitación del recurso administrativo que corresponda: por ejemplo, la vulneración del derecho a la prueba o del derecho a conocer la acusación, la indefensión por no haberse dado traslado de la propuesta de resolución, etc., pueden quedar “subsanadas” por las posibilidades concedidas en el recurso administrativo. La STC 59/2004 justamente aceptó tal subsanación en la tramitación de un recurso de alzada⁹⁹. Y esto concuerda con el resto de la argumentación pues la negación de subsanación en el contencioso-administrativo se basa en que no son los jueces los que sancionan, sino la Administración, y es ésta la que debe haber respetado los derechos del artículo 24 CE. Sea como fuere, lo cierto es que, siendo así, existe un acto nulo (la resolución del procedimiento sancionador) por lesión de derechos fundamentales (los del artículo 24 CE); y, sin embargo, se produce una subsanación por actuaciones posteriores en vía administrativa que convierte en válido a aquel acto nulo, sin cambiar ni un ápice su contenido y manteniendo sus efectos desde que se dictó. Basta esto para reconocer que también se admite en nuestro Derecho una cierta convalidación de actos nulos por lesión de derechos fundamentales. Podrá dudarse si se trata de la genuina subsanación, pero sí es seguro que hay una convalidación porque lo nulo se ha convertido en válido. Y esto es suficiente para reconocer que no existe una imposibilidad natural o institucional de convalidación de lo nulo ni siquiera en el caso de la nulidad por lesión de derechos fundamentales.

C) Renuncia a la acción de nulidad

La imposibilidad de convalidación del acto nulo la ha negado PASQUAU desde un frente distinto.

Se trata, no de subsanar el acto, que seguirá teniendo el mismo vicio, sino de una convalidación por medio de una renuncia a la nulidad o a la acción de nulidad o, mejor, al beneficio que la ineficacia propia de la nulidad reportaría al renunciante: seguirá habiendo causa de nulidad, pero, a pesar de ella, el acto desplegará efectos como si fuera válido¹⁰⁰. Con esa perspectiva, analiza las condiciones en que puede producirse tal renuncia a la acción de nulidad –las establecidas en el artículo 6.2 CC– hasta concluir que en ciertos supuestos es posible y lícita, pero afectará sólo a quien la hace y sólo para él desactiva la nulidad¹⁰¹. Dentro de esos límites, vinculará también al juez. No creo que esta renuncia pueda considerarse una convalidación, máxime dado que otro legitimado distinto del renunciante podría imponer con éxito la nulidad que todavía aqueja al acto. Pero, como mínimo, este planteamiento sirve también para poner en tela de juicio muchos de los caracteres supuestamente naturales de la nulidad. Y lo

(99) La jurisprudencia ordinaria se acomoda ya a esta doctrina del TC. Incluso en alguna sentencia la anticipó en todos sus elementos el TS. Es destacable la de 22 de febrero de 1990 (Ar. 774) en la que también se mantiene que la subsanación sería posible en vía administrativa. Es muy reveladora la evolución en el disciplinario militar que se refleja en la STS de 20 de febrero de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 1560. Da noticia del cambio de jurisprudencia acordado en el Pleno no jurisdiccional de 14 de febrero de 2006. Hasta este momento, la doctrina de la Sala era la de “la indefensión material del expedientado en contraposición a la indefensión meramente formal, concluyendo en consecuencia que era posible subsanar las infracciones cometidas en expediente disciplinario en el posterior proceso contencioso”. Sin embargo, ahora, “en atención a la doctrina del TC expresamente contenida, entre otras, en sus SS núms. 126/2005 y 59/2004, esta Sala entiende que la infracción de las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 de la CE realizadas en el expediente disciplinario no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso (sin prejujar que se puedan subsanar en el ámbito administrativo en algunos casos) pues los derechos fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después”. Lo que hay que destacar aquí es que sí se deja abierta la posibilidad de subsanar vicios de nulidad en vía administrativa.

(100) M. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, pp. 332 a 334.

(101) *Ibidem*, pp. 336 y ss.

mismo creo que puede admitirse en Derecho Administrativo, donde también cabe la renuncia con los mismos requisitos (artículo 90 LAP, que hay que integrar con el artículo 6.2 CC)¹⁰². Habrá que distinguir según la causa de nulidad de que en cada caso se trate. Pero incluso me parece que no cabe excluir por completo esta renuncia para los actos administrativos nulos por lesionar los derechos fundamentales. Hay que aclarar que la renuncia de que hablamos no es renuncia al derecho fundamental –que es irrenunciable– y ni siquiera se trata de una renuncia previa a ejercer la acción de nulidad, que sería ilícita. Es sólo la renuncia a ejercer la acción de nulidad frente a una concreta lesión producida y una vez que ya se pudiera ejercer la acción. No es que el titular del derecho lesionado disponga de la nulidad, lo que no está a su alcance, sino de su interés en la ineficacia, lo que no tiene que ser siempre, ni será frecuentemente, contrario al orden público, que es el principal límite a la renuncia. Si antes hemos dicho que los derechos fundamentales, por ser derechos subjetivos, ponen a disposición de su titular la posibilidad de su ejercicio si lo creen conveniente para sus intereses, esto mismo conduce a permitir la renuncia a la acción de nulidad. Entonces, y esto tiene relevancia, no habría inconveniente en que fuera objeto de los convenios del artículo 88 LAP o de cualquier género de transacción¹⁰³.

XVI. CONCLUSIÓN: LA RELATIVIZACIÓN Y DIVERSIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA NULIDAD

Una alternativa a lo que se viene defendiendo sería reducir la causa de nulidad del artículo 62.1.a) LAP a los actos administrativos que lesionen de manera evidente los derechos fundamentales. Sólo ellos serían nulos de pleno derecho y cuando la lesión no tuviera tal evidencia el acto sería sólo anulable. Lo mismo había que hacer con otras causas de nulidad del artículo 62.1 LAP. Se trataría de aplicar el criterio restrictivo de la nulidad, del que tanto habla la doctrina y la jurisprudencia, unido a la teoría de la evidencia, que domina en otros ordenamientos y que, efectivamente, puede conseguir contener a la nulidad dentro de un marco reducido en el que su asimilación a la inexistencia y su total ineficacia tienen mayor justificación y crean menos problemas. Pero, salvo que se superase la rígida distinción entre nulidad y anulabilidad, la alternativa de que hablamos conduciría a muchos actos lesivos de derechos fundamentales a un régimen de ineficacia demasiado suave conforme al cual, por ejemplo, el transcurso de los breves plazos de recursos tendría consecuencias fatales y definitivas, lo que sería un paso atrás inconveniente. *De lege ferenda* no sería imposible admitir que ciertos casos de anulabilidad sí

(102) Dice así la STS de 15 de diciembre de 2003 (Ar. 327 de 2004): "... una cosa es que no sean convalidables por la Administración los actos nulos de pleno derecho ... y otra distinta que no pueda el interesado renunciar a un posible derecho...".

(103) De hecho, como afirma A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 105, con frecuencia lo que se pacta en las transacciones "es la renuncia del particular al ejercicio de cualesquiera acciones ... (es decir, la aceptación de los actos de la Administración)...", sin distinguir si se basan en nulidad o en anulabilidad. Ahora bien, HUERGO, en pp. 110 y ss., lo rechaza: no cabe la transacción "para mantener la eficacia de un acto nulo, para defenderlo de una impugnación contencioso-administrativa (actual o hipotética)". Tal "transacción será nula en todo caso cuando conduzca al mantenimiento del acto nulo". Sólo cabe respecto a los actos anulables. Pero no creo que sea así. De una parte, la superación de la nulidad como inexistencia hace caer el fundamento dogmático para una solución tan radical. De otra, el particular puede lícitamente disponer de los beneficios que le reportaría la nulidad. Por último, la Administración puede actuar por fines de interés general para evitar un conflicto de resultado incierto, igual que ante actos anulables.

podieran invocarse pasados los plazos de recurso, ya fuese por un medio similar al que preveía el artículo 103 LAP antes de la reforma de 1999 ya fuera en recursos indirectos o como excepción procesal. Pero en el estado actual de nuestro Derecho, la anulabilidad no puede alegarse por ninguna de esas vías, por lo que, en suma, esa consideración de los actos lesivos de derechos fundamentales sin el requisito de la evidencia como anulables sería un paso atrás.

Otra alternativa, que ha sobrevolado toda nuestra exposición, es la de recuperar la categoría de la inexistencia. No se trataría de una inexistencia más allá de los casos de nulidad del artículo 62.1 LAP sino de una inexistencia para los casos más graves y evidentes del mismo artículo 62.1 LAP, casos, entonces, para los que cabría recuperar en toda su plenitud y pureza, o casi, las consecuencias de la teoría clásica de la nulidad. Sería, además, una forma de acomodar nuestro Derecho Administrativo a ideas que rigen en otros ordenamientos. Algunas puertas hemos ido dejando abiertas en esa dirección: nulidades extremas que no admiten moderación en su ineficacia ni en el mantenimiento de los efectos producidos, que sí dan lugar a vía de hecho, que podría ser alegada por cualquiera, que no serían de ninguna forma convalidables... En general, la doctrina ha condenado la categoría de la inexistencia, pero lo ha hecho desde el presupuesto de que la nulidad es asimilable a la inexistencia y tienen el mismo régimen¹⁰⁴. Como ahora nuestro ordenamiento ha roto esa ecuación, cabría replantear la cuestión de la utilidad de la categoría de la inexistencia. Algunos casos del artículo 62.1 LAP, pero no otros, serían de una nulidad asimilable a la inexistencia, según la gravedad y evidencia del vicio. En concreto, cabría decir que habría algunos casos de actos administrativos tan evidente y gravemente lesivos de los derechos fundamentales que para ellos está justificada la radical ineficacia propia de la inexistencia, aquella que la teoría clásica predicaba de la nulidad. Pero, aun reconociendo cierta lógica y algunas ventajas, explorar esa senda estaría plagado de dificultades y abocaría a una gran confusión e inseguridad hasta consagrar, al margen de las leyes, una tripartición de la invalidez en inexistencia, nulidad y anulabilidad. Por todo ello parece más conveniente y prudente, más realista y más conforme con nuestras leyes y jurisprudencia, reservar la inexistencia a las hipótesis en que realmente no hay de ninguna forma un acto administrativo, o sea, al terreno de los hechos, a la inexistencia material.

Excluidas las dos alternativas formuladas, lo que nos queda es admitir que el régimen de la nulidad no es del todo homogéneo, que sus consecuencias no se producen siempre en bloque y con la máxima intensidad que reclamaba la teoría clásica al asimilarla a la inexistencia ni con la mínima que llega casi a identificarla con la anulabilidad, sino que se pueden moldear según la concreta ilegalidad en que incurra cada acto nulo, los intereses en juego y la confrontación con otras reglas y principios. En el panorama descrito, los actos administrativos nulos por lesionar derechos fundamentales no ocupan un lugar privilegiado y de excepción. También su ineficacia debe moldearse. No sólo no lo impide el concepto de nulidad ni el valor superior que hay que reconocer a los derechos fundamentales sino que, al contrario, precisamente, su adecuada protección en conjunto reclama estas moderaciones.

(104) Vid. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, p. 261.

La legitimación activa de las asociaciones judiciales: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2008 (caso Juez del TEDH)

ÁNGEL AROZAMENA LASO

Magistrado Especialista
de lo Contencioso-Administrativo

FEDERICO LARA GONZÁLEZ

Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid

Resumen

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ASOCIACIONES JUDICIALES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2008 (CASO JUEZ DEL TEDH)

El presente artículo examina desde una perspectiva técnico-procesal la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2008, por la que se resuelve el primer recurso interpuesto por una asociación judicial contra un acto jurídicamente tan singular como un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se proponía a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa una terna de candidatos para el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. En la primera parte, se comentan los antecedentes, el desarrollo del procedimiento y el fondo del

fallo. En la segunda parte, se realiza una detallada exposición de la jurisprudencia, tanto del propio Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, sobre la legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la llamada legitimación corporativa reconocida a corporaciones, asociaciones y determinados grupos y entidades, la legitimación de los sindicatos y la legitimación de las asociaciones de Jueces, Magistrados y Fiscales para, por último, analizar la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial al caso concreto y las posibles consecuencias derivadas de ello.

Abstract

THE ACTIVE LEGITIMATION OF THE JUDICIAL ASSOCIATIONS: COMMENT TO THE SENTENCE OF THE HIGH COURT OF OCTOBER 27 2008 (CASE JUDGE OF THE ECHR)

The present article examines from a technician-procedural perspective the recent judgment of the Full Court of the Third Chamber of the High Court of October 2008, 27 by which is solved the first appeal given notice by a judicial association against an act judicially as singular as an Agreement of the Cabinet which put forward to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe a shortlist of three candidates for the position of Judge of the European Tribunal of Human rights, with seat in Strasbourg. In the first part, are commented the background, the development of the procedure and the bottom

of the judgment. In the second part, it is carried out a detailed presentation of the jurisprudence, so much of the own High Court as of the Constitutional Court, on the active legitimation in the contentious-administrative jurisdictional order, the so call corporate legitimation recognized to corporations, associations and certain groups and entities, the legitimation of the unions and the legitimation of the associations of Judges, Magistrates and District attorneys for, lastly, to analyze the application of this jurisprudential doctrine to the concrete case and the possible consequences derived of it.

Sumario:

I. Antecedentes, desarrollo del procedimiento y contenido de la sentencia.

II. La legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

III. La legitimación corporativa. IV. La legitimación de los sindicatos. V. La legitimación de las asociaciones judiciales.

I. ANTECEDENTES, DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El día 27 de octubre de 2008, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó la sentencia por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo núm. 2/366/2007 (precedente de la Sección Séptima), interpuesto por la Asociación Profesional de la Magistratura contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007, por el que se proponía a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa una terna de candidatos para el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo¹. Aunque dicha sentencia

(1) Si bien dicho Acuerdo no fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, sí se incluyó en la Referencia del Consejo de Ministros correspondiente, que aún se puede consultar en www.la-moncloa.es/default.htm. Según consta en ésta,

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

analiza diversas cuestiones de gran interés, vamos a destacar en el presente trabajo, por su trascendencia y actualidad, el tema de la legitimación activa de las asociaciones de jueces y magistrados y, por extensión, de fiscales.

Para poder tener una idea general de la decisión, conviene hacer un recorrido descriptivo por algunas de las vicisitudes procedimentales del proceso y por las alegaciones de las partes, sin perjuicio del extenso resumen de los antecedentes de hecho que contiene la propia resolución comentada.

El 30 de marzo de 2007, el Consejo de Ministros aprobó la mencionada terna de candidatos, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores y Cooperación y de Justicia, a instancia del Consejo de Europa, dado que el día 31 de octubre finalizaba el mandato del anterior juez español. La decisión del Gobierno iba acompañada de una motivación relativa tanto a los aspectos normativos como a los méritos y perfiles de los candidatos, y su adecuación a los requisitos exigidos por los artículos 21 y concordantes del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (texto refundido conforme al Protocolo 11, de 11 de mayo de 1994, en adelante, CEDH).

A pesar de no publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*, la difusión pública del meritado Acuerdo a través de la referencia del Consejo de Ministros permitió a la Asociación Profesional de la Magistratura interponer recurso contencioso-administrativo contra éste por medio de escrito presentado el 30 de mayo de 2007, último día del plazo de dos meses estipulado en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), el cual fue turnado a la Sección Séptima de la Sala Tercera y admitido a trámite por Providencia de 1 de junio².

Tras la publicación del acuerdo de remisión del expediente administrativo y emplazamiento de posibles interesados³, la Sección Séptima tuvo que resolver primeramente la cuestión de competencia (artículo 7, apartados 2 y 3, de la LCJA) suscitada por el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones a la solicitud de suspensión cautelar del acto impugnado que había formulado la asociación recurrente en su escrito de interposición mediante otrosí. Frente a la opinión del Abogado del Estado –apoyado por el Ministerio Fiscal– en el sentido de que no existía acuerdo formal del Consejo de Ministros, sino una mera toma de conocimiento de la propuesta realizada por los dos Ministros, la Sección, mediante Auto de 3 de septiembre de 2007, acoge el criterio de la asociación recurrente y, a la vista del expediente administrativo, entiende que la formalización en un mismo documento (titulado “Puesta en conocimiento del Consejo de Ministros de la relación de candidatos para Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”) de la propuesta y el acuerdo (materializado éste en un cajetín en el que la Ministra Secretaria certifica que “el Consejo de Ministros aprobó la presente propuesta en su reunión del día 30 de marzo de 2007”), no impide apreciar que, además de tomar conoci-

la mencionada terna estaba integrada por los siguientes juristas: 1º, don Luis López Guerra, Catedrático de Derecho Constitucional. 2º, doña Concepción Escobar Hernández, Jefa de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. 3º, don José Alejandro Saiz Arnaiz, Catedrático de Derecho Constitucional.

(2) En dicha Providencia también se designaba Magistrado-Ponente al Excmo. Sr. Don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

(3) Resolución de 18 de junio de 2007, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, publicada en el BOE núm. 149, de 22 de junio de 2007.

miento, efectivamente hubo un acuerdo del Consejo de Ministros aprobando la propuesta que le había sido elevada por los Ministros de Asuntos Exteriores y Cooperación y de Justicia, por lo que la competencia objetiva corresponde a la Sala Tercera del Tribunal Supremo en virtud del artículo 12.1.a) LJCA.

Apenas dos semanas más tarde, el Tribunal Supremo denegó por Auto de 17 de septiembre de 2007 la medida cautelar de suspensión solicitada por la Asociación Profesional de la Magistratura, por no reunir los requisitos que para esta clase de medidas establecen el artículo 130 LJCA y la jurisprudencia del Alto Tribunal. Consideró la Sección que la parte solicitante hacía supuesto de la cuestión de fondo; que no concurría la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) porque la nulidad no se mostraba de manera clara, ostensible y manifiesta, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto; que los daños y perjuicios que harían perder al recurso su finalidad legítima son eventuales e hipotéticos, dado que no tienen por qué producirse, y, finalmente, en cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, el Tribunal afirma expresamente que “los intereses alegados por la recurrente o no son distintos de la mera defensa de la legalidad –así los relativos a la defensa de los principios, derechos y libertades proclamados en la Constitución– o carecen de entidad para oponerse a los generales que se han identificado, ya que las aspiraciones de sus asociados a formar parte de la terna no son más que simples expectativas y las afirmaciones sobre la falta de idoneidad de los candidatos propuestos, según venimos diciendo, están por demostrar”, declaración que examinaremos más detenidamente al referirnos a la cuestión central de la legitimación.

Una vez formalizadas la demanda y la contestación, el Auto de 29 de noviembre de 2007 denegó el recibimiento del pleito a prueba solicitado por la demandante, dado que los puntos de hecho sobre los que habría de versar la actividad probatoria no se negaban por el Abogado del Estado y, por lo demás, eran notorios, por cuanto se referían a los cargos desempeñados públicamente por el candidato que figuraba en el primer lugar de la terna.

Después de la evacuación del trámite de conclusiones escritas, el Presidente de la Sala Tercera decidió por Providencia de 16 de julio de 2008 llamar al Pleno de la misma para pronunciar sentencia, por estimarlo necesario para la Administración de Justicia, de conformidad con el artículo 197 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

Otra incidencia relevante para el presente estudio es la inadmisión de dos recursos interpuestos por la Asociación Preeminencia del Derecho contra el mismo Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007. Dicha asociación, constituida al amparo del derecho de asociación contemplado en el artículo 22 de la Constitución Española (en adelante, CE), se rige por unos estatutos en cuyo artículo 3 se describen los fines asociativos con el siguiente tenor: “La existencia de esta asociación tiene como fines: luchar, mediante la denuncia y el ejercicio de acciones jurídicas de todo tipo (querellas, demandas, peticiones, quejas y similares) contra la arbitrariedad, ilegalidades o abusos de poder cometidos desde los órganos de la Administración Pública o desde la Justicia, incluidos el Ministerio Fiscal, los Colegios profesionales o las Administraciones locales o autonómicas o de otro tipo que existan o se puedan crear en el futuro. El Presidente de la asociación o la persona que designe la junta directiva quedan facultados para ejercer cualesquiera de estas acciones legales, civiles o penales o de otro tipo, sin necesidad de autorización previa de la Junta o Asamblea”. Con la cobertura de esa simple

disposición estatutaria, dicha asociación interpuso recurso contencioso-administrativo por la vía especial para la protección de los derechos fundamentales (artículos 114 a 122 LJCA) contra la mencionada terna de candidatos al puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (recurso 191/2007), el cual fue inadmitido en el trámite del artículo 51 LJCA por falta de legitimación activa, mediante Auto de la Sección Séptima de 24 de mayo de 2007, en el que se transcribe la doctrina general sobre la legitimación declarada por la Sentencia del Pleno de la Sala de 31 de mayo de 2006 (recurso 38/2004)⁴, sobre la que luego volveremos. En síntesis, la falta de legitimación se deriva de la insuficiencia de la mera autoatribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativos, dando carta de naturaleza al mero interés por la legalidad como título legitimador e, incluso, ampliando materialmente los supuestos de acción popular, al margen de lo dispuesto expresamente por el legislador. La inadmisión del referido recurso fue confirmada por Auto de 4 de julio de 2007, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el anterior.

La mencionada Asociación Preeminencia del Derecho había interpuesto asimismo recurso contencioso-administrativo ordinario (recurso 368/2007) contra el meritado Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007. Ante la inadmisión del recurso especial para la protección de derechos fundamentales por falta de legitimación activa, la Sala acordó oír a las partes sobre el cumplimiento de dicho requisito procesal, de modo que, tras diversos incidentes procesales, dictó Auto de 24 de julio de 2007⁵ inadmitiendo el recurso ordinario por las mismas razones que en el especial, “ya que la circunstancia de que aquí se siga el procedimiento ordinario mientras que allí fuera el de protección de derechos fundamentales no implica ninguna diferencia en este punto”⁶. Este Auto incorpora algunas declaraciones

(4) Dicha Sentencia inadmite por falta de legitimación activa el recurso interpuesto por la Fundación Hizkuntza Eskubideen Behatokia, Observatorio de Derechos Lingüísticos, contra el Real Decreto 102/2004, de 19 de enero, que contenía el nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

(5) En esta resolución, el Tribunal Supremo, en respuesta a la alegación de arbitrariedad o discriminación invocada por la asociación recurrente, da noticia de otros dos recursos que, interpuestos por una asociación de similares características (Asociación Politeia) contra acuerdos de nombramiento para cargos judiciales, también fueron inadmitidos por falta de legitimación: “ningún recurso de esta entidad contra nombramientos judiciales ha sido admitido a trámite. Así, por Auto de esta Sección de 10 de mayo de 2007 fue inadmitido, precisamente, por falta de legitimación, el que, con el número 105/2007, dirigió contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de enero de 2007 de nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Antes fue inadmitido, por extemporáneo, el recurso 299/2006 que Politeia planteó contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de junio de 2006, también de nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El Auto de 17 de octubre de ese año, confirmado por el de 16 de noviembre siguiente, así lo dispuso” (FJ 6°).

(6) El Tribunal Supremo ya había manifestado con anterioridad que las normas sobre legitimación no se ven alteradas en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Así, la STS, Sección Cuarta, de 6 de abril de 2004, recurso 37/2002, FJ 5°, afirma: “El hecho de que, según alega la parte recurrente, mediante el recurso se procure la defensa de los derechos esenciales de las personas y, en concreto, de los extranjeros, consagrados con carácter general en los artículos 10, 13.1 y 24 de la Constitución, no afecta a la conclusión establecida. La defensa de los derechos fundamentales ante los tribunales no está atribuida a todos los agentes jurídicos y sociales. Según se infiere del artículo 46 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, sólo están legitimados para el amparo constitucional, además de los organismos específicamente reconocidos, las personas directamente afectadas o quienes hayan sido parte en el proceso judicial. La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no establece reglas especiales para la legitimación cuando se trata del proceso contencioso-administrativo de protección de derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sino que resultan aplicables supletoriamente las reglas generales sobre legitimación a las que nos hemos referido en el fundamento segundo”. Sobre la legitimación en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales, véase CARRASCO DURÁN, M.: “Examen jurisprudencial del concepto de interés legítimo, aplicado a la defensa de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo”, en JUSTICIA 2004. Revista de Derecho Procesal, núms. 1-2, 2004.

interesantes a los efectos aquí tratados y que anticipan el criterio del Pleno de la Sala respecto a la legitimación de la asociación judicial demandante en el recurso 366/2007. Así, en el FJ 6º, consideración 2ª, se dice: “No son trasladables a la Asociación Preeminencia del Derecho los criterios que sobre la legitimación de los sindicatos ha establecido el Tribunal Constitucional y desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la sencilla razón de que no es un sindicato y, por tanto, no goza de la posición que el artículo 7 de la Constitución atribuye a las organizaciones que surgen del ejercicio por los trabajadores del derecho fundamental a la libertad sindical. Es esa relevancia la que explica la mayor amplitud con que está concebida su legitimación e impide, al mismo tiempo, trasladarla a entidades que no son sindicatos. Y tampoco tiene presente la recurrente que las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados tienen expreso reconocimiento en el artículo 127 de la Constitución, inmediatamente después de la prohibición que ese mismo precepto les impone de pertenecer a partidos y sindicatos. Ni la posición mantenida en punto a la legitimación de dichas asociaciones desde la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 28 de junio de 1994 (recurso 7105/1992)”. Y, más adelante, declara contundentemente: “por ser asociación, no se hace titular de un interés legítimo que fundamente la legitimación necesaria en este caso”.

Aunque el objeto principal del presente trabajo es la cuestión de la legitimación activa, parece oportuno hacer una breve referencia acerca del fondo del asunto. La Asociación Profesional de la Magistratura suplicó la anulación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007, por el que se proponía a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa una terna de candidatos para el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por cuatro motivos esenciales (véase el FJ 2º de la Sentencia): 1º, por infracción del principio constitucional de igualdad de oportunidades en el acceso a funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE), al haberse propuesto la terna de forma unilateral por el Gobierno sin solicitar, con publicidad, la presentación de candidaturas por aquellos que considerasen poseer méritos suficientes, a diferencia de lo que acontece en los procedimientos para la designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial y los Magistrados del Tribunal Supremo; 2º, por vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), por falta de motivación del acto; 3º, vulneración del artículo 21 CEDH, debido a la notoria falta de independencia de los candidatos propuestos, en particular del primero, dados los cargos de designación política desempeñados a lo largo de su carrera, y 4º, por desviación de poder (artículo 70.2 LJCA, en relación con el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), por entender que la terna propuesta no responde al servicio ni al interés público, sino a la voluntad de proponer para dicho alto cargo a personas afines a los intereses del Gobierno.

En su contestación a la demanda, el Abogado del Estado solicitó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por: 1º, falta de legitimación activa de la recurrente [artículo 69.b) LJCA]; 2º, inexistencia de actividad recurrible, puesto que el acuerdo impugnado es un acto de trámite que no decide, directa ni indirectamente el fondo del asunto, ya que la decisión final corresponde a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [artículo 69.c), en relación con el 25.1 de la LJCA], y 3º, falta de correspondencia de la demanda con los términos del artículo 2.a) LJCA, que restringe la impugnabilidad de los actos políticos del Gobierno a la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

las indemnizaciones que fueran procedentes. En relación con los aspectos sustantivos, rechazó los cuatro motivos de impugnación en que se sustentaba la demanda, alegando en síntesis que la decisión del Consejo de Ministros “(1) ha sido tomada en el respeto a la CEDH y a las Rules of Procedure de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; (2) expresa los motivos por los que se incluye a los concretos candidatos propuestos; (3) la Subcomisión competente y la misma Asamblea ha admitido la terna propuesta y elegido a uno de sus integrantes Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por una amplia mayoría (112 votos); (4) la publicidad de la vacante es una mera recomendación que no se sigue en prácticamente ningún país, salvo el Reino Unido que, en ocasiones ha publicado un anuncio en *The Times* y, desde luego, no la ha seguido anteriormente el Gobierno de España, y, en fin, (5) porque no se ha probado la falta de independencia e imparcialidad de los propuestos” (FJ 3º, *in fine*).

Tras rechazar la falta de legitimación activa de la asociación recurrente en el FJ 4º (que será examinado en profundidad en la segunda parte de este trabajo), el Pleno de la Sala también deniega las otras dos causas de inadmisibilidad (FJ 5º) considerando que el Acuerdo impugnado es recurrible porque en el ordenamiento interno español tiene carácter definitivo, no siendo obstáculo el hecho de que la terna haya sido admitida tiempo atrás por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y uno de sus integrantes designado Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacía más de un año, dado que el Acuerdo del Consejo de Ministros tiene entidad propia y una eventual estimación del recurso podría dar lugar a la revocación del nombramiento si una mayoría de dos tercios de los demás Jueces del citado Tribunal aprecian que el designado ha dejado de reunir las condiciones requeridas (artículo 24 CEDH). Del mismo modo, aunque efectivamente se trata de un acto político del Gobierno español, la Sala entiende que la demanda se sitúa, en lo sustancial, dentro del marco definido por el artículo 2.a) LJCA, con lo que la cuestión de la naturaleza jurídica del acto impugnado queda al margen de la controversia⁷.

Con ello, el Pleno de la Sala desestima todos los motivos de impugnación de la demanda y, por tanto, el recurso, afirmando que el Acuerdo de 30 de marzo de 2007 constituye una actuación del Gobierno que cuenta con la cobertura de los artículos 97 CE y 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, está dotado de una motivación justificativa del cumplimiento por los candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la normativa internacional aplicable, la cual no exige que el Gobierno deba abrir un proceso competitivo para elaborar la terna y, por todo ello, no vulnera el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad ni incurre en arbitrariedad o desviación de poder. A nuestro juicio, dada la singularidad del caso, los pronunciamientos más relevantes de esta Sentencia son, además de lo relativo a la legitimación activa, lo que se dice respecto al nombramiento de cargos judiciales y sobre la independencia e imparcialidad de los jueces.

En cuanto a lo primero, la Sentencia de 27 de octubre de 2008 entronca con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la motivación de los nombramientos para cargos judiciales⁸, citando expresamente la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 29 de mayo de

(7) En todo caso, el Tribunal Supremo ya había dejado claro con anterioridad que el carácter impugnabile de los actos políticos no excluye el examen y aplicación de los requisitos y presupuestos procesales exigibles, entre ellos la legitimación (Auto del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, de 8 de enero de 2004, recurso 122/2003, FJ 3º).

(8) BACIGALUPO SAGGESE, M.: “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, en *Revista Española*

2006 (recurso 309/2004), sobre nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y la Sentencia, también del Pleno, de 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006), sobre promoción a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo de dos magistrados. En el FJ 6º, el Tribunal distingue entre puestos judiciales de carácter “funcionario” (sic) y cargos en órganos constitucionales que pueden ser ocupados por miembros de la Carrera Judicial, pero sin estar reservados a éstos (Tribunal Constitucional y Consejo General del Poder Judicial), a efectos de los criterios o requisitos a tener en cuenta en su provisión: “Así, resulta que la propia Constitución distingue entre la provisión de puestos funcionariales y judiciales y la de cargos en órganos constitucionales que, por la naturaleza de su función, requieren en quienes los desempeñen una elevada cualificación jurídica. En la de aquéllos deben observarse los principios de mérito y capacidad y las condiciones de igualdad en los términos legalmente previstos, ya sea en la esfera de las Administraciones Públicas, ya sea en el ámbito de la Carrera Judicial, al objeto de adjudicárselos a los más aptos. En la de éstos es menester que los órganos constitucionales llamados a seleccionarlos escojan a juristas de reconocida competencia con una experiencia profesional de más de quince años. Este requisito objetiva una designación que, en lo demás, queda a la discrecionalidad del encargado de hacerla, que no es cualquiera, sino, subrayémoslo, órganos constitucionales, como el Congreso de los Diputados, el Senado o el Gobierno”.

Y por lo que concierne a la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados, en relación con sus actividades previas, realizadas fuera de la Carrera Judicial, el Tribunal afirma taxativamente que éstas no impiden el acceso a la condición de juez o magistrado ni comprometen su imparcialidad e independencia, salvo que se demuestre lo contrario respecto a actuaciones concretas (FJ 7º): “En realidad, el desempeño de cargos como los que ha ocupado el Sr. López Guerra no inhabilita para el ejercicio de la función de Juez del TEDH porque no le priva de una alta consideración moral ni compromete su independencia e imparcialidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional desde ese alto Tribunal. De las premisas sentadas por la recurrente no se desprenden las consecuencias a las que llega la demanda. Es significativo, en este sentido, que el artículo 21 del CEDH sólo hable de la independencia e imparcialidad de los Jueces del TEDH en su apartado 3. Es decir, cuando se refiere, no a la actuación previa a su nombramiento, sino a la que realicen ‘durante su mandato’.

Si nos atenemos, por otra parte, a lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico, resulta que, ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, prohíben el acceso a la Carrera Judicial de quienes hayan sido miembros de asambleas legislativas o hayan ejercido cargos de confianza en el Poder ejecutivo. Mucho menos a quienes hayan formado parte de órganos

de *Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000; DESDENTADO DAROCA, E.: “Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139, 2008; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramiento de altos cargos judiciales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 77, 2007; IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Civitas, Madrid, 2007; IGARTUA SALAVERRÍA, J.: “Sobre nombramientos discrecionales de altos cargos: un fallido viraje jurisprudencial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, 2007; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El control de la actividad del Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos y de régimen disciplinario en la jurisprudencia reciente”, en TRILLO TORRES, R. (dir.), *Jurisprudencia Contencioso-Administrativa (2005-2007): Análisis crítico*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 125, CGPJ, Madrid, 2007; PORTA PEGO, B.: “¿El ocaso de la libre designación como sistema de provisión de algunos destinos en la carrera judicial? La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2006, relativa al nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 135, 2007.

constitucionales como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial. Ni siquiera lo impiden a quienes con anterioridad a su ingreso en ella hayan formado parte de partidos políticos o sindicatos. Y esto es correcto porque, ni el desempeño anterior de aquéllos, ni la previa pertenencia a éstos, significa que vayan a ejercer con parcialidad la potestad jurisdiccional. Tiene razón, pues, el Abogado del Estado cuando dice que la descalificación que hace la recurrente debe fundarse en hechos, en actuaciones concretas que permitan afirmarlo, y no en juicios de la naturaleza del efectuado en la demanda”.

Por último, es preciso citar el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Ernesto Peces Morate, quien disiente del parecer mayoritario de la Sala y da la razón a la Asociación Profesional de la Magistratura, entendiendo que el citado Acuerdo del Consejo de Ministros vulnera el artículo 23.2 CE y también, de forma mediata, el artículo 21 CEDH.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Entrando en el tema principal del presente comentario, conviene exponer el estado actual de la jurisprudencia sobre la legitimación activa ante los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo. Como es sabido, el artículo 19.1 LJCA atribuye legitimación para ejercer acciones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo (letra a); a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 (grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, cuando la ley así lo declare expresamente) que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos (letra b), denominada “legitimación corporativa”, contemplada con carácter general en el artículo 7.3 LOPJ, y a cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos en las leyes (letra h), en consonancia con los artículos 125 CE y 19.1 LOPJ⁹.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional cuentan con una reiterada, constante y copiosa jurisprudencia sobre la legitimación activa en general y, en particular, en el orden contencioso-administrativo, habiéndose producido además una convergencia entre ambas doctrinas, con mutuas remisiones, y que puede sintetizarse de la siguiente manera¹⁰:

a) Relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión. En el orden contencioso-administrativo, la legitimación activa se define por el legislador en consideración a la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo, como superador este último de la anterior noción de interés

(9) Aunque pueda parecer una obviedad, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a recordar que no está legalmente prevista la acción popular, como único supuesto admitido por nuestro ordenamiento jurídico de legitimación basada en la defensa de la legalidad, en el ámbito de la impugnación jurisdiccional de los actos del Consejo General del Poder Judicial (STS, Sección Séptima, de 14 de septiembre de 2004, recurso 110/2002, FJ 4º).

(10) La exposición de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se realiza en este apartado ha sido tomada de los siguientes pronunciamientos: SSTC 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4º; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3º, y 85/2008, de 21 de julio, FJ 4º; SSTS, del Pleno, de 26 de enero de 2006, recurso 104/2003, FJ 4º, y de 31 de mayo de 2006, recurso 38/2004, FJ 3º; así como de la Sección Tercera, de 7 de junio de 2006, recurso de casación 7978/2003, FJ 4º, todas ellas con cita de numerosas sentencias anteriores.

directo (artículo 28 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956). El interés legítimo en lo contencioso-administrativo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Más sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, que además ha de ser concreta y efectiva, no siendo suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o solidario, como puede ocurrir con la mera satisfacción personal inherente a la resolución favorable al criterio mantenido o con el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad. Dicho de otro modo, pese a su amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al mero interés por la defensa de la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden contencioso-administrativo a la legitimación popular, la cual sólo es admisible en los casos expresamente contemplados en la ley¹¹. Luego, para que exista interés legítimo en la Jurisdicción contencioso-administrativa, el acto, disposición, inactividad o vía de hecho impugnados deben repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés. Como se ve, la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos¹².

b) Distinción entre legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam* y conexión de esta última con el fondo. Consiste la primera (legitimación para el proceso) en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio por reunir las cualidades necesarias para comparecer ante los tribunales, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso unida a la situación de pleno ejercicio de los derechos civiles, lo que equivale a los conceptos doctrinales de capacidad para ser parte y capacidad procesal (artículos 6, 7 y 8 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos. En cambio, la legitimación para el asunto, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, dicho de otra manera, consiste en la legitimación propiamente dicha e implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito; añadiendo la doctrina científica que esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal.

c) Constitucionalidad de la falta de legitimación como causa de inadmisibilidad. El primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales es el derecho de

(11) STS, Sección Cuarta, de 19 de mayo de 2000, recurso de casación 4605/1994, FJ 4º.

(12) STS, Sección Cuarta, de 14 de abril de 2008, recurso 44/2006, FJ 6º.

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

acceso a la jurisdicción con respecto al cual el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el artículo 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada. En general, la apreciación de la concurrencia de un interés legítimo y, por ende, de la legitimación activa para recurrir constituye una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde realizar a los Jueces y Tribunales en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por el artículo 117.3 CE. El Tribunal Constitucional es competente, a su vez, para controlar aquellas decisiones judiciales en las que la interpretación efectuada por el órgano judicial sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican¹³. Al conceder el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales¹⁴.

III. LA LEGITIMACIÓN CORPORATIVA

En relación con la llamada legitimación corporativa reconocida en el artículo 19.1.b) LJCA y el artículo 7.3 LOPJ a corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades del artículo 18 LJCA, también encontramos numerosos pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

Para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas, grupos y entidades para impugnar un acto o una disposición administrativa, además de las condiciones generales de la legitimación procesal, debe existir un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes, en atención a sus fines estatutarios, de forma tal que cuando exista este interés, existirá a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 5º; 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4º; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3º).

El Tribunal Supremo, no obstante, ha declarado la imposibilidad de reconocer el interés legitimador de las asociaciones cuando resulta únicamente de una autoatribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativos, confiriendo al mero interés por la legalidad el carácter de título legitimador e, incluso, ampliando materialmente los supuestos de acción popular, al margen de lo dispuesto expresamente por el legislador (STS, Pleno, de 31 de mayo de 2006, recurso 38/2004, FJ 3º, que cita un Auto de 21 de noviembre de 1997, reiterada a su vez por la STS, Sección Sexta, de 10 de noviembre de 2006, FJ 2º; y Autos de 24 de mayo, 4 y 24

(13) STC 25/2008, de 11 de febrero, FJ 4º, y las que cita.

(14) STC 85/2008, de 21 de julio, FJ 4º.

de julio de 2007, por los que se inadmiten los recursos interpuestos por la Asociación Preeminencia del Derecho contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007, comentados *supra*). En palabras de la citada STS de 31 de mayo de 2006, FJ 3º: “Una cosa es que una Fundación constituida para la defensa de cualesquiera intereses o para el logro de cualesquiera finalidades resulte legitimada plenamente para impugnar actos administrativos, cuando esos intereses resulten afectados o, a juicio del propio ente, deban ser defendidos, tal y como se infiere, con toda claridad, del artículo 19.1.a) y b) de la Ley de esta Jurisdicción y otra bien diferente es que tal legitimación se reconozca indiferenciadamente sobre la base de perseguir fines genéricos, incluso de contenido moral, respecto de la actuación de las Administraciones públicas o la prestación de los servicios públicos, cuando, en este caso, el Acuerdo impugnado sólo incidía directamente en los participantes en la convocatoria, cuyo interés profesional sí estaba afectado”.

Como dice la STS, Sección Séptima, de 1 de octubre de 2007, FJ 4º: “no sirve para ofrecer ese sustento material en el que descansa la legitimación el conjunto de fines que los promotores de la asociación han fijado en sus estatutos ni los medios para perseguirlos porque, a los efectos de lo que estamos examinando, los propósitos que quiere perseguir la [asociación] recurrente no son el dato relevante. Lo es la posición jurídica en la que se encuentra respecto del acto que pretende impugnar y nada de lo que hemos visto la relaciona en la forma requerida por la Ley de la Jurisdicción con la convocatoria discutida”¹⁵.

Y la STS, Sección Cuarta, de 19 de mayo de 2000 (recurso de casación 4605/1994), FJ 4º, afirma: “una cosa es que una asociación, constituida para la defensa de cualesquiera intereses o para el logro de cualesquiera finalidades no delictivas, sin más límites que los especificados en el artículo 22 de la Constitución, resulte legitimada plenamente para impugnar actos administrativos cuando esos intereses resulten afectados o, a juicio del propio ente, deban ser defendidos, tal y como se infiere, con toda claridad, del artículo 19.1.a) y b) de la Ley de esta Jurisdicción actualmente en vigor, y otra bien diferente que tal legitimación se reconozca indiferenciadamente sobre la base de perseguir fines genéricos de carácter reivindicativos o informativos respecto de la actuación de las Administraciones Públicas o la prestación de los servicios públicos”.

En particular respecto a las asociaciones profesionales, el Tribunal Constitucional ha manifestado que en el concepto de interés legítimo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines. Por ello, en la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición recurrible en amparo, por haber infringido un derecho fundamental o libertad pública,

(15) Dicha sentencia inadmite el recurso contencioso-administrativo 97/2004, interpuesto por la Asociación Justicia y Ley contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de enero de 2004, por el que se convocaban plazas de magistrado suplente y de juez sustituto para el año judicial 2004/2005 en el ámbito de diversos Tribunales Superiores de Justicia. La asociación recurrente alegó también que algunos de sus miembros son estudiantes que preparan oposiciones para el ingreso en la función pública o funcionarios que aspiran a plazas de superior categoría, argumento que rechaza la Sala señalando que dicha circunstancia no suple la carencia de interés legítimo de la asociación no sólo por el carácter genérico e indeterminado de ella, sino también porque las circunstancias de algunos de sus socios no se trasladan sin más a la entidad asociativa.

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

debe reconocerse a las personas naturales o jurídicas que invoquen aquel interés legítimo como propio la legitimación para interponer el recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 162.1.b) de la Constitución (SSTC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 4º, y 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3º). La denegación “a una asociación profesional, por el hecho de no ser sindical, de la legitimación para actuar en defensa de los intereses que le son propios, se compadece mal con el reconocimiento constitucional como derecho fundamental del derecho de asociación (artículo 22 CE), así como con la llamada a la ley que efectúa el artículo 52 CE para la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Efectivamente, aunque no cabe duda del importante papel que desempeñan los sindicatos en la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores al amparo de los artículos 7 y 28.1 CE, no se puede desconocer que también otro tipo de asociaciones con relevancia constitucional, como las profesionales, tienen como objeto y como fin ese mismo cometido, al amparo del derecho de asociación que la Constitución también reconoce como fundamental en el artículo 22 CE, cuyo ejercicio debe ir acompañado de las necesarias garantías jurisdiccionales. Lo contrario supondría menoscabar el ejercicio de los derechos de las asociaciones profesionales que al amparo del citado precepto constitucional se fundan para defender los intereses de determinados colectivos o ramas profesionales, al reconocer únicamente la tutela judicial efectiva a aquellas otras que defienden esos derechos laborales desde el ámbito sindical al amparo del artículo 28.1 CE” (STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 4º).

Finalmente, el Tribunal Supremo ha distinguido los intereses colectivos y los difusos, reconocidos en el artículo 7.3 LOPJ. En los intereses colectivos el interés legitimador se reside en entes, asociaciones o corporaciones representativas, mientras que los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/1981º, de 22 de octubre, asunto Dudgeon contra Reino Unido (STS, Pleno, de 31 de mayo de 2006, recurso 38/2004, FJ 3º).

IV. LA LEGITIMACIÓN DE LOS SINDICATOS

Una particular y relevante modalidad de la legitimación corporativa es la que ostentan los sindicatos, sobre la que existe una profusa jurisprudencia en la que coinciden totalmente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo¹⁶. Dicha doctrina unificada ha sido recientemente sintetizada en la STC 202/2007, de 24 de septiembre, FFJJ 3º y 4º, en los siguientes términos:

(16) Sobre la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo, pueden consultarse las siguientes Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que incluso transcriben la doctrina del Tribunal Constitucional, con cita de otras muchas del propio Tribunal Supremo: de la Sección Cuarta, Sentencias de 27 de febrero de 2008, recurso de casación 3397/2003, FJ 4º; 14 de abril de 2008, recurso 44/2006, FJ 6º; 18 de septiembre de 2008, recurso de casación 9235/2003, FJ 3º, y 19 de noviembre de 2008, recurso de casación 1503/2006, FFJJ 2º y 4º; y de la Sección Séptima, Sentencias de 5 de junio de 2006, recurso de casación 1696/2001, FJ 1º, y 4 de diciembre de 2006, recurso de casación 7392/2000, FJ 2º.

“Se trata de una cuestión sobre la que este Tribunal ha formulado una consolidada jurisprudencia. Nuestra doctrina parte de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Así, hemos dicho que los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (artículos 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia, una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de esquemas propios del Derecho privado, pues cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores, sean de necesario ejercicio colectivo, sin estar condicionados a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación. Por esta razón, es posible, en principio, reconocer legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores (por todas, SSTC 101/1996, de 11 de junio; 203/2002, de 28 de octubre; 142/2004, de 13 de septiembre, y 28/2005, de 14 de febrero).

Pero también venimos exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos tenga una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como se dijo en la STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 4º, ‘la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer’. La conclusión es que la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se ha de localizar en la noción de interés profesional o económico; concepto este que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate (SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5º, y 24/2001, de 29 de enero, FJ 5º). [...]

4. En conclusión y por su directa relación con el objeto de este proceso, dentro de nuestra doctrina, hemos de destacar:

a) Que ‘al analizarse un problema de legitimación sindical, cabe añadir, por último, que el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la libertad sindical (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3º; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2º; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3º). Las decisiones judiciales como la que aquí se recurre están especialmente cualificadas en función del derecho material

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5º; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3º) (STC 112/2004, de 12 de julio, FJ 4º).

b) Que no ‘puede oponerse al reconocimiento de la existencia de dicho interés legítimo (...) la consideración de encontrarnos ante una materia propia de la potestad de organización de la Administración que, en virtud de ello, resultaría ajena al ámbito de la actividad sindical. El que una materia forme parte de la potestad organizativa de la Administración no la excluye *per se* del ámbito de la actividad sindical, pues tal exclusión no sería acorde con la apreciación del «interés económico o profesional» cuya defensa se confía a los sindicatos, tal y como ha sido reconocido por este Tribunal en casos similares al que ahora se plantea’ ya que ‘el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración «poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal», porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 6º). No puede, pues, considerarse en sí misma ajena al ámbito de la actividad sindical toda materia relativa a la organización de la Administración, y por ello no es constitucionalmente admisible denegar la legitimación procesal de los sindicatos en los conflictos donde se discuten medidas administrativas de tal naturaleza (STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 4º) (STC 112/2004, de 12 de julio, FJ 6º).’

Como dice el Tribunal Supremo, “se trata, en definitiva, de aplicar a estas personas jurídicas asociativas singulares la misma exigencia que se aplica a cualquier otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en un proceso: ostentar interés legítimo en él” (STS, Sección Cuarta, de 19 de noviembre de 2008, recurso de casación 1503/2006, FJ 4º).

Una consecuencia interesante de esta doctrina es la atribución de legitimación a los sindicatos para impugnar no sólo las convocatorias de concursos para la provisión de puestos de trabajo en el ámbito de la función pública, sino también las resoluciones de dichos concursos si se considera que no han respetado lo establecido en la convocatoria: “Entender, como hace la resolución judicial impugnada, que la legitimación activa para impugnar la Orden de adjudicación de unos puestos de trabajo sólo corresponde a los funcionarios que participaron en el concurso para su provisión resulta lesivo del derecho fundamental del sindicato a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, lo que vulnera el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE), porque el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva forma parte en el caso de autos del contenido de la acción institucional del sindicato (SSTC 24/2001, de 29 de enero, FJ 1º; 358/2006, de 18 de diciembre, FJ 2º). Las funciones que tiene atribuidas por la Constitución y por los tratados internacionales legitiman al sindicato demandante de amparo para impugnar, no sólo la Orden de convocatoria de un concurso de provisión de puestos de trabajo que considere no ajustada a Derecho, como afirma la Sentencia impugnada, sino también la Orden de resolución del concurso si considera que no respeta lo establecido en la convocatoria. Y todo ello, como dijimos, en representación y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, en el caso sometido

en esta ocasión a nuestro enjuiciamiento tanto de los intereses de los funcionarios que habían participado en el concurso y fueron desplazados por los que resultaron adjudicatarios de los puestos de trabajo como de los intereses de aquellos funcionarios que no participaron en el concurso por no tener la titulación exigida en la convocatoria” (STC 153/2007, de 18 de junio, FJ 7º).

V. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES JUDICIALES

Llegando ya al asunto central del presente estudio, la jurisprudencia sobre la legitimación activa de las asociaciones judiciales –entendiendo por tales las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales, en los términos de los artículos 127.1 CE, 401 LOPJ y 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre–, que culmina con la Sentencia de 27 de octubre de 2008 que comentamos, tiene como punto de partida la STC 24/1987, de 25 de febrero¹⁷, por la que se estima el recurso de amparo núm. 1124/1985, promovido por la Asociación de Fiscales, contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1985, que declara inadmisibile por falta de legitimación activa el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha asociación profesional contra el Real Decreto 2344/1983, de 4 de agosto, sobre nombramiento de un Fiscal del Tribunal Supremo. Dicha sentencia, además de reconocer que el acto de nombramiento impugnado trasciende el ámbito personal del nombrado y de los fiscales que solicitaron la plaza sin éxito, afectando al interés profesional de carácter colectivo defendido por la asociación recurrente, afirma por primera vez que las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales son el único cauce que la Constitución reserva a estos colectivos para la defensa de sus intereses profesionales, habida cuenta de la prohibición de pertenencia a sindicatos a que les somete el artículo 127.1 CE, por lo que la legitimación activa de las mismas para promover procesos judiciales en defensa de tales intereses debe ser interpretada de manera amplia:

“La Sentencia recurrida niega legitimación activa a la Asociación de Fiscales para recurrir contra un Decreto que promueve a la categoría de Fiscal del Tribunal Supremo a un miembro de la Carrera Fiscal y lo hace, en lo que aquí interesa, con base en dos razonamientos consistentes, el primero, en que el acto de nombramiento se desenvuelve exclusivamente en el ámbito personal del nombrado y de aquellos Fiscales que pudieran considerarse lesionados por el mismo y, por tanto, no afecta a los intereses profesionales o económicos de los cuales hace depender el artículo 32 de la Ley Jurisdiccional citada la legitimación activa de las Asociaciones y, el segundo, en que el nombramiento no es una disposición general; en virtud del primer razonamiento le niega la legitimación del artículo 28.1.a) y por el segundo la del artículo 28.1.b), ambos de la antedicha Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(17) La Sentencia de 27 de octubre de 2008 que estamos analizando no cita esta sentencia del Tribunal Constitucional que, sin embargo, sí se recoge en la Sentencia de 28 de junio de 1994, relativa al nombramiento del Fiscal General del Estado, y a la que se hará referencia a continuación.

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

Dicha interpretación es claramente restrictiva y en tal sentido vulneradora del derecho fundamental de la Asociación demandante y ello porque, al margen de que el acto de nombramiento recurrido tenga una proyección sobre intereses personales que sólo cabe ejercitar al que sea titular de ellos, no puede desconocerse que dicho acto también incide directamente en el interés profesional de que la promoción de los Fiscales se lleve a efecto por el procedimiento que la Asociación estima haber sido desconocido por el Decreto recurrido, pues no puede ser extraño a este interés profesional el margen de discrecionalidad administrativa con que se realicen los ascensos y promociones en la Carrera Fiscal.

El interés en este caso es directo y legítimo, y al no entenderlo así la Sentencia recurrida ha interpretado los artículos 28 y 32 anteriormente citados, de los cuales éste no distingue entre actos y disposiciones, en sentido desfavorable a la efectividad del derecho normal de la tutela judicial efectiva, en los términos establecidos por el artículo 24.1 de la Constitución y, por ello, ha vulnerado dicho derecho fundamental que compete a este Tribunal restablecer.

Esta conclusión se refuerza al considerar que la Asociación de Fiscales viene especialmente contemplada en un precepto específico de la Constitución –artículo 127–, que prohíbe a los Fiscales pertenecer a partidos políticos o sindicatos y, por tanto, esa autorización constitucional especial para constituir asociaciones es el único cauce que tiene la Carrera Fiscal para defender sus intereses profesionales y ello es un argumento más para que su legitimación para promover procesos en defensa de dichos intereses deba potenciarse y entenderse en el sentido amplio que se deja razonado, concediéndola siempre que los actos y disposiciones contra los que recurra incidan perjudicialmente en sus legítimos intereses asociativos” (FJ 3º).

El siguiente hito fundamental en esta materia es la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994¹⁸, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo 7105/1992 de la Sección Séptima, interpuesto por la Unión Judicial Independiente, y al que fueron acumulados los recursos 7143 y 7167/1992, interpuestos respectivamente por la Asociación Profesional de la Magistratura y por la Asociación de Fiscales, y que declara la nulidad del Real Decreto 364/1992, de 10 de abril, por el que se nombraba Fiscal General del Estado a Don Eligio Hernández Gutiérrez. Al examinar el óbice procesal opuesto por el Abogado del Estado en relación con la legitimación activa de las asociaciones recurrentes, la Sala diferencia entre la legitimación de las asociaciones de fiscales (FJ 2º) y la de las asociaciones de jueces y magistrados (FJ 3º). En cuanto a las primeras, considera el Alto Tribunal que la noción de interés profesional delimitada por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 24/1987, de 25 de febrero, puede tener un sentido más amplio: “extendiendo el concepto

(18) Citada expresamente por la Sentencia de 27 de octubre de 2008 y de gran importancia para la doctrina de la impugnabilidad de los actos políticos, luego trasladada al actual artículo 2.a) LJCA. A pesar de la ampliación de la legitimación procesal de las asociaciones judiciales que lleva a cabo, la Sala da a entender que en ningún caso se les puede reconocer legitimación para la mera defensa de la legalidad: “El desarrollo de esta remisión a la ley ha sido realizado en los artículos 401.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En ambos preceptos se nos dice que las respectivas asociaciones podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de estudios y actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. Queda así perfectamente delimitado que el único interés que pueden patrocinar judicialmente las asociaciones recurrentes es el profesional, puesto que los temas relacionados con la ‘justicia en general’ se residencian por la Ley en el ámbito más teórico e instructivo de la ‘realización de estudios y actividades’ [...]” (la cursiva es nuestra).

estricto de interés profesional, en el sentido de no limitarlo a aspectos tan obvios y evidentes como son los relativos a la promoción en la carrera y a los intereses económicos inherentes a la misma, podemos y debemos entender que también está comprometido cuando el tema litigioso versa sobre el marco o estatuto jurídico básico que regula la función profesional que ejercitan los asociados, por ser precisamente esta función la que justifica la existencia misma de la categoría específica de interesados que constituyen la razón de ser de la Asociación. En este caso, al denunciarse una posible ilegalidad supuestamente cometida al nombrar al Fiscal General del Estado, aparece afectado aquel estatuto jurídico básico, lo que determina que debamos considerar legitimada a la Asociación de Fiscales para pretender procesalmente su anulación”.

Y en lo que concierne a las asociaciones de jueces y magistrados, el Tribunal Supremo ubica el punto de conexión en la independencia judicial, cuya protección y tutela es una de las funciones básicas del Ministerio Fiscal, cuyo órgano superior es el Fiscal General del Estado, por lo que el nombramiento de éste afecta también al “marco o estatuto jurídico básico que regula la función profesional de los asociados”: “En cuanto a las Asociaciones Judiciales, afirmábamos que el punto legal de conexión constitutivo de un posible interés legitimador solamente cabe encontrarlo por medio del valor independencia, que define al Poder Judicial como condición inexcusable de existencia del Estado de Derecho. Este valor independencia, que es el que en última instancia justifica la existencia de los jueces, se integra como elemento definidor de la profesión, de forma que las actuaciones que puedan desarrollarse en torno al marco legal en que dicha independencia encuentra acogida no pueden considerarse ajenas al interés profesional de las Asociaciones Judiciales. Pues bien, uno de los elementos de dicho marco legal está constituido por la función constitucional del Ministerio Fiscal de ‘velar por la independencia de los Tribunales’ (artículo 124.1 de la Constitución). Siendo esencial el valor independencia al ejercicio profesional de la función judicial, constituyendo el Ministerio Fiscal uno de los medios jurídicos dirigidos a preservarla y constituyendo el Fiscal General del Estado la pieza clave del Ministerio Fiscal, no cabe rechazar la legitimación de las Asociaciones de Jueces y Magistrados para poner en entredicho la legalidad de su nombramiento”.

En tercer lugar, se puede destacar la STS de 16 de junio de 1995 (recurso 1151/1990), FJ 2º, en la que, tras recordar la doctrina establecida por la STC 24/1987, de 25 de febrero, se aclara que la legitimación activa de las asociaciones judiciales, entendida ampliamente, abarca tanto las pretensiones de anulación como las de plena jurisdicción (artículo 31 de la actual LJCA): “La asociación profesional de los Magistrados y Jueces, al igual que la de los Fiscales viene contemplada en un precepto específico de la Constitución –artículo 127–, que prohíbe la pertenencia de los mismos a partidos políticos y sindicatos y por tanto esa autorización constitucional especial es el único cauce que tiene la Carrera Judicial para defender sus intereses profesionales y ello es un argumento más para que su legitimación para promover procesos en defensa de dichos intereses deba potenciarse y entenderse en sentido amplio, concediéndola siempre que los actos y disposiciones contra los que recurra incidan perjudicialmente en sus legítimos intereses asociativos. (Cfr. STC 24/1987, FJ 3º). Tutela judicial que, como en el caso que aquí se plantea, no tiene que reducirse forzosamente a la mera declaración abstracta sobre la legalidad del acto o disposición recurridos sino que puede extenderse, lógicamente a la fijación de criterios generales de reparación que, a partir de la hipotética declaración de ilegalidad, deberán aplicarse a las situaciones personales que resulten afectadas”.

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

Desde entonces, la jurisprudencia siempre se ha remitido al canon del “marco o estatuto jurídico básico que regula la función profesional que ejercitan los asociados” establecido en la STS de 28 de junio de 1994 (véanse, por ejemplo, las SSTS, Sección Séptima, de 1 de octubre y 5 de noviembre de 2007, recursos 97 y 98/2004 respectivamente, FJ 4º), aplicándolo a supuestos concretos:

a) Se ha reconocido expresamente la legitimación de las asociaciones judiciales para impugnar nombramientos de cargos judiciales, por extrapolación del interés directo de alguno de sus miembros en beneficio del interés general de la asociación (STS, Sección Séptima, de 30 de noviembre de 1999, recurso 449/1997, FJ 3º).

b) Se ha admitido la legitimación de las asociaciones judiciales para recurrir acuerdos del Consejo General del Poder Judicial sobre no provisión de plazas judiciales, por concurrencia del interés genérico de carácter corporativo junto con el interés individual y específico de una parte de sus miembros (SSTS de 30 de marzo de 1995, recurso 1717/1991, FJ 4º, y de 24 de enero de 1997, recurso 321/1993, FJ 3º).

c) Se ha aceptado la legitimación para impugnar actos relativos a la concesión de excedencias voluntarias, considerando que afectan a la posibilidad de movilidad judicial y pueden ser determinantes de la necesidad de acudir a formas excepcionales de atención de las vacantes producidas, por lo que inciden en los intereses profesionales de otros miembros de la Carrera Judicial distintos de los que obtuvieron dicha situación administrativa (STS, Sección Séptima, de 31 de octubre de 2002, recurso 2/1999, FJ 2º).

d) En cambio, se ha negado la legitimación de las asociaciones judiciales para recurrir las resoluciones dictadas en los expedientes disciplinarios en que estén incurso sus miembros, por considerar que el difuso interés profesional invocado en estos casos no es más que un simple interés en la defensa de la legalidad, la cual está objetivamente servida por el Ministerio Fiscal, y que además podría perturbar el correcto desarrollo de esta clase de expedientes. En palabras del Alto Tribunal, la defensa de los intereses profesionales “no alcanza a la personación en los expedientes disciplinarios que puedan seguirse a los miembros de dichas Asociaciones, toda vez que, la tutela de los intereses profesionales se refiere a una idea de globalidad que implique al Cuerpo o Carrera como tal, pero no a la actuación procedimental individualizada seguida contra determinadas actuaciones personales de un Juez o Magistrado que no tiene por qué trascender al colectivo integrado en la Asociación a que aquél pertenezca, ya que dicha individualización del daño sólo se produce en relación con cada uno de los asociados y no con las asociaciones como entidades jurídicas independientes” (STS de 28 de enero de 1997, recurso 125/1994, FFJJ 2º y 3º, con cita de las SSTS de 27 de enero de 1989 y 22 de junio de 1995)¹⁹.

e) También se ha rechazado la legitimación de las asociaciones judiciales para impugnar los acuerdos de nombramiento de magistrados suplentes y jueces sustitutos, entendiendo que dichos actos no afectan al interés profesional, dado que los magistrados suplentes y los jueces

(19) Esta jurisprudencia debe entenderse desvirtuada por la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, cuyo artículo 7.11 introdujo en la redacción del artículo 425 LOPJ un inciso a cuyo tenor “Las asociaciones de Jueces y Magistrados estarán también legitimadas para interponer, en nombre de sus asociados, recurso contencioso-administrativo, siempre que se acredite la expresa autorización de éstos” (párrafo segundo del actual apartado 8).

sustitutos no pertenecen a la Carrera Judicial y habitualmente los actos de nombramiento no los adscriben a ninguna Sala específica (SSTS, Sección Séptima, de 1 de julio de 1999, recurso 379/1996, FJ 3º, y 12 de junio de 2000, recurso 596/1996 –que cita la anterior–, y asimismo la STS de 25 de septiembre de 1996, recurso 611/1993, FJ 2º)²⁰.

Y siendo éste el estado de la cuestión hasta la fecha, la Sentencia de 27 de octubre de 2008 que aquí se comenta, con el fin de reconocer la legitimación activa de la Asociación Profesional de la Magistratura para impugnar el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobaba la terna de candidatos para ocupar un puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, da un paso más allá respecto a la Sentencia de 28 de junio de 1994 –aunque se presenta como una mera aplicación de la doctrina establecida en ella– y entiende que, de la misma manera que las asociaciones judiciales tienen legitimación para recurrir el nombramiento del Fiscal General del Estado, la tienen para impugnar la propuesta de candidatos para Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La prohibición del artículo 127.1 CE en cuya virtud los jueces y magistrados en activo no pueden pertenecer a partidos políticos y sindicatos cualifica a estas asociaciones profesionales frente a las del artículo 22 CE y frente a las restantes asociaciones profesionales, “aproximándolas a la posición que asigna a los sindicatos”. Dado que en esta sentencia el Tribunal Supremo ha entendido el interés profesional legitimador de un modo amplio comprendiendo, además de los aspectos estrictamente profesionales, “aquellos otros relativos al marco en el que los tribunales administran justicia”, y dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se erige en un ulterior y decisivo elemento del marco jurídico en el que actúan los órganos judiciales, pues no sólo hace efectivas las exigencias vinculadas a su independencia e imparcialidad y las restantes derivadas del derecho a un proceso equitativo, sino también las que resultan de todos y cada uno de los derechos del CEDH, el Pleno de la Sala concluye que la asociación judicial recurrente goza de legitimación *ad causam* en este caso (FJ 4º).

Esta decisión supone, a nuestro juicio, una ampliación excesiva de la legitimación procesal reconocida a las asociaciones judiciales y va más allá que el criterio establecido en la Sentencia de 28 de junio de 1994 relativa al nombramiento del Fiscal General del Estado. El Tribunal Supremo, a pesar de reconocer expresamente que “el puesto de Juez del TEDH no está reservado a miembros de ningún cuerpo o carrera ni, por tanto, puede considerarse parte del sistema de progresión profesional propio de los mismos” (FJ 6º), y de admitir que el interés de los miembros de la asociación recurrente en ser propuestos candidatos no es suficiente, porque no es distinto del de cualquier jurista que reúna los requisitos establecidos en el artículo 21 CEDH (cosa que ya había afirmado la Sección Séptima en el Auto de 17 de septiembre de 2007, por el que se deniega la suspensión cautelar solicitada por la parte actora²¹), rechaza la causa de inadmisibilidad invocada por el Abogado del Estado en estos mismos términos.

(20) En contra de esta interpretación negativa y, por lo tanto, reconociendo la legitimación en esta clase de supuestos: SSTS de 24 de enero de 1997 (recurso 965/1993), FJ 2º, y de 22 de diciembre de 1997, Sección Séptima (recurso 382/1993), FJ 2º.

(21) En concreto, se dijo: “los intereses alegados por la recurrente o no son distintos de la mera defensa de la legalidad –así los relativos a la defensa de los principios, derechos y libertades proclamados en la Constitución– o carecen de entidad para oponerse a los generales que se han identificado, ya que las aspiraciones de sus asociados a formar parte de la terna no son más que simples expectativas [...]”.

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

Parece claro que en este supuesto la asociación judicial demandante carecía del vínculo o conexión especial y concreto con la pretensión u objeto del proceso que, identificándolo con el interés profesional, exige la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuestas, dado que el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no está reservado en exclusiva a los miembros de la Carrera Judicial, sino que, de conformidad con el artículo 21.1 CEDH, los únicos requisitos son “gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser juriconsultos de reconocida competencia”. En este sentido, el interés de los asociados se reduce a una mera expectativa y el de la asociación se diluye en el simple interés por la legalidad, el cual no es suficiente para fundamentar la legitimación *ad causam*. Los Jueces y Magistrados son, sin duda, candidatos potenciales a ser propuestos para el cargo de Juez del TEDH, pero gozan de las mismas probabilidades de ser elegidos que cualquier otro jurista de reconocida competencia, de modo que, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, también debería reconocerse legitimación en este caso, por ejemplo, a los catedráticos universitarios de disciplinas jurídicas, a los abogados, etc., y, por supuesto, a sus respectivas asociaciones. Tiene razón el Alto Tribunal cuando señala que el puesto de Juez del TEDH no puede considerarse parte del sistema de progresión profesional de ningún cuerpo o carrera, entendiendo el concepto de Carrera Judicial como un Cuerpo único de jueces y magistrados profesionales, en el que la progresión profesional consiste en un *cursum honorum* basado en la pertenencia y ascenso a cada una de las categorías preestablecidas (Sentencia del Pleno de la Sala Tercera, de 29 de mayo de 2006, recurso 309/2004, FJ 5º, sobre nombramiento del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, reiterada por Sentencia, también del Pleno, de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006, sobre promoción a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo de dos magistrados).

Entender que en este caso el acto impugnado se refiere a la cobertura de un único puesto de Juez (de los 45 que integran el Tribunal), y que ello repercute en el marco jurídico en el que actúan los órganos judiciales (hasta el punto de justificar la legitimación activa de la asociación recurrente), porque el Tribunal de Estrasburgo es el órgano competente para interpretar y aplicar el CEDH, del cual forma parte el derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1), constituye una interpretación forzada de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que no es lo mismo el “marco jurídico en el que actúan los órganos judiciales” (expresión que utiliza la Sentencia comentada) que el “marco o estatuto jurídico básico que regula la función profesional que ejercitan los jueces y magistrados” (que es la expresión acuñada por la Sentencia de 28 de junio de 1994). Los nuevos matices introducidos en dicha expresión, la cual sintetiza el canon jurisprudencial en esta materia específica, son muy significativos: desaparece el calificativo “básico”, ampliando la legitimación a cualquier disposición que forme parte de dicho marco estatutario, y también desaparece la referencia a la “función profesional” para hablar ahora genéricamente de la “actuación de los órganos judiciales”.

Parece que el fallo del Tribunal Supremo *dixit plus quam voluit*, puesto que este criterio probablemente obligaría a admitir la legitimación de las asociaciones judiciales para impugnar no sólo los nombramientos de Magistrados del Tribunal Constitucional y de Vocales del Consejo General del Poder Judicial, sino también para recurrir cualquier acto o disposición, procesal o material, general o sectorial, que tenga que ser interpretado y aplicado jurídicamente por los Jueces y Tribunales, aunque no tenga relación alguna con sus intereses profesionales, si se entiende que forma parte del “marco jurídico” del desempeño de sus funciones, aproximando

do dicho interés profesional así entendido al mero interés por la defensa de la legalidad o a la acción popular.

En suma, hay fundamento para considerar que este fallo abre la puerta a una “superlegitimación” de las asociaciones judiciales, más amplia incluso que la de los sindicatos. En efecto, como hemos visto *supra*, la jurisprudencia reconoce la cualificación especial de la posición jurídica que la Constitución otorga a los sindicatos (artículo 7 CE), pero al mismo tiempo confirma que su legitimación procesal se basa, al igual que el resto de las personas jurídicas asociativas, en un interés profesional que le vincule concretamente con la pretensión esgrimida, puesto que no son guardianes de la legalidad. En el caso de las asociaciones judiciales, el Tribunal Supremo ha hablado de una “aproximación” de ellas a los sindicatos a estos efectos, basada asimismo en la especial naturaleza que les atribuye el artículo 127 CE para suplir la prohibición de sindicación impuesta a los Jueces y Magistrados, pero lo cierto es que con este nuevo criterio no se exige a esta clase de asociaciones la mencionada vinculación o conexión concreta con el objeto del proceso.

El Tribunal Supremo ya ha intentado reforzar su argumentación aprovechando el recurso 547/2008, interpuesto por don José Luis Mazón Costa y doña Encarnación Martínez Segado contra el Real Decreto 1576/2008, de 24 de septiembre, por el que se nombra al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. El reciente Auto de la Sección Séptima de 16 de diciembre de 2008 inadmite el recurso por falta de legitimación de los recurrentes, ratificando expresamente el criterio adoptado en la Sentencia que comentamos, para lo cual parte de la mencionada distinción entre puestos judiciales de provisión ordinaria y cargos en órganos constitucionales que pueden ser ocupados por juristas de reconocida competencia. Afirma rotundamente la misma tesis que se defiende en este estudio: que en los procesos de designación de dichos cargos de especial naturaleza, la sola posesión de los requisitos exigidos para aspirar a éstos no confiere legitimación para impugnarlos, sino que es necesario una conexión o vínculo específicos (carácter subjetivo de la legitimación). Sin embargo, el Tribunal considera que dicha conexión o vínculo puede reconocerse a determinados sujetos por la posición que ocupan (por ejemplo, los restantes candidatos que se han presentado y no han resultado elegidos) o por la cualificación especial que les otorga la Constitución o la ley, en clara alusión a las asociaciones judiciales (carácter objetivo).

Así, en el FJ 7º de la resolución citada, el Tribunal Supremo considera que en las propuestas para el nombramiento de Vocales del Consejo General del Poder Judicial y de Magistrados del Tribunal Constitucional, “se deja a la autonomía de los proponentes la forma de presentación de candidaturas, sin abrir a potenciales interesados que cumplan las condiciones exigidas la posibilidad de postularse. Este sistema no es contrario al artículo 23.2 de la Constitución, según ha dicho la Sentencia del Pleno de la Sala de 27 de octubre de 2008 (recurso 366/2007), y se caracteriza por que asegura, a la vez, la capacitación indispensable en las personas finalmente elegidas y el consenso imprescindible sobre ellas. Además, tiene el sentido de dejar a los llamados a hacer la propuesta el mayor margen posible en la búsqueda de quienes han de ser nombrados para facilitar su acierto en la elección, esencial a la vista de las altas responsabilidades que habrán de ejercer los así seleccionados.

La diferencia que existe entre estos supuestos y los procesos selectivos para el ingreso en la función pública o los encaminados a la provisión de puestos de trabajo o de cargos judiciales

La legitimación activa de las asociaciones judiciales

ordinarios, hace que no sean trasladables a este caso, por falta de la identidad necesaria, las soluciones impuestas en ellos. Por el contrario, cuando, como aquí sucede, no está previsto un proceso de concurrencia competitiva para la provisión de un cargo, la sola posesión de los requisitos imprescindibles para aspirar al mismo no basta para conferir la legitimación que exige la Ley de la Jurisdicción para recurrir en vía contencioso-administrativa. Es necesario que, además, se dé una conexión o vínculo específicos con el procedimiento mediante el que se ha de proveer. Tal sería el caso de los que —como ha sucedido en otras ocasiones anteriores— fueron presentados por los Vocales como candidatos y no resultaron propuestos. O el de quienes, por la posición que ocupan o por el reconocimiento que les confieren la Constitución o la Ley, sean portadores de unos intereses objetivamente cualificados [...]” (la cursiva es nuestra).

Es interesante reseñar que el mismo Tribunal Supremo ha advertido este problema y ha limitado la legitimación en el caso de los colegios profesionales. La STS, Sección Cuarta, de 6 de abril de 2004 (recurso 37/2002), FJ 3º, manifiesta: “Los colegios profesionales constituyen corporaciones de derecho público de base privada asociativa que tienen reconocida la defensa de los intereses de los profesionales que los integran. Esta naturaleza bifronte, pública y privada, les confiere funciones públicas relacionadas con la ordenación de la correspondiente profesión, en unión de funciones generales de gestión y defensa de los intereses inherentes al ejercicio profesional y al estatuto de sus miembros. Esta función, sin embargo, no es suficiente para reconocerles legitimación para la impugnación de cualquier acto administrativo que pueda tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación, ni sobre los derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de los cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales, si no se aprecia una conexión específica entre el acto administrativo y la actuación o el estatuto de la profesión. Sostener la existencia en favor de los colegios profesionales de legitimación para impugnar cualquier acto administrativo por la relación existente entre el ámbito de actuación de la profesión o los derechos o intereses de los beneficiarios de la actuación profesional y el sector político, social o económico sobre el que produce efectos aquel acto equivaldría a reconocerles acción para impugnar los actos administrativos dictados en sectores muy amplios del ordenamiento y, por ende, a reconocerles facultades de impugnación revestidas de una amplitud sólo reservada a la acción popular” (la cursiva es nuestra). Este criterio, establecido para los colegios profesionales, es acorde con la consolidada jurisprudencia relativa a la legitimación activa en general, y de las asociaciones y corporaciones en particular y, en nuestra opinión, no existe obstáculo para trasladarlo al ámbito de las asociaciones judiciales en futuros pronunciamientos, con el fin de atemperar las posibles consecuencias que se puedan derivar de la extrapolación de la tesis sostenida por la Sentencia de 27 de octubre de 2008.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

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

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior. 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 dando cuenta de los sucesivos procesos de ratificación del tratado de Lisboa por parte de los Estados miembros. El 18 de febrero de 2008, el Parlamento checo aprobó finalmente el Tratado de Lisboa, cuya ratificación había sido varias veces retrasada. El 29 de abril de 2009 en Varsovia, los Presidentes de los parlamentos alemán, francés, húngaro, italiano, y polaco, pidieron a los parlamentarios de los países miembros que aceleraran sus procesos de ratificación del Tratado de Lisboa, a fin de dar una señal fuerte en vísperas de las elecciones europeas (a celebrar del 4 al 9 de junio de 2009), y para que el Tratado pueda tener fuerza de ley a partir de final de año. A continuación, el 6 de mayo de 2009, el Senado checo votó en favor de la ratificación del Tratado de Lisboa. Como es sabido, para entrar en vigor, el Tratado de Lisboa debe ser ratificado por todos los Estados miembros. Hasta ahora lo han hecho 26 de los 27 estados de la Unión. Irlanda prometió organizar un nuevo referéndum antes de noviembre de 2009. El Tratado de Lisboa supera de esta manera el penúltimo obstáculo para su ratificación por todos los Estados de la Unión. Ya sólo queda esperar el resultado del nuevo referéndum que Irlanda debe organizar sobre el Tratado europeo de Lisboa, aunque aún no se ha fijado ninguna fecha para su celebración.

A nivel interno, resulta forzoso dar cuenta de la entrada en vigor de dos leyes españolas cruciales para el proceso de construcción europea. La Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley

Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

Finalmente, y en lo que a ampliación de la Unión se refiere, Montenegro presentó oficialmente, el 15 de diciembre de 2008, su candidatura a la adhesión a la Unión Europea. Tras esta candidatura el Consejo debe ahora decidir o no la apertura del procedimiento de adhesión. También Albania depositó su candidatura a la Unión Europea el 28 de abril de 2009, menos de un mes después de haber integrado la Alianza atlántica. De esta manera estos Estados pasan a ser candidatos a la adhesión junto a Croacia, Turquía y Macedonia (ARYM). Sin embargo, y respecto a Turquía, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución el 12 de marzo de 2009, sobre los avances democráticos realizados en Turquía en 2008, en la cual se denunciaba la insuficiencia de las reformas y señalan la no resolución del conflicto con Chipre, así como la cuestión kurda. En cambio se congratulaban por los avances de Croacia en la vía de la adhesión a la Unión Europea y reiteraban su apoyo a la adhesión de Macedonia.

En lo que respecta al funcionamiento del Tribunal de Justicia, según las estadísticas del propio TJCE hechas públicas el 19 de febrero de 2009, la duración de los procedimientos prejudiciales ha alcanzado en 2008 su nivel más bajo desde hace 20 años. Tratándose de la duración de los procedimientos en 2008, la evolución ha sido considerable. Así pues, para las cuestiones prejudiciales, la duración de instancia se sitúa de media en 16,8 meses, lo que representa 3 meses menos que en 2006. Tratándose de los recursos directos y recursos de casación la duración media de procedimiento ha sido respectivamente de 16,9 meses y de 18,4 meses (respectivamente, 18,2 meses y 17,8 meses en 2007).

2. PRINCIPIOS GENERALES

En la STJCE de 23 de septiembre de 2008, As. C-427/06, se pronuncia el Tribunal acerca de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente relativa a si el Derecho comunitario contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros incluso cuando el comportamiento supuestamente discriminatorio carezca de vínculo alguno con el Derecho comunitario.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, al conocer de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los principios generales del Derecho comunitario (véase en este sentido, en especial, la Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981, apartado 75).

Para el Tribunal Europeo ni la Directiva 2000/78 ni el artículo 13 CE permiten sin embargo incluir en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario una situación como la controvertida en el litigio de autos.

I. Derecho Comunitario

Por una parte, el Reglamento no constituye una medida de aplicación de la Directiva 2000/78, y, por otra, el fallecimiento del Sr. Bartsch se produjo antes de finalizar el plazo de adaptación del Derecho nacional a la citada Directiva en relación con el Estado miembro del que se trata.

El artículo 13 CE, que faculta al Consejo de la Unión Europea para adoptar, dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado CE, las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de edad, no puede por sí mismo incluir en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, a los efectos de la prohibición de toda discriminación por motivos de edad, situaciones que, como la del litigio principal, no entran en el ámbito de las medidas adoptadas con fundamento en dicho artículo, y, en particular, de la Directiva 2000/78, antes de expirar el plazo que ésta dispone para la adaptación del Derecho nacional a la misma Directiva.

En contra de la tesis propugnada por la Comisión de las Comunidades Europeas, el asunto que dio lugar a la Sentencia de 2 de octubre de 1997, Saldanha y MTS (C-122/96, Rec. p. I-5325), no puede dar soporte a una conclusión opuesta.

Dicha sentencia se refería a la aplicación del artículo 6 CE (actualmente artículo 12 CE, tras su modificación), que confiere directamente el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad (véase, en especial, la Sentencia de 20 de octubre de 1993, Phil Collins y otros, C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145, apartado 34), en el ámbito de aplicación del Tratado.

En ese aspecto, el Tribunal de Justicia observó en el apartado 22 de la citada sentencia Saldanha y MTS que el litigio principal se refería a la protección de intereses que invoca un socio, nacional de un Estado miembro, frente a una sociedad establecida en otro Estado miembro. En el apartado 23 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia observó que, con el fin de poner en práctica la libertad de establecimiento, el artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 44 CE, apartado 2, letra g), tras su modificación], atribuía al Consejo y a la Comisión competencia para coordinar, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE, párrafo segundo, tras su modificación), para proteger tanto los intereses de los socios como los de terceros.

El Tribunal de Justicia dedujo de ello en el citado apartado 23 que las normas que en materia del Derecho de sociedades persiguen la protección de los intereses de los socios están comprendidas “dentro del ámbito de aplicación del Tratado”, en el sentido del artículo 6, párrafo primero, de éste y que, por tanto, están sujetas a la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad.

La aplicabilidad del Derecho comunitario en el asunto que dio lugar a la sentencia Saldanha y MTS, antes citada, no derivaba pues únicamente de la circunstancia de que se trataba de una discriminación por motivo de la nacionalidad, sino que dependía de la apreciación de que la normativa nacional controvertida entraba en el ámbito de aplicación del Tratado.

Este último aspecto diferencia además el presente asunto del que dio lugar a la sentencia Mangold, antes citada. En efecto, en este último asunto la normativa nacional controvertida constituía una medida nacional de aplicación de una directiva comunitaria, a saber la Directi-

va 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43), por medio de la cual dicha normativa había entrado en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (véase la sentencia Mangold, antes citada, apartado 75). En cambio, el Reglamento controvertido en el litigio principal no constituye una medida de adaptación a disposiciones comunitarias.

En virtud de las precedentes consideraciones, el TJCE concluyó en su Sentencia de 23 de septiembre de 2008 que el Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario. Tal vínculo no nace del artículo 13 CE ni, en circunstancias como las del litigio principal, de la Directiva 2000/78, antes de expirar el plazo concedido al Estado miembro del que se trate para la adaptación de su Derecho nacional a esa Directiva.

3. FUENTES

En el período de referencia, deben destacarse los siguientes pronunciamientos.

En primer lugar, la **STJCE de 2 de abril de 2009, As. C-83/08, Gluckauf Brauerei GMBH c. Hauptzollamt Erfurt**, recuerda que para garantizar la aplicación uniforme de una Directiva, sus conceptos deben recibir una interpretación autónoma, basada en el tenor de las disposiciones de que se trata y en los objetivos que persigue la Directiva.

En segundo término, como señala la **STJCE de 23 de abril de 2009, As. C-460/07, Sandra Puffer c. Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Linz**, si bien corresponde, en principio, al juez nacional concretar el contenido de la legislación vigente en una fecha determinada en un acto comunitario, el Tribunal de Justicia puede proporcionar los elementos de interpretación del concepto comunitario que sirva de referencia a la aplicación de una cláusula de excepción comunitaria a una legislación nacional vigente en una fecha determinada. Por ello, toda medida nacional aprobada después de una fecha determinada no queda automáticamente excluida, por ese único motivo, de la cláusula de excepción recogida en el acto comunitario de que se trate. Así, en la medida en que, después de la entrada en vigor de la Sexta Directiva IVA, la normativa de un Estado miembro modificó, reduciéndolo, el ámbito de las exclusiones existentes, acercándose así al objetivo de la Sexta Directiva, dicha normativa estaba cubierta por la excepción prevista en el artículo 17.6.2º de la citada Directiva. Sin embargo, una normativa nacional no constituiría una excepción permitida si tuviera como consecuencia la ampliación, después de la entrada en vigor de la Sexta Directiva, del ámbito de las exclusiones existentes, alejándose de ese modo del objetivo de la referida Directiva.

También de 23 de abril de 2009 es la **STJCE, As. Acum. C-261/07 y C-299/07, VTB-VAB NV c. Total Belgium NV (C-261/07) y Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV (C-299/07)**. De un lado, esta Sentencia indica que, en el ámbito de aplicación de una Directiva, no sólo están comprendidas las disposiciones nacionales cuyo objetivo expreso es adaptar el Derecho interno a la mencionada Directiva, sino también, desde la entrada en vigor de ésta,

I. Derecho Comunitario

las disposiciones nacionales anteriores que garanticen la conformidad del Derecho nacional con dicha norma comunitaria. De otro, dispone que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de ésta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta. Precisa, además, que todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, están sometidas a esta obligación de abstención. En este sentido,

“(…) a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta”.

Por su parte, la **STCE de 23 de abril de 2009, As. C-287/07, Comisión c. Bélgica**, repasa ideas a tener presentes en la trasposición por parte de los Estados miembros de las Directivas comunitarias. De este modo, establece que los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para asegurar el pleno efecto de la Directiva según el objetivo perseguido por ella. También indica que la trasposición de una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de las disposiciones en ella contenidas, pudiendo la disposición legal nacional, en función de su contenido, contemplar un contexto jurídico general que asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de una manera suficientemente clara y precisa y siempre respetando la exigencia de seguridad jurídica. Y, así, la necesidad de garantizar la plena aplicación del Derecho comunitario impone a los Estados miembros, no sólo un ajuste en su legislación, sino también que la adopción de disposiciones jurídicas cree una situación suficientemente precisa, clara y transparente que permita a los particulares conocer todos sus derechos y ejercerlos ante las jurisdicciones nacionales. Finalmente, esta Sentencia recuerda que el incumplimiento en la adaptación del Derecho nacional al comunitario debe ser apreciado en función de la situación del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado.

Por último, la **STJCE de 7 de mayo de 2009, As. C-553/07, College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. E.E. Rijkeboer**, apunta que las disposiciones de una Directiva son relativamente generales, dado que deben aplicarse a un gran número de situaciones, muy diversas entre sí, pero la Directiva contiene normas que se caracterizan por una cierta flexibilidad, que deja en muchos casos en manos de los Estados miembros la tarea de regular los detalles o elegir varias opciones. Como señala el pronunciamiento,

“(…) los Estados miembros disponían, en muchos aspectos, de un amplio margen de maniobra para la adaptación de los Derechos nacionales a la Directiva (...). Dicha flexibilidad (...) no es, sin embargo, ilimitada”.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia comunitaria en la revista de *Justicia Administrativa* el número de sentencias enjuiciadas sobre recursos de anulación

no es muy numeroso al igual que sucede respecto los recursos por omisión. No obstante, a pesar de esta apreciación, podemos recordar alguna de estas sentencias y autos. Un primer auto que podemos recordar es el **ATJCE de 17 de febrero de 2009, Sala Sexta, As. C-483/07 P, Galileo Lebensmittel/Comisión**, en el cual Tribunal de Justicia señaló que los requisitos para la admisibilidad de un recurso de anulación no pueden ignorarse por la interpretación del derecho a una tutela judicial efectiva efectuada por el demandante. Un particular al que no le afecta directa e individualmente una decisión de la Comisión y que, por tanto, no resulta afectado en sus intereses por esta medida, no puede ampararse en el derecho a una tutela judicial frente a esa decisión. Dado que la recurrente no había demostrado que estaba afectada individualmente por la Decisión controvertida, no podía sostener que el auto recurrido vulneraba su derecho a una tutela judicial efectiva.

Más adelante en el tiempo podemos recordar la **STPI de 3 de abril de 2009, As. T-455/05, Associazione italiana del risparmio gestito y Fineco Asset Management/Comisión**, en la que se hizo presente la línea jurisprudencial establecida en el tiempo relativa a que una asociación encargada de defender los intereses colectivos de empresas solamente está legitimada, en principio, para interponer un recurso de anulación contra una decisión final de la Comisión en materia de ayudas de Estado si dichas empresas también pueden hacerlo a título individual, o si puede invocar un interés propio para ejercitar la acción, en especial debido a que el acto cuya anulación se solicita afecta a su posición de negociadora, cosa que sucedía en este supuesto ya que la asociación encargada de la defensa de los intereses colectivos de estas empresas era beneficiaria efectiva de ayudas individuales cuya restitución se había solicitado. A diferencia de este supuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda), en el fundamento jurídico trigésimo quinto de su Sentencia de 23 de abril de 2004, **Sahlstedt y otros/Comisión, As. C-362/06 P**, sostuvo que la defensa de intereses generales y colectivos de una categoría de justiciables no basta para sustentar la admisibilidad de un recurso de anulación interpuesto por una asociación. Salvo circunstancias particulares como el papel que habría podido desempeñar en un procedimiento que hubiera dado lugar a la adopción del acto controvertido, tal asociación no se encontraba legitimada para interponer un recurso de anulación cuando sus miembros no pueden hacerlo individualmente.

Por su parte, la **STPI de 11 de marzo de 2009, Sala Quinta, As. T-354/05, TF1/Comisión**, sostuvo en el fundamento jurídico octogésimo sexto de esta sentencia que, cuando el solicitante alega que un acto, a pesar de que eventualmente le sea parcialmente favorable, no protege de modo adecuado su situación jurídica, debe reconocérsele un derecho a ejercitar una acción para que el juez comunitario examine la legalidad de dicha decisión. Por lo tanto, la apreciación de si el acto impugnado tiene o no carácter favorable pertenece al examen del fondo, y no de la admisibilidad del recurso.

En referencia a la obligatoriedad de los plazos, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) en el fundamento jurídico centésimo trigésimo octavo de su **STPI de 18 de marzo de 2009, As. T-299/05, Shanghai Excell M&E Enterprise y Shanghai Adepteck Precision/Consejo**, sostuvo que

“a falta de una disposición que contemple explícita o implícitamente las consecuencias del incumplimiento de un plazo procesal como el del caso de autos, tal incumplimiento sólo

I. Derecho Comunitario

puede dar lugar a la anulación total o parcial del acto cuyo proceso de adopción incluye el plazo en cuestión si se acredita que, de no haber existido esa supuesta irregularidad, dicho acto habría podido tener un contenido distinto”.

Finalmente podemos recordar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Novena), de 30 de abril de 2009, CD-Contact Data/Comisión, asunto T-18/03 de en la cual continuó con la línea jurisprudencial establecida relativa a que “cuando el Tribunal de Primera Instancia conoce de un recurso de anulación de una decisión adoptada en ejecución del artículo 81 CE, apartado 1, debe ejercer en general un control completo sobre la cuestión de si concurren o no los requisitos de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1”.

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

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha experimentado grandes cambios en lo que a las cuestiones prejudiciales y medidas cautelares se refiere durante el período de tiempo considerado. Ahora bien, y al menos en lo que concierne al “mecanismo prejudicial”, la Corte comunitaria ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre aspectos del mismo poco habituales y, por idéntico motivo, dignos de comentario.

En efecto, en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales y junto a los argumentos tradicionalmente abordados por la Corte de Justicia a este respecto (como pueden serlo los relativos a los motivos de admisibilidad y la competencia del propio Tribunal), han sido objeto de atención preferente para la Curia otros elementos de este mecanismo quizá menos acostumbrados, tales como: el alcance de la interpretación prejudicial y los efectos en el tiempo de esta clase de pronunciamientos, que, sin duda, merecen nuestra atención. Y a los que hay que añadir aquellos otros que tienen su origen en cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales españoles.

Comenzamos, así, por el análisis de las decisiones prejudiciales que han tenido por objeto los motivos de (in)admisibilidad y entre las que debemos dar cuenta, en primer término, de la **STJCE de 12 de febrero de 2009, As. C-466/07, Klarenberg**. En este pronunciamiento, la Curia comunitaria y frente a las observaciones expresadas por una de las partes en el litigio (i.e., Ferrotron) acerca de la eventual inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial debido a su innecesaridad (apdo. 29 de la Sentencia); la inexactitud de los hechos contenida en la escrito de remisión (apdo. 30), y la posible prescripción de la acción de reclamación sustantiva en el derecho interno alemán (apdo. 33 de la Sentencia), estima que la cuestión, por el contrario, debe ser admitida, dado que, en general:

1) Según reiterada jurisprudencia (apdo. 25 del pronunciamiento), el procedimiento establecido por el artículo 234 del TCE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de

Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para la solución del litigio que deban dirimir.

2) Además, y en el marco de esta cooperación, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.

3) Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (apdo. 26 de la Sentencia).

4) De ello se deriva, asimismo (apdo. 27), que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

Ocurre por último, y en particular, que en el caso de autos: a) el órgano jurisdiccional remitente entendió necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial (apdo. 29, *in fine*, de la Sentencia), extremo este sobre el que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse; b) que la veracidad de los hechos descritos en el documento de remisión (apdo. 32) constituye una responsabilidad exclusiva del juez nacional, no correspondiendo al Tribunal de Justicia comprobar su exactitud, y c) que el hecho de que en Alemania exista una normativa que establece un plazo transcurrido el cual el demandante en el litigio principal ya no podría reclamar la cesión de su contrato de trabajo constituye una cuestión que, como se desprende del apartado 28 de la presente sentencia, es un extremo que, una vez más, no corresponde verificar al Tribunal de Justicia (apdo. 34 de la Sentencia).

Así pues, y a la vista de todas estas consideraciones (apdo. 35), la Corte comunitaria no puede sino estimar procedente la petición de decisión prejudicial y declararla admisible.

En términos similares, y continuando con los pronunciamientos prejudiciales en los que la Corte comunitaria enfrenta el alcance y extensión de los motivos de inadmisión, debemos comentar también la **STJCE de 5 de marzo de 2009, As. C-545/07, Apis-Hristovich**. En este segundo caso, la Curia Europea declara la admisibilidad de la cuestión controvertida frente a la oposición, nuevamente, de una de las partes en el proceso (Lakorda), que considera (apdo. 26 de la Sentencia) que la petición de decisión prejudicial planteada no es necesaria para la resolución del litigio principal.

I. Derecho Comunitario

Lakorda sostiene, en efecto (apdo. 27), que el caso de autos no se refiere a la interpretación que procede dar a conceptos tales como “extracción” o “parte sustancial del contenido de una base de datos”, en el sentido de la Directiva de Derecho comunitario controvertida. Alega, para ser más precisos, que el Derecho búlgaro define el concepto de extracción y que las disposiciones de la mencionada Directiva invocadas en la petición de decisión prejudicial ya han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia anteriormente. A mayor abundamiento añade, en fin, que en lo atinente a la supuesta extracción ilegal que se le imputa, el órgano jurisdiccional remitente puede apreciar los elementos que le han presentado las partes, concretamente a la luz de los informes periciales técnico y contable que solicitó y obtuvo para resolver sobre el litigio principal, sin que sea precisa la intervención del Tribunal de Justicia.

Pues bien, después de recordar las líneas esenciales de su reiterada jurisprudencia sobre admisibilidad (apdos. 28 y 29), y de las que venimos de dar cuenta en los párrafos anteriores, el Tribunal de Justicia explica (apdo. 31) que en el presente asunto no comparecen ninguno de los motivos de inadmisión alegados. Antes al contrario, de la descripción del marco jurídico y fáctico del litigio principal, contenida en la petición de decisión prejudicial, se desprende que la solución del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente está subordinada, en particular, a que éste obtenga una serie de precisiones sobre los conceptos de “extracción” y de “parte sustancial”, evaluada cualitativa o cuantitativamente, del contenido de una base de datos, en el sentido de la Directiva objeto de interpretación. En estas circunstancias (apdo. 33 de la Sentencia), no cabe otra posibilidad que declarar admisible la petición de decisión prejudicial.

Siguiendo con el análisis de aquellos pronunciamientos prejudiciales en los que se enfrenta la cuestión de la inadmisibilidad, no podemos dejar fuera de nuestra crónica la **STJCE de 5 de marzo de 2009, As. C-350/07, Kattner Stahlbau**, donde, una vez más y en contra de las alegaciones de inadmisión formuladas en este caso por la propia Comisión Europea (apdo. 23 del pronunciamiento) y basadas en que, de una parte, con una de las cuestiones planteadas (la primera) se pretende obtener una interpretación del Derecho nacional y, de otra, que el escrito de remisión no ha identificado con suficiente precisión las normas de Derecho comunitario que requieren una interpretación, la Corte de Justicia Europea responde (apdos. 24 y 25 de la Sentencia) que:

- 1) En lo que respecta al tenor literal de las cuestiones prejudiciales, procede recordar, en primer lugar, que en el marco de un procedimiento incoado en virtud del artículo 234 del TCE, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para aplicar las normas del Derecho comunitario a un caso concreto y, por tanto, para calificar disposiciones de Derecho nacional a la luz de tal norma.
- 2) Que, no obstante esta premisa, el Tribunal de Justicia puede facilitar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que puedan serle de utilidad para apreciar los efectos de dichas disposiciones.
- 3) Que, desde este segundo punto de vista, corresponde, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le han planteado.
- 4) Y que, si bien es cierto que en el presente asunto y mediante su primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que aplique los artículos 81 y 82 del

TCE al litigio principal, decidiendo directamente si MMB constituye una empresa a los efectos de dichas disposiciones, así como que no precisa a este respecto las circunstancias pertinentes a los fines de tal calificación, no es menos cierto que nada impide reformular dicha cuestión con objeto de proporcionar al referido órgano jurisdiccional una interpretación de las mencionadas disposiciones que le resulte de utilidad para resolver el litigio del que conoce.

Además, el Tribunal de Justicia nos recuerda (apdo. 26 de la Sentencia) que, conforme a su reiterada jurisprudencia en esta materia, cuando una cuestión prejudicial se limita a remitir al Derecho comunitario sin mencionar las disposiciones de dicho Derecho a las que se hace referencia, incumbe al Tribunal de Justicia deducir del conjunto de elementos facilitados por el órgano jurisdiccional remitente, y principalmente de la motivación de la resolución de remisión, las disposiciones de Derecho comunitario cuya interpretación resulta necesaria, habida cuenta del objeto del litigio.

De hecho, en el presente asunto, aunque el tenor de la segunda cuestión no identifica las disposiciones de Derecho comunitario que deben interpretarse, se deduce claramente de la resolución de remisión que esta cuestión tiene por objeto que se determine si, como sostiene una de las partes en el proceso (Kattner) en el litigio principal, la afiliación obligatoria a una caja profesional (como lo es la otra parte en el proceso, MMB) puede constituir una restricción a la libre prestación de servicios prohibida por los artículos 49 y 50 del TCE o un abuso prohibido por el artículo 82 CE, interpretado, en su caso, en relación con el artículo 86 del TCE, por lo que puede reformularse esta cuestión en este sentido.

A la luz de estas consideraciones (apdo. 31 de la Sentencia), no puede considerarse evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente, el cual no es manifiestamente de naturaleza hipotética. Por tanto (apdo. 32 de la misma), procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

Ponemos fin a este primer grupo de fallos prejudiciales referidos a las causas o motivos de inadmisión con la **STJCE de 10 de marzo de 2009, As. C-169/07, Hartlauer**, en la que el Gobierno austríaco cuestiona la admisibilidad de la petición prejudicial sosteniendo que la parte principal en el proceso (Hartlauer) se funda de una manera abusiva en las normas de Derecho comunitario.

Señala el Gobierno austríaco, en efecto (apdo. 23 de la Sentencia), que en el presente asunto el vínculo transfronterizo establecido por Hartlauer lo fue de manera artificial ya que, según parece, Hartlauer es la filial de una sociedad austríaca que, según alegó en la fase oral, tiene la intención de establecerse nuevamente en Austria y que constituyó dicha filial con la única finalidad de hacer que su situación estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

En cambio, y a juicio de la Corte de Justicia Europea, conviene recordar con carácter previo que corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudi-

I. Derecho Comunitario

cial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. De suerte que, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse, sin que quepa disculpa (apdos. 25 y 26 de la Sentencia) porque en opinión de una de las partes en el proceso exista una conexión abusiva o artificial con el Derecho comunitario.

Así pues (apdo. 27 de este pronunciamiento), y habida cuenta de que en el presente asunto no resulta evidente que la interpretación solicitada no guarde relación alguna con la realidad o el objeto de los litigios principales, ni que el problema sea de naturaleza hipotética, esto es, puesto que no concurre ninguno de los motivos de inadmisión aceptados por la jurisprudencia del Tribunal, debe admitirse la petición de decisión prejudicial planteada.

Ahora bien, como ya hemos dicho en un principio y además de los motivos de inadmisión, otros temas han ocupado a la Corte de Justicia durante estos meses, como puede serlo el alcance de su propia competencia. Así ha ocurrido en la **STJCE de 19 de febrero de 2009, As. C-228/06, Soysal y Savatli**, donde el Gobierno alemán (apdo. 38 de este pronunciamiento) considera que la petición de decisión prejudicial no debe ser objeto de respuesta, ya que el asunto fue sometido al Tribunal de Justicia por un órgano jurisdiccional que no figura entre aquellos cuyas decisiones no pueden ser objeto de un recurso judicial de Derecho interno, y ello a pesar de que las cuestiones planteadas afectan a la validez de un reglamento del Consejo adaptado sobre la base del título IV de la tercera parte del TCE.

El Tribunal de Justicia, en cambio (apdo. 39 de la Sentencia), opina que no puede estimarse esta alegación. Y ello (apdo. 40) porque, como se desprende del propio tenor de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, éstas se refieren, expresa y exclusivamente, a la interpretación del Derecho comunitario (en particular, del Acuerdo de asociación CEE-Turquía, artículo 41, apdo. 1, del Protocolo Adicional). Y, por consiguiente (párrafo 41 de la Sentencia), el asunto ha sido sometido válidamente al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 del TCE, resultando así que el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente no figure entre aquellos a los que se refiere el artículo 68.1 del TCE, que establece una excepción al artículo 234 CE, carece de relevancia. Así pues, y en virtud de todo lo expuesto (apdo. 42 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia se declara competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional alemán de remisión: el *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg*.

Así también, tanto el alcance de la interpretación prejudicial como los efectos de este tipo de sentencias, han sido objeto de aclaración por la Corte Europea. Es el caso de la **STJCE de 29 de enero de 2009, As. C-19/08, Petrosian y otros**, donde la Curia comunitaria puntualiza (apdo. 34 de la Sentencia) que, según su reiterada jurisprudencia y para interpretar una disposición de Derecho comunitario, deben tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. Lo cual, obviamente, redundará en una importante ampliación del ámbito de conocimiento del mecanismo prejudicial.

Por su parte, en la **STJCE de 12 de febrero de 2009, As. C-138/07 Cobelfret**, y **STJCE de 10 de marzo de 2009, As. C-345/06, Heinrich**, la Corte comunitaria enfrenta la cuestión de los efectos de los pronunciamientos prejudiciales a la que acabamos de referirnos. Y lo hace, en ambos casos, sin exceptuar la regla general de retroactividad y sin apreciar las peticiones que

en sentido contrario habían hecho algunas de las partes, dado que, a juicio siempre de la Curia comunitaria (apdos. 68 a 69 de la primera Sentencia y 64 a 68 de la segunda), no concurren en ninguno de los dos casos las circunstancias que justificarían, con carácter excepcional, la no retroacción de los efectos del pronunciamiento prejudicial, a saber: 1) la eventual vulneración del principio general de seguridad jurídica (inherente al Derecho comunitario), y que salvaguarda las relaciones establecidas de buena fe entre los eventuales interesados, y 2) el riesgo de trastornos graves (fundamentalmente económicos) para el Estado afectado. En coherencia, y en ambos casos, el Tribunal de Justicia declara (apdos. 70 y 69 de cada uno de sus pronunciamientos), que no procede limitar en el tiempo los efectos de las correspondientes sentencias.

Por último, y para poner punto y final a los pronunciamientos de índole prejudicial, dedicaremos unas pocas líneas a las cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, y que han cristalizado en la **STJCE de 5 de marzo de 2009, As. C-222/07 UTECA**, y la **STJCE de 2 de abril de 2009, As. C-260/07, Pedro IV Servicios**.

En cuanto a la primera, tan sólo cabe señalar el hecho de su mero planteamiento, pues, de una parte y en lo que aquí nos incumbe, no es frecuente que el Tribunal Supremo haga uso de este mecanismo comunitario. Y, de otra, y en lo que atañe a la cuestión de fondo (esto es, la interpretación de los artículos 12 y 87 del TCE, así como del artículo 3 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en el marco de un recurso interpuesto por la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, que impone a los operadores de televisión la obligación de destinar, por una parte, el 5% de sus ingresos de explotación del año anterior a la financiación de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos y, por otra parte, el 60% de dicha financiación a las obras cuya lengua original sea una de las lenguas oficiales del Reino de España) será, a buen seguro, objeto de análisis en otros apartados de esta Revista.

No obstante, no creemos desacertado anticipar en estas páginas que, en opinión del Tribunal de Justicia: 1) La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, y, más concretamente, su artículo 3 y el artículo 12 del TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales de dicho Estado miembro; y 2) que el artículo 87 del TCE debe interpretarse en el sentido de que una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las lenguas oficiales de este Estado miembro no constituye una ayuda del Estado en beneficio de la industria cinematográfica de ese mismo Estado miembro.

I. Derecho Comunitario

Por último, y lo que concierne a la segunda de las dos sentencias “españolas” antes mencionadas, resulta obligado señalar que el Tribunal de Justicia tiene ocasión de pronunciarse, una vez más, acerca de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales. En efecto, en la respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona (mediante Auto de 13 de diciembre de 2006, recibido en el Tribunal de Justicia el 31 de mayo de 2007) y que tiene por objeto la interpretación del artículo 81 del TCE, de los artículos 11 y 12 del Reglamento (CEE) núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo [81] del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (DO L 173, p. 5); así como de los artículos 4, letra a), y 5, letra a), del Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, la Corte comunitaria resuelve las alegaciones de inadmisibilidad invocadas, entre otros, por el Gobierno español (vid. apdo. 27 de la misma). Y lo hace, como nos tiene acostumbrados, recordándonos (apdos. 28 a 29 de este pronunciamiento) que sólo excepcionalmente y en el caso de que concurra una serie tasada de circunstancias, el TJCE puede desvirtuar la presunción de validez de la que gozan las cuestiones prejudiciales interpuestas.

Pues bien, en el caso de autos y a juicio siempre de la Corte comunitaria, ninguna de las circunstancias establecidas en su jurisprudencia comparece. Ni el auto de remisión resulta parco en la descripción de los hechos y fundamentos de Derecho (apdo. 30 de la Sentencia); ni la respuesta a la cuestión prejudicial planteada resulta clara o ha sido aclarada precedentemente (apdo. 31 del pronunciamiento); ni tampoco reviste carácter hipotético (apdos. 34, 35 y 37 de la Sentencia); ni, por último (apdo. 36), resulta de aplicación la exención contemplada en el artículo 81 del TCE. Por lo tanto (apdo. 38), y como en tantas otras ocasiones, la petición de decisión prejudicial es declarada admisible.

E) Medidas cautelares

En lo que atañe a las medidas cautelares, tan sólo cabe reseñar que ninguna de las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia durante el período que comprende esta crónica ha introducido variación alguna en la que viene siendo su reiterada jurisprudencia sobre esta materia.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 16 de febrero al 24 de mayo de 2009), se han dictado un total de cinco sentencias en esta materia. En primer lugar la **STJCE de 5 de marzo de 2009, Sala Primera, As. C-88/07, Comisión/España**, en la cual se declara el incumplimiento por parte de España de las obligaciones de la Decisión núm. 3052/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad. En concreto, España decidió (y no comunicó a la

Comisión) la retirada del mercado de productos elaborados a base de plantas medicinales que habían sido legalmente fabricados o comercializados en otro Estado miembro, en virtud de una práctica administrativa que consiste en retirar del mercado todo producto que contenga plantas medicinales no incluidas en el anexo de la Orden Ministerial española de 3 de octubre de 1973 por la que se establece el registro especial para preparados a base de especies vegetales medicinales, en su versión modificada, ni en el anexo de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo SCO/190/2004, de 28 de enero, por la que se establece la lista de plantas cuya venta al público queda prohibida o restringida por razón de su toxicidad, y que no sea un preparado constituido exclusivamente por una o varias plantas medicinales o sus partes enteras, trociscos o polvos, por considerar que dicho producto es un medicamento que se comercializa sin la preceptiva autorización de comercialización.

En segundo lugar, la **STJCE de 24 de marzo de 2009, Gran Sala, As. C-445/06, Danske Slagterier**, en la cual se analiza un supuesto de controles veterinarios sobre carnes frescas, en la que se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán sobre la correcta adaptación de una Directiva comunitaria al Derecho interno, y la compatibilidad de este supuesto con el de la existencia de plazos de prescripción para el ejercicio de acciones.

Para el Tribunal, los particulares que hayan sufrido un perjuicio a consecuencia de la adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 64/433/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1964, relativa a problemas sanitarios en materia de intercambios de carne fresca, modificada por la Directiva 91/497/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, y 89/662/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1989, relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios con vistas a la realización del mercado interior, y de la aplicación incorrecta de dichas Directivas pueden invocar el derecho a la libre circulación de mercancías para que se genere la responsabilidad del Estado derivada de la infracción del Derecho comunitario.

El Derecho comunitario no exige que, cuando la Comisión inicie un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 TCE, el plazo de prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario previsto por la normativa nacional se interrumpa o se suspenda durante dicho procedimiento. Igualmente, el Derecho comunitario no se opone a que el plazo de prescripción de una acción de responsabilidad del Estado debida a una adaptación incorrecta del Derecho interno a una directiva comience a correr a partir de la fecha en la que se producen las primeras consecuencias perjudiciales de esta adaptación incorrecta y puedan preverse nuevas consecuencias perjudiciales, incluso si esta fecha es anterior a la adaptación correcta a la directiva. Por último, el Derecho comunitario no se opone a la aplicación de una norma nacional que establece que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre y cuando el ejercicio de dicha acción judicial sea razonablemente exigible al perjudicado, extremo que incumbe apreciar al tribunal nacional, habida cuenta del conjunto de circunstancias del asunto principal. La probabilidad de que el juez nacional presente una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 TCE o el hecho de que esté pendiente un procedimiento por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia no pueden, por sí solos, constituir un motivo suficiente para afirmar que no es razonable exigir que se ejerza determinada acción.

I. Derecho Comunitario

En tercer lugar, la STJCE de 2 de abril de 2009, Sala Segunda, As. C-421/07, **Damgaard**, en la que el Tribunal interpreta la Directiva sobre medicamentos para consumo humano. En concreto, la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004. Pues bien, esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la difusión por un tercero de información relativa a un medicamento, en particular a sus propiedades curativas o preventivas, puede considerarse publicidad en el sentido de ese artículo aun cuando ese tercero actúe por cuenta propia y de forma totalmente independiente, de hecho y de derecho, del fabricante o del vendedor de ese medicamento. Corresponde al juez nacional determinar si dicha difusión constituye una forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos.

En cuarto lugar, la STJCE de 30 de abril de 2009, Sala Segunda, As. C-531/07, **Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft**, en la cual se considera una medida de efecto equivalente la imposición de un determinado precio a los libros importados de otro Estado miembro. En concreto, el Tribunal declara que una normativa nacional (en concreto, la austríaca) que prohíbe a los importadores de libros en alemán fijar un precio de venta inferior al establecido o recomendado por el editor para el país de publicación constituye una “medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación” en el sentido del artículo 28 TCE. Una normativa nacional que prohíbe a los importadores de libros en alemán fijar un precio de venta inferior al establecido o recomendado por el editor para el país de publicación y que tiene el objetivo, en particular, de mantener la pluralidad cultural, no puede justificarse en los artículos 30 y 151 TCE ni por exigencias imperativas de interés general.

Por último, la STJCE de 14 de mayo de 2009, Sala Tercera, As. C-161/08, **Internationaal Verhuis-en Transportbedrijf Jan de Lely**, resuelve una cuestión prejudicial sobre la utilización de los cuadernos TIR y ATA en materia de mercancías internacionales. El Tribunal precisa que el Reglamento (CEE) núm. 1593/91 de la Comisión, de 12 de junio de 1991, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) num. 719/91 del Consejo, relativo a la utilización en la Comunidad de los cuadernos TIR, así como de los cuadernos ATA como documentos de tránsito, en relación con el artículo 11.1 del Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR, suscrito en Ginebra el 14 de noviembre de 1975, debe interpretarse en el sentido de que la inobservancia del plazo de notificación de que no se ha hecho el descargo del cuaderno TIR respecto del titular de dicho cuaderno no compromete el derecho de las autoridades aduaneras competentes a proceder a la recaudación de los derechos e impuestos adeudados con motivo de un transporte internacional efectuado al amparo de dicho cuaderno.

Por su parte, el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 1593/91, en relación con el artículo 11, apartados 1 y 2, del Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR, suscrito en Ginebra el 14 de noviembre de 1975, debe interpretarse en el sentido de que únicamente determina el plazo para aportar la prueba de la regularidad del transporte, pero no el plazo en el que se debe aportar la prueba del lugar de comisión de la infracción o la irregularidad. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar, según los principios de su Derecho nacional aplicables en materia de prueba, si, en el caso concreto de que conozca y habida cuenta de todas las circunstancias, la prueba ha

sido aportada dentro de plazo. No obstante, el órgano jurisdiccional nacional apreciará este plazo con arreglo al Derecho comunitario y, especialmente, por una parte, teniendo en cuenta que el plazo no debe ser demasiado largo, para no hacer jurídica y materialmente imposible la recaudación de las cantidades adeudadas en otro Estado miembro, y, por otra parte, velando por que este plazo no ponga al titular del cuaderno TIR en la imposibilidad material de aportar la prueba mencionada.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 15 de noviembre de 2008 al 15 de febrero de 2009), tan solo se han dictado dos fallos del TJCE en la materia. Nos referimos en primer lugar a la **STJCE de 5 de marzo de 2009, Sala Segunda, As. C-222/07, UTECA**, en la cual se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal Supremo español el 18 de abril de 2007, en el procedimiento contencioso entre la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) y la Administración General del Estado, en el que participaba también RTVE.

En concreto, se pedía el parecer del Tribunal de Luxemburgo en el marco de un recurso interpuesto por UTECA contra el Real Decreto español 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles (BOE núm. 174, de 20 de julio de 2004), que en concreto impone a los operadores de televisión la obligación de destinar, por una parte, el 5% de sus ingresos de explotación del año anterior a la financiación de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos y, por otra parte, el 60% de dicha financiación a las obras cuya lengua original sea una de las lenguas oficiales del Reino de España.

El Tribunal analiza la cuestión a la vista del derecho comunitario promulgado y concluye que la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales de dicho Estado miembro. Por su parte, el artículo 87 CE debe interpretarse en el sentido de que una medida adoptada por un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que obliga a los operadores de televisión a destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60% de dicho 5% a obras cuya lengua original sea cualquiera de las lenguas oficiales de este Estado miembro no constituye una ayuda del Estado en beneficio de la industria cinematográfica de ese mismo Estado miembro.

I. Derecho Comunitario

En segundo lugar, la STJCE de 28 de abril de 2009, Gran Sala, As. C-518/06, Comisión/Italia, analiza una cuestión sobre el seguro de responsabilidad civil del automóvil. La Comisión pretendía declarar el incumplimiento por parte de Italia de la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida), al aplicar y mantener una normativa en virtud de la cual las primas del seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor deben calcularse sobre la base de parámetros determinados y al someter dichas primas a un control a posteriori. También era objeto de sospecha el control ejercido por Italia sobre los métodos según los cuales las compañías de seguros cuyo domicilio principal se encuentra en otro Estado miembro, pero que desarrollan sus actividades en Italia en virtud de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios, calculan sus primas de seguro y al imponer, en particular, con respecto a tales compañías, sanciones en caso de infracción de las normas nacionales relativas a los métodos de cálculo de las primas de seguro, y finalmente la obligación existente en Italia de suscribir el seguro de responsabilidad civil del automóvil para todas las compañías de seguros, incluidas aquellas cuyo domicilio principal se encuentre en otro Estado miembro, pero que desarrollan sus actividades en Italia en virtud de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios. El Tribunal, sin embargo, desestimó íntegramente el recurso y entendió las anteriores restricciones justificadas.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 16 de febrero al 24 de mayo de 2009), se han publicado un total de seis sentencias sobre esta materia.

En primer lugar, la STJCE de 19 de febrero de 2009, Sala Tercera, As. C-321/07, Schwarz, en la cual se resuelve una cuestión prejudicial sobre el permiso de conducción. El supuesto de hecho era el siguiente: Sr. Schwarz lo obtuvo en Austria antes de la adhesión de este Estado a la Unión Europea y con anterioridad a la expedición de un permiso alemán que fue retirado en Alemania debido al consumo de alcohol.

La apreciación del Tribunal es que el artículo 7.5 de la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción, 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 no se opone a que un nacional de un Estado miembro posea simultáneamente dos permisos de conducción válidos, uno de los cuales es un permiso comunitario y el otro un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro, si ambos se obtuvieron antes de la adhesión de este último Estado a la Unión Europea. Por su parte, la Directiva 91/439, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1882/2003, no se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento del derecho a conducir resultante de un permiso de conducción expedido por otro Estado antes de la adhesión de éste a la Unión Europea, si dicho permiso ha sido expedido con anterioridad a un permiso de conducción expedido por el primer Estado miembro en el que ese segundo permiso fue retirado debido a la ineptitud para conducir de su titular. El hecho de que dicha negativa se produzca después del período de prohibición de solicitar un nuevo permiso de conducción que acompaña a dicha retirada es, a este respecto, irrelevante.

En segundo lugar, la **STJCE de 10 de marzo de 2009, Gran Sala, As. C-169/07, Hartlauer**, cuyo fondo fue la denegación al recurrente de licencia de apertura de policlínicas dentales autónomas por aplicación de la normativa austríaca. El Tribunal estima contraria al Derecho comunitario la normativa austríaca, en virtud de la cual era necesaria una autorización para abrir un centro sanitario privado consistente en una policlínica dental autónoma y según la cual debía denegarse dicha autorización cuando, a la luz de la asistencia ya ofrecida por los médicos concertados, no exista necesidad alguna que justifique la apertura de tal centro, siempre que dichas disposiciones no sometan igualmente al mismo régimen a los consultorios colectivos y no se basen en un requisito que pueda limitar suficientemente el ejercicio, por las autoridades nacionales, de su facultad de apreciación.

El tercer fallo del Tribunal es la **STJCE de 26 de marzo de 2009, As. C-348/07, Semen**, en la cual el Tribunal interpreta la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, y llega a precisar que el artículo 17.2.a) de la Directiva 86/653/CEE debe interpretarse en el sentido de que no permite que el derecho del agente comercial a una indemnización esté limitado de oficio por el importe de las comisiones perdidas como consecuencia de la terminación de la relación contractual, aun cuando el valor de las ventajas conservadas por el comitente sea superior; y que en el caso de que el comitente pertenezca a un grupo de sociedades, las ventajas obtenidas por las sociedades de dicho grupo no forman parte, en principio, de las ventajas del comitente y, en consecuencia, no deben tenerse en cuenta necesariamente para el cálculo de la indemnización a que tiene derecho el agente comercial.

En cuarto lugar, la **STJCE de 26 de marzo de 2009, Sala Tercera, As. C-326/07, Comisión/Italia**, en la cual se declara un incumplimiento muy específico por parte de Italia al adoptar un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 10 de junio de 2004 por el que se fijan los criterios para el ejercicio de los derechos especiales previstos en el Decreto-ley núm. 332, de 31 de mayo de 1994, convalidado mediante la Ley núm. 474, de 30 de julio de 1994. En concreto, con ello Italia incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 53 TCE, en la medida en que las mencionadas disposiciones se aplican a los derechos especiales previstos en el artículo 2.1.a) y b) de dicho Decreto-ley, en su versión modificada por la Ley núm. 350, relativa a las disposiciones para la elaboración del presupuesto anual y plurianual del Estado (Ley de presupuestos para 2004, de 24 de diciembre de 2003), y en virtud del artículo 43 TCE, en la medida en que dichas disposiciones se aplican al derecho especial previsto en el mencionado artículo 2, apartado 1, letra c).

También sobre Italia radica el asunto enjuiciado en la **STJCE de 19 de mayo de 2009, Gran Sala, As. C-531/06, Comisión/Italia**, en materia de farmacias. Sin embargo, en esta ocasión el Tribunal desestimó el recurso. La pretensión de la Comisión era declarar el incumplimiento por parte de Italia de sus obligaciones para con el Derecho comunitario al mantener en vigor una normativa que reserva el derecho a explotar una farmacia privada minorista exclusivamente a las personas físicas que dispongan de un título de farmacéutico y a las sociedades de explotación compuestas únicamente por socios farmacéuticos, y las disposiciones normativas que impiden que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las sociedades de explotación de farmacias municipales. Las restricciones

I. Derecho Comunitario

que se derivan de la citada normativa nacional están justificadas por el interés general de protección de la salud pública. Dicha normativa se aplica sin discriminación y garantiza que el abastecimiento regular de medicamentos a la población prevalezca sobre consideraciones económicas. En su opinión, sólo en caso de que los titulares de las farmacias, que influyen en la gestión de éstas, dispongan de conocimientos y de una experiencia específica completa, la gestión otorgará sistemáticamente preferencia al interés de protección de la salud frente a objetivos económicos.

Por último y también en materia farmacéutica, la **STJCE de 19 de mayo de 2009, As. C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes y otros**, en la que se analiza como cuestión prejudicial la normativa nacional alemana que reserva la titularidad y la explotación de las farmacias exclusivamente a quienes tengan la condición de farmacéutico. Al igual que en la Sentencia anterior, el Tribunal hace primar el criterio de la protección de la salud pública para terminar declarando que los artículos 43 y 48 TCE no se oponen a una normativa nacional como la alemana, que impide a quienes no tengan la condición de farmacéutico ser titulares de farmacias y explotarlas.

C) Libre circulación de personas

Igualdad de trato

La **STJCE de 23 de abril de 2009, As. C-544/07, Rüffler**, resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto determinar si un ciudadano comunitario que ha ejercido la libertad de circulación tiene derecho a gozar de determinadas ventajas fiscales en el Estado miembro de acogida.

Tras haber residido en Alemania, donde ejercía una actividad laboral por cuenta ajena, el Sr. Rüffler se instaló en Polonia, donde reside de manera permanente con su esposa desde el año 2005. El Sr. Rüffler nunca ha ejercido una actividad profesional en Polonia.

El Sr. Rüffler solicitó a la administración tributaria polaca que dedujese del impuesto sobre la renta que le corresponde abonar en Polonia por la pensión de empresa que percibe en Alemania la cuantía de las cotizaciones al seguro de enfermedad que había abonado en Alemania. La administración tributaria polaca desestimó su solicitud, señalando que el artículo 27.b) de la Ley del impuesto sobre la renta sólo prevé la posibilidad de deducir del impuesto sobre la renta las cotizaciones al seguro de enfermedad abonadas en Polonia. Esta resolución vulnera el Derecho comunitario, tal y como declara el Tribunal de Justicia en la sentencia reseñada.

En efecto, en cuanto a la disposición aplicable del Tratado, el Tribunal considera que no afecta al artículo 39 CE, en cuanto el Sr. Rüffler no ha ejercido actividad profesional alguna en Polonia. Sí se ve afectado, sin embargo, el artículo 17 CE. Y es que en su condición de nacional alemán, el Sr. Rüffler goza del estatuto de ciudadano de la Unión en virtud del artículo 17 CE, apartado 1, de modo que puede invocar, en su caso, los derechos correspondientes a tal estatuto y, en particular, el derecho a circular y residir libremente que confiere el artículo 18 CE, apartado 1.

Pues bien, en la medida en que un ciudadano de la Unión tiene derecho a recibir, en todos los Estados miembros, el mismo trato jurídico que se otorga a los nacionales de dichos Estados

miembros que se encuentran en la misma situación, sería incompatible con el derecho de libre circulación que pudiese aplicársele, en el Estado miembro de acogida, un trato menos favorable que aquél del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación.

D) Libre circulación de capitales

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

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**Sumario:**

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de inconstitucionalidad. a) Prueba en un procedimiento constitucional (artículo 89 LOTC): En los procesos en que se discute la adecuación o no de la Ley a la Constitución la prueba debe versar sobre hechos, por lo que no es pertinente probar normas cualquiera que sea su rango o naturaleza. B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Trámite de audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (artículo 35.2 LOTC): el error en el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal *a quo* puede ocasionar su inadmisión si se produce una merma en la efectividad de las alegaciones de las partes. C) Recurso de amparo. a) El Tribunal Constitucional sigue sin pronunciarse sobre el nuevo trámite de admisión del recurso de amparo introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC. **3. Distribución de competencias.** A) Regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (artículo 149.1.1ª CE): la LOREG habilita a las Comunidades Autónomas para incrementar el porcentaje de representación mínimo de mujeres en las candidaturas a las elecciones autonómicas.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de enero, febrero y marzo de 2009. En la sección de “procesos constitucionales” destacamos dos autos del Tribunal Constitucional sobre la práctica de la prueba y la imposibilidad de probar “normas” en el marco de un proceso constitucional (AATC 67/2009 y 66/2009, de 24 de febrero), y dos autos en los que se determinan las condiciones en que ha de evacuarse el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal antes del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, tal y como prevé el artículo 35.2 LOTC (AATC 33/2009 y 31/2009, de 27 de enero).

El Tribunal Constitucional ha dictado tan sólo una Sentencia en la que se analizan problemas relacionados con la distribución de competencias en este trimestre. La STC 13/2009, de 19 de enero, analiza si la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, puede vulnerar la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Prueba en un procedimiento constitucional (artículo 89 LOTC):

En los procesos en que se discute la adecuación o no de la Ley a la Constitución la prueba debe versar sobre hechos, por lo que no es pertinente probar normas cualquiera que sea su rango o naturaleza

AATC 67/2009, de 24 de febrero y 66/2009, de 24 de febrero. En el marco del procedimiento de recurso de inconstitucionalidad promovido por la Generalidad Valenciana contra la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, el Director General de la Abogacía de la Generalitat Valenciana, en nombre y representación de la misma, solicita la apertura de un trámite de prueba (artículo 89 LOTC) y la admisión de la aportación del Real Decreto-ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona al objeto de “acreditar la situación de extrema y urgente necesidad que justifica su aprobación”.

El Pleno del Tribunal Constitucional deniega la práctica de esta prueba porque, según constante doctrina, “tanto en los procesos ordinarios como en los constitucionales, la prueba debe versar sobre hechos, por lo que no es pertinente probar normas cualquiera que sea su rango o naturaleza” (ATC 200/1985, de 14 de marzo, FJ 1º), criterio específicamente reiterado en relación a los procesos en los que se discute la adecuación o no de la Ley a la Constitución en el ya citado ATC 486/2004 (FJ 2º)”.

A juicio del Tribunal, teniendo en cuenta la doctrina que señala que la prueba ha de versar sobre hechos, la parte demandante no ha concretado la cuestión de hecho que, por su relevancia para la resolución del proceso en curso, pretende ser acreditada por el actor a través de la práctica de la prueba que se solicita. Por el contrario, lo que la Generalitat Valenciana pretende es “introducir argumentaciones tendentes a fundamentar sus pretensiones en el proceso de inconstitucionalidad” mediante la aportación al proceso de determinada documentación en relación con la situación de extrema y urgente necesidad que justifica la aprobación de una norma distinta de la Ley 11/2005, norma esta que constituye el objeto del recurso de inconstitucionalidad en curso. Sin embargo, esta posibilidad alegatoria ya precluyó (FJ 3º).

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Trámite de audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (artículo 35.2 LOTC): el error en el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal a quo puede ocasionar su inadmisión si se produce una merma en la efectividad de las alegaciones de las partes

En los AATC 33/2009 y 31/2009, de 27 de enero, el Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial (Sala Tercera) de Bar-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

celona en relación con el artículo 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor (LORPM), por posible infracción del artículo 9.3 CE.

En el presente caso, el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no satisfizo adecuadamente la carga que pesa sobre él de facilitar la adecuada audiencia de las partes personadas y del Ministerio Fiscal (artículo 35.2 LOTC), debido a que la providencia que dictó para que aquéllos alegaran lo que consideraran oportuno sobre la posibilidad de promover una cuestión de inconstitucionalidad fue respecto del artículo 51.1 de la LORPM y no respecto del artículo 50.2 del mismo texto legal, precepto este último sobre el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional basa su decisión de inadmisión en dos argumentos:

En primer lugar, el error en el objeto de la cuestión se produce en el momento de dar audiencia a las partes, por lo que éstas han evacuado este trámite “con merma en la efectividad de sus alegaciones”. Sin embargo, no se produciría la inadmisión si el error en el objeto se hubiera contenido en el Auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad (STC 296/1994, de 10 de noviembre) ya que, según reiterada doctrina, lo más relevante es que con dicho trámite “no sólo se asegura la intervención de dichas partes y del Ministerio Fiscal con carácter previo a la posible adopción de una decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional, sino que, además, pone a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer, con rigor, la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso” (AATC 47/2004, de 10 de febrero y 202/2007, de 27 de marzo) (FJ 2º).

En segundo lugar, la no existencia de “identidad sustantiva entre los dos preceptos legales sucesivamente identificados por el organismo judicial promotor”, que implica una confusión acerca del problema sometido a debate. En la cuestión de inconstitucionalidad se ha de identificar “con total precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas”. En caso contrario, la cuestión ha de ser inadmitida, ya que “la importancia de la audiencia del artículo 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde” (ATC 295/2006, de 26 de julio) (FJ 2º).

C) Recurso de amparo

a) El Tribunal Constitucional sigue sin pronunciarse sobre el nuevo trámite de admisión del recurso de amparo introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC

El Tribunal Constitucional ha resuelto tres recursos de amparo planteados con posterioridad al 26 de mayo, fecha de entrada en vigor de la reforma de la LOTC (Disposición Final de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC): **STC 44/2009, de 12 de febrero**, que desestima el recurso de amparo electoral, interpuesto el 10 de febrero de 2009, por las agrupaciones de electores Arabako Demokrazia 3.000.000-D3M, D3M y Demokrazia

3 Milioi-D3M; **STC 43/2009, de 12 de febrero**, que desestima el recurso de amparo interpuesto el 10 de febrero de 2009 y declara la constitucionalidad de la anulación de los actos de proclamación de las candidaturas del partido político Askatasuna; **STC 31/2009, de 29 de enero**, que desestima el recurso de amparo interpuesto el 3 de noviembre de 2008 declarando constitucional la ilegalización del partido político Acción Nacionalista Vasca (ANV) por la STS de 22 de septiembre de 2008. A pesar de que las partes recurrentes hacen alusión a la especial trascendencia constitucional del contenido del recurso exigido por el artículo 49.1 LOTC como requisito de admisión a trámite (véase, por ejemplo, el Antecedente núm. 3 de la STC 44/2009, de 12 de febrero), el Tribunal Constitucional admite a trámite los tres recursos de amparo mencionados a través de providencia, sin aportar ningún tipo de argumento ni explicación sobre lo que debe entenderse por “especial trascendencia constitucional” o sobre cualquiera de los nuevos aspectos introducidos por la Ley Orgánica 6/2007. La única explicación proporcionada sobre la admisión en estos tres recursos fue que el Tribunal se limitó a acordar la admisión a trámite del “presente recurso de amparo, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 LOTC, por no apreciar en este examen liminar que la demanda presentada incumpla lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC y por estimar que cumple con el requisito establecido en el artículo 50.1.b) LOTC” (STC 43/2009, de 12 de febrero, Antecedente núm. 5).

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (artículo 149.1.1ª CE): la LOREG habilita a las Comunidades Autónomas para incrementar el porcentaje de representación mínimo de mujeres en las candidaturas a las elecciones autonómicas

La STC 13/2009, de 19 de enero, analiza desde diferentes ángulos la constitucionalidad de los preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, relativos al sistema electoral. La Ley trata de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en las candidaturas que se presenten a las elecciones para el Parlamento Vasco y para las Juntas Generales de los Territorios Históricos. Se dispone que las candidaturas “estarán integradas por al menos un 50% de mujeres”, debiendo mantenerse “esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres”. Desde el punto de vista de la distribución de competencias, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y dos Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso considera que estos preceptos supondrían una infracción de la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.1 CE en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (artículo 23.2 CE).

El TC toma como parámetro de control la versión de la LOREG que está vigente en el momento en que se realiza el control de constitucionalidad. El TC tiene en cuenta que legislador estatal ha modificado la LOREG con posterioridad a la Ley del Parlamento Vasco 4/2005 y a la interposición del presente recurso. La Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha introducido el artículo 44 bis LOREG. El apartado primero contiene dos referencias a las elecciones autonómicas: se establece como exigencia mínima que las candidaturas tengan una composición

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

equilibrada de mujeres y hombres (párrafo primero) y se dispone que las normas electorales autonómicas “podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas” (párrafo segundo). La LOREG habilita al legislador autonómico para incrementar el porcentaje de representación mínimo de mujeres (un mínimo del 40%) establecido con carácter general por el artículo 44 bis para las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional concluye que la Ley autonómica resulta conforme a lo establecido por el legislador orgánico, por lo que no se limita la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.1 CE.

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

LUCÍA ALONSO SANZ

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

Humanos. A) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2). a) Obligaciones positivas y violencia doméstica. b) Obligaciones positivas. Recluso enfermo que fallece en prisión. C) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) Arrestos en Gran Bretaña durante la vigencia de la Ley antiterrorista aprobada como consecuencia de los atentados del 11-S. b) Proporcionalidad de la intervención policial y responsabilidad patrimonial en España. D) Derecho a la libertad y seguridad (artículo 5). Proporcionalidad de la fianza en un proceso penal. E) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6). a) Acceso a los tribunales e inmunidad parlamentaria. b) Condena en segunda instancia sin audiencia en España. c) Inadmisión de la casación en el Tribunal Supremo español. d) Imparcialidad judicial y declaraciones a los medios de comunicación. e) Justicia gratuita y residencia irregular. F) Vida privada y familiar (artículo 8). a) Ley moldava de interceptación de las comunicaciones con insuficientes garantías. b) Uso de trasmisores en investigaciones policiales. Se identifica con el régimen jurídico de las escuchas telefónicas. c) Información pública sobre presuntos delincuentes buscados por la policía y vida privada. d) Fotografías de menores tomadas sin consentimiento. No es necesaria la difusión pública para que exista vulneración. e) Utilización incontestada de la imagen de un detenido que había sido maltratado. f) Vida familiar. Nacionalidad y prestaciones por maternidad. g) Vida familiar. Matrimonio religioso y pensión de viudedad. h) Daños medioambientales. Bastan riesgos serios, ante la pasividad de las autoridades. i) Desahucio y derecho al domicilio. Obligación de valorar la proporcionalidad de la medida. G) Libertad de religión (artículo 9). a) Igualdad entre confesiones religiosas. b) Violación de una pluralidad de derechos sobre la base de la religión. H) Libertad de expresión e información (artículo 10). a) Protección de los imputados frente a la divulgación de su imagen. b) Críticas al poder judicial realizadas por una jueza en campaña electoral. c) Archivos publicados en Internet. Pendencia de procesos de difamación y sucesivas descargas del artículo. d) Secreto

profesional e investigación de delitos. e) Derecho a la difusión de ideas y programas. Paso pacífico de un barco. I) Libertad de reunión y asociación (artículo 11). El derecho de manifestación no incluye el bloqueo de una autopista. J) Medidas cautelares (artículo 34). El retraso de tres días en su cumplimiento, aun sin riesgo de peligro irreparable, supone violación. K) Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias (artículo 46). De la justa satisfacción y el derecho a una indemnización a la obligación de los Estados de adoptar medidas estructurales. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Igualdad (artículo 14). a) Igualdad en la Ley. Paridad en el ámbito administrativo y electoral en las Comunidades Autónomas. b) Igualdad en la Ley. Diferenciación de sexos en tipo penal. c) Igualdad en la Ley. Tratamiento diferenciado de funcionarios transferidos con las mismas funciones. B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18). a) Intimidad y datos sanitarios. Inconcreta previsión normativa. b) Publicación inconsentida de la imagen de una persona desnuda y utilización de calificativos ofensivos sobre su orientación sexual. C) Derecho de asociación (artículo 22). Disolución de partidos políticos: caso ANV. D) Derecho de participación en los asuntos públicos (artículo 23). a) Anulación de listas electorales: casos Askatasuna y D3M. b) Necesidad de motivación suficiente de la inadmisión de iniciativas parlamentarias. E) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24). a) Evaluación del profesorado. Irrevisibilidad judicial de la discrecionalidad técnica. b) Suspensión de la ejecución de una demolición por expectativa de legalización urbanística. c) La ejecución de la expulsión penal de un extranjero no exime de resolver el recurso frente a la misma. **4. Tribunal Supremo.** A) Educación para la ciudadanía (artículos 16.1 y 27.3). Sentencias del Pleno de la Sala Tercera de 11 de febrero de 2009.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se pasa revista a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (481 sentencias), Tribunal Constitucional (84) y Tribunal Supremo correspondiente al primer trimestre de 2009.

Entre la doctrina del TEDH merece la pena destacar el asunto **A. contra el Reino Unido**, de 19 de febrero, en la que se realiza un detallado enjuiciamiento de la aplicación de la ley antiterrorista aprobada en Gran Bretaña tras el atentado del 11-S. Tiente también interés el caso **CGIL y Cofferati contra Italia**, de 24 de febrero, en el que se considera que la no concesión de un suplicatorio vulnera el derecho de acceso a los tribunales, lo que significa una incur-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sión en un campo en el que, hasta muy recientemente, ni siquiera los tribunales nacionales se consideraban competentes. Por último, conviene leer atentamente el caso **Slawomir contra Polonia**, de 20 de enero, un buen ejemplo del camino que el Tribunal está recorriendo desde la justa satisfacción y el derecho a la indemnización hacia la obligación de los Estados a adoptar medidas estructurales.

En otro orden de cosas se recogen varios asuntos contra España, en particular **Iribarren Pini-llos**, de 8 de enero, en el que se condena a nuestro país por vulneración de los artículos 3 y 6, **Mangouras**, de 8 de enero, en el que por el contrario se considera proporcionada la fianza del capitán del Prestige, **Igual Coll**, de 10 de marzo y **Golf de Extremadura SA**, de 8 de enero, en los que se constatan, por distintos motivos, vulneraciones del artículo 6.

Por el contrario no existen, en nuestra opinión, decisiones relevantes del Tribunal Constitucional en el período analizado, limitándose, en buena medida, a aplicar jurisprudencia anterior. Ello parece deberse, un trimestre más, a que el Tribunal parece estar dedicado, fundamentalmente, a tratar de lograr una sentencia sobre el Estatuto de Cataluña.

Por último con relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos optado por analizar, única pero extensamente, sus Sentencias del Pleno de la Sala Tercera, de 11 de febrero, sobre “Educación para la ciudadanía”.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

En el primer trimestre de 2009 el TEDH ha dictado un total de 481 sentencias:

Entre ellas, continúan las condenas a Turquía relacionadas con la represión de los kurdos, con violación de varios preceptos de la convención, por ejemplo, del artículo 5 en el asunto **Baizi contra Turquía**, de 17 de febrero de 2009, o del 10 en **Glucu contra Turquía**, de 10 de febrero de 2009.

También las de Rusia con relación a la guerra de Chechenia, por ejemplo, en **Ayubov contra Rusia**, de 12 de febrero de 2009.

Igualmente persisten decisiones contrarias a varios países del este por vulneración del artículo 3 y eventualmente del 34 por las malas condiciones de los centros de detención y prisiones, por ejemplo, en los casos **Novinskiy contra Rusia**, de 10 de febrero de 2009 y **Malenko contra Ucrania**, de 19 de febrero de 2009.

Así como numerosas violaciones del derecho de la propiedad como consecuencia de la restitución de las propiedades expropiadas durante los regímenes comunistas, por ejemplo, en **Dimitar y Anka Dimitrovi contra Bulgaria**, de 12 de febrero de 2009 o **Ileana Lazar contra Rumanía**, de 17 de febrero de 2009.

Se constatan también varias condenas a Italia por intentar extraditar a Túnez a sospechosos de cometer actos de terrorismo debido a la alta probabilidad de que sean sometidos a un trato

degradante (siguiendo en este punto la doctrina establecida en Scardi contra Italia, de 28 de febrero de 2008).

Y, por supuesto, un importante número de dilaciones indebidas que se refieren a una pluralidad de países.

De las restantes, las más importantes son las siguientes.

B) Derecho a la vida (artículo 2)

a) Obligaciones positivas y violencia doméstica

En el asunto **Branko Tomašić y otros contra Croacia, de 15 de enero de 2009**, el TEDH analiza la posible violación del artículo 2 del Convenio derivada de la muerte de una madre y su hija a manos de su esposo y padre, que había sido condenado a un período de privación de libertad y de tratamiento psiquiátrico obligatorio por amenazas de muerte reiteradas y creíbles contra ellas. A pesar de ello, el asesino permaneció en prisión sin seguir tratamiento alguno y cometió los asesinatos unos días después de abandonarla. El Tribunal señala que las autoridades croatas eran perfectamente conscientes del riesgo que representaba el asesino para sus víctimas, no cumplieron su obligación de tratar psiquiátricamente al asesino y que asimismo les constaba que no se arrepentía de su comportamiento y no reconocía lo negativo de su conducta. Todo ello lleva a condenar a Croacia.

b) Obligaciones positivas del Estado. Recluso enfermo que fallece en prisión

En el caso **Gagiu contra Rumanía, de 24 de febrero de 2009**, el recurrente es un interno penitenciario condenado a 20 años de prisión por la muerte de una persona. Está enfermo con hepatitis crónica etílica y úlcera duodenal crónica. Sufre diversos incidentes vasculares hasta que fallece. La Corte considera que las autoridades no han reaccionado con la diligencia necesaria para proteger la vida de la persona privada de libertad y que ha existido violación del artículo 2 en sus aspectos materiales, así como del 3 por no haber desarrollado una investigación eficaz.

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

a) Arrestos en Gran Bretaña durante la vigencia de la Ley antiterrorista aprobada como consecuencia de los atentados del 11-S

Sin duda uno de los asuntos más interesantes de este trimestre es **A. y Otros contra el Reino Unido, de 19 de febrero de 2009**. Como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre el Gobierno de Gran Bretaña considera que existe un serio riesgo para el país que proviene, principal, pero no exclusivamente de residentes extranjeros que forman una red de apoyo a Al Qaeda. El 11 de noviembre de 2001 dirige un *avis de derogation* al Consejo de Europa en los términos del artículo 15, acompañado del Proyecto de Ley de seguridad y lucha contra

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la criminalidad y el terrorismo, que fue posteriormente aprobada y entró en vigor el 4 de diciembre de 2001. Durante su aplicación fueron encarceladas 21 personas, entre las que se encuentran los once recurrentes.

La Corte, tras un detenido análisis de cada caso, constata que Gran Bretaña ha vulnerado el artículo 3 tanto aisladamente como con relación con el 13, y el artículo 5.1 con relación a la totalidad de los recurrentes, del 5.4 en tres de ellos, del 5.5 en nueve de ellos y establece una indemnización individualizada para cada uno de los que oscila entre los 1.700 y los 3.900 euros más 60.000 para los gastos de defensa conjuntos.

b) Proporcionalidad de la intervención policial y responsabilidad patrimonial en España

El asunto **Iribarren Pinillos Contra España, de 8 de enero de 2009**, trae causa de la falta de resarcimiento de los daños causados al recurrente, herido durante un enfrentamiento callejero con la policía por un bote de gas lacrimógeno lanzado a muy corta distancia y que le provocó graves quemaduras con hospitalización e intervención quirúrgica. Durante el procedimiento penal no pudo determinarse al culpable de los hechos, pero sí que el delito de lesiones había sido cometido por un miembro (no determinado) del cuerpo policial. A pesar de ello, la administración y después los tribunales (incluido el TS) no reconocieron la responsabilidad de la administración por los daños causados al recurrente, al considerar que la fuerza empleada no fue desproporcionada y que las heridas habían sido fruto del azar. El TEDH condena a nuestro país por insuficiente investigación de la autoría, con violación del artículo 3 CEDH en su vertiente procedimental y del artículo 6 CEDH en la medida en que el reconocimiento de la comisión de un delito hubiera debido llevar aparejada la indemnización por los daños, y por la excesiva duración del proceso, casi doce años.

D) Derecho a la libertad y seguridad (artículo 5). Proporcionalidad de la fianza en un proceso penal

En el asunto **Mangouras contra España, de 8 de enero de 2009**, el TEDH estudia la proporcionalidad de la fianza exigida al capitán del Prestige para su puesta en libertad condicional (3.000.000 de euros). El TEDH subraya que, en el caso concreto, y a pesar de lo elevado de la cuantía, puede entenderse proporcionada por la gravedad de los presuntos delitos, la relevancia del bien jurídico protegido, las consecuencias medioambientales catastróficas y las circunstancias personales del recurrente, ya que a pesar de tratarse de un asalariado, el armador del Prestige contaba con un seguro de responsabilidad civil que se hizo cargo de la fianza.

E) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6)

a) Acceso a los tribunales e inmunidad parlamentaria

El asunto **CGIL y Cofferati contra Italia, de 24 de febrero de 2009**, es, sin duda, un caso de gran trascendencia, en cuanto evidencia la intensidad que está adquiriendo el control del TEDH con relación a actos que, hasta hace muy poco tiempo, hubieran sido considerados insusceptibles de control judicial, no ya en el plano internacional, sino también por los tribunales de los Estados partes.

Los recurrentes son la Confederación General de Sindicatos del Trabajo italiana y quien era, en el momento de los hechos, su Secretario General. El 19 de marzo de 2002 es asesinado por las Brigadas Rojas Marco Biagi, un profesor de universidad y asesor del Ministro de Trabajo que defendía la necesidad de introducir flexibilidad en los contratos de trabajo, ideas combatidas por los recurrentes, que mantienen la convocatoria de una manifestación en contra de la reforma legal, celebrándola cuatro días después de la muerte. En un clima de fuerte tensión entre el Gobierno y los sindicatos, que se refleja en varios debates parlamentarios, dos días después el periódico *Il Messaggero* publica un artículo en que relata opiniones de Umberto Bossi, Ministro para las Reformas y Diputado, y en el que se afirma que los mensajes del sindicato habían creado el clima para el asesinato de Biagi.

Estimando difamatorias esas afirmaciones del Ministro, el sindicato inicia un procedimiento civil contra él y contra el periódico, pero la Cámara de Diputados considera que se trata de las opiniones expresadas por un parlamentario en el ejercicio de sus funciones y que están protegidas por la inmunidad. El Tribunal de Roma suspende el pleito civil e interpone un conflicto entre poderes del Estado ante la Corte Constitucional, solicitando la anulación de la decisión de la Cámara. Pero la Corte lo declara inadmisibile por la decisión 305 de 10 de julio de 2007.

Los recurrentes consideran que se vulnera su derecho de acceso a los tribunales (artículo 6.1). El gobierno opone como excepción que podían seguir su pleito contra la publicación, por lo que no pueden ser considerados “víctimas” pero la Corte rechaza esa excepción así como la alegación de que no se habían agotado los recursos internos. En cuanto al fondo considera que los recurrentes han sufrido una ingerencia en su derecho de acceso a un tribunal, cuya finalidad es legítima, ya que trata de proteger el libre debate parlamentario y el mantenimiento de la separación de los poderes legislativo y judicial, por lo que se trata de analizar la proporcionalidad de la medida para lo que se remite a los asuntos Cordova contra Italia (1) y (2) ambos de 30 de enero de 2003. Señala, a continuación que las declaraciones, en cuanto hechas a un periódico, no son el ejercicio de funciones parlamentarias *stricto sensu* y considera que las declaraciones sostienen, en esencia, que por su oposición a las reformas, los recurrentes son al menos en parte responsables del clima de tensión social que habría conducido al asesinato de M Biagi, y que en esas condiciones no se podría denegar el acceso a la justicia por el único motivo de que la querrela podría ser de naturaleza política o ligada a una actividad política, y que, en consecuencia, la decisión de la Cámara de Diputados que tiene como consecuencia paralizar la acción judicial no ha respetado el justo equilibrio ni los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo, sin que los recurrentes dispongan de otros medios razonables para proteger eficazmente sus derechos. Por todo ello declara por cinco votos frente a dos que se ha vulnerado el artículo 6.1 de la Convención y establece una indemnización de 8.000 euros.

La Sentencia contiene una opinión disidente de dos magistrados que afirman en sustancia que en el caso debió prevalecer la inmunidad parlamentaria.

b) Condena en segunda instancia sin audiencia pública en España

En *Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009, el Tribunal condena a España en virtud de la condena penal impuesta en segunda instancia al recurrente (avalada por el Tribunal

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Constitucional) sin que se celebrara una audiencia pública en dicha instancia. El Tribunal se basó en el material probatorio correspondiente al primer juicio para valorar las intenciones y comportamiento del recurrente. El Tribunal considera violado el artículo 6.1 y condena a España a 3.429 euros por daño material y a 2.000 euros por daños morales.

c) Inadmisión de la casación en el Tribunal Supremo español

En el asunto **Golf de Extremadura SA c. España, de 8 de enero de 2009**, el TEDH vuelve a condenar a España por las deficiencias en la admisión de recursos de casación por el Tribunal Supremo, ya identificadas en **Barrenechea Atucha c. España, de 22 de julio de 2008** (Justicia Administrativa, núm. 42).

d) Imparcialidad judicial y declaraciones en medios de comunicación

En el caso **Olujic contra Crocia, de 5 de febrero de 2009**, se reitera que las declaraciones de los juzgadores en los medios de comunicación social pueden mostrar sus juicios previos sobre los acusados y, en consecuencia, su posterior actuación en los procesos judiciales resultar incompatible con el requerimiento de imparcialidad recogido en el artículo 6.1 CEDH. Los hechos contemplan un fuerte escándalo derivado de la publicación de que el acusado, juez del Tribunal Supremo y vocal del Consejo Nacional del Poder Judicial, mantenía relaciones sexuales con menores y se relacionaba con personas ligadas a actividades criminales, usando indebidamente su posición. Por ello se le abrió un expediente disciplinario, al dañarse la reputación del Poder Judicial. El actor denunció que varios miembros del Consejo que le sancionó habían mostrado sus opiniones en entrevistas en la prensa antes de que el procedimiento concluyera.

e) Justicia gratuita y residencia irregular

En **Anakomba Yula contra Bélgica, de 10 de marzo de 2009**, se declara la violación del artículo 6.1 en relación con el 14 CEDH. En el caso la recurrente, residente ilegal en Bélgica pero casada con un residente legal, trató de cuestionar la paternidad de su hijo en vía judicial. Tal acción no llegó a buen puerto dado que las autoridades judiciales le negaron, como consecuencia de su irregular situación en territorio belga, la concesión del privilegio de justicia gratuita. Para el TEDH aunque el derecho de acceso a la justicia en su vertiente de derecho a la justicia gratuita no es absoluto, las limitaciones de éste no pueden afectar a sus elementos esenciales. En particular entiende que en el supuesto planteado se suscitaban cuestiones importantes por lo que la desigualdad en el acceso a la justicia gratuita basada en la legalidad o no de la residencia debería asentarse en sólidos motivos que no concurren en este supuesto.

F) Vida privada y familiar (artículo 8)

a) Ley moldava de interceptación de las comunicaciones con insuficientes garantías

En el asunto **Iordachi y Otros contra Moldavia, de 10 de febrero de 2009**, los recurrentes son miembros de una asociación denominada “Abogados por los derechos humanos” que consideran que se vulnera el artículo 8 del Convenio por el hecho de que las leyes nacionales no

contienen suficientes garantías para impedir el abuso de la grabación de conversaciones telefónicas y de la interceptación de la correspondencia por las autoridades. Aportan datos como que, en 2007, se han autorizado el 99,24% de las peticiones de interceptación de comunicaciones. Aparentemente no hay procedimiento judicial previo en el país en el que denuncien esa situación, ya que no se recoge en los antecedentes. El Gobierno considera que los recurrentes no pueden ser considerados víctimas, ya que no han aportado ninguna evidencia de que ninguno de sus clientes haya sido sujeto de una interceptación de las comunicaciones, por lo que se trata de una especie de *actio popularis* que debe ser declarada inadmisibile.

La Corte reitera la doctrina sentada en *Klass contra Alemania* de 6 de septiembre de 1978, a tenor de la cual “una persona pueda ser víctima de una violación ocasionada por la mera existencia de medidas secretas o de una ley que permita esas medidas secretas ... y sin que exista posibilidad de obtener un remedio a nivel nacional”. Por ello y teniendo en cuenta que se trata de una asociación de abogados cuyos clientes pueden ser potencialmente afectados considera que hay una interferencia en los derechos de los recurrentes, para, tras analizar las concretas condiciones legales de las interceptaciones, considerar que no contiene suficientes garantías contra el abuso de poder por parte del Estado y que, por tanto, la injerencia en el derecho no es “de acuerdo con la ley”.

b) Uso de transmisores en investigaciones policiales.

Se identifica con el régimen jurídico de las escuchas telefónicas

En *Bykov contra Rusia*, de 10 de marzo de 2009, una Gran Sala del TEDH se enfrenta a un supuesto de condena penal a un empresario por inducción al asesinato como consecuencia de la grabación de una conversación entre el recurrente y el sicario encargado de perpetrarlo, que colaboraba con la policía, a través de un radio transmisor pegado al cuerpo de éste.

El TEDH estima que se trata de una intromisión en la vida privada y el secreto de las comunicaciones del recurrente que no estaba suficientemente prevista en la ley ante la falta de claridad de ésta. En sus alegaciones el Estado sostenía que no se había producido una violación de la ley interna reguladora de la materia (que exige autorización judicial para este tipo de actuaciones) como consecuencia de que la grabación se produjo después de que el recurrente invitara al portador del transmisor a entrar en su casa. Sin embargo, tal argumento no convence al TEDH puesto que en tales supuestos la ley ha de ser suficientemente clara respecto a las circunstancias en las que la policía puede realizar este tipo de grabaciones sin autorización judicial. Estableciendo un paralelismo entre la prohibición de la intervención telefónica o de correo sin autorización judicial con el caso examinado, el TEDH considera contrario al artículo 8 el gran margen de discrecionalidad dejado a la policía en este tipo de supuestos que, además, no viene acompañado de unas adecuadas garantías ante posibles abusos.

c) Información pública sobre presuntos delincuentes buscados por la policía y vida privada

En el asunto *Giorgi Nikolaishvili contra Georgia*, de 13 de enero de 2009, el TEDH analiza si el hecho de que la policía publicara la imagen del recurrente entre la de los delincuentes más

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

buscados, a pesar de que no había cometido ningún delito y tan sólo había sido testigo ocular de un asesinato, podía considerarse una vulneración de su derecho a la vida privada. El TEDH subraya que se dañó la reputación social del recurrente de forma gratuita y esa reputación es parte de la identidad social y la integridad psicológica de la persona, formando parte de la noción de vida privada. Además, la medida no estaba cubierta por ninguna previsión legal: según la legislación georgiana, sólo puede publicitarse que una persona es buscada por la policía cuando ésta haya sido condenada por un delito o esté acusada de haberlo cometido.

d) Fotografías de menores de edad tomadas sin consentimiento.

No es necesaria la difusión pública para que exista vulneración

En el asunto **Reklos y Davourlis contra Grecia, de 15 de enero de 2009**, el TEDH afirma que el derecho a la propia imagen, entendido como uno de los atributos esenciales de la personalidad y por tanto parte del derecho a la vida privada, implica no sólo el derecho del individuo a oponerse a la difusión pública de la propia imagen, sino también su derecho a oponerse a la captación, conservación y reproducción de la misma. Aplicando esta jurisprudencia, el TEDH considera que la captación de la imagen de un bebé recién nacido sin el consentimiento de sus padres viola el derecho a la vida privada del menor de edad, aun cuando no se haya producido su difusión pública.

e) Utilización incontestada de la imagen de un detenido que había sido maltratado

En el asunto **Toma contra Rumanía, de 24 de febrero de 2009**, se plantea un caso de vulneración de diversos preceptos del Convenio derivados de una detención con absoluta carencia de garantías jurídicas y en la que se producen malos tratos. El aspecto más llamativo del caso es que, a instancias de la policía, el detenido es filmado por la cadena de televisión local, y fotografiado por un periódico que publica su imagen con rastros visibles de violencia. La Corte considera que existe vulneración material del artículo 3 de la Convención, y también de sus aspectos procedimentales, ante la absoluta ausencia de investigación, así como del 5.3 en cuanto la detención se ha desarrollado sin control judicial y del 5.4 por su duración. Por último considera que existe también vulneración del artículo 8 por la difusión de su imagen que carece de valor informativo en cuanto a tal.

f) Vida familiar. Nacionalidad y prestaciones por maternidad

En **Weller contra Hungría, de 31 de marzo de 2009**, el TEDH condena al Estado por violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 como consecuencia de la denegación de las ayudas de maternidad sobre la base de que la madre no era nacional húngara. Sostiene el TEDH que una desigualdad de trato de este tipo no es aceptable en la medida en que no sólo afecta a la madre, sino también al padre y a los propios hijos (todos ellos de nacionalidad húngara).

g) Vida familiar. Matrimonio religioso y pensión de viudedad

En el caso **Serife Yigit contra Turquía, de 20 de enero de 2009**, una viuda plantea una acción de reconocimiento de matrimonio religioso y de filiación de su hija con el fin de obtener del

Estado una pensión de viudedad derivada de la muerte de su difunto compañero y esposo. La pretensión fue rechazada en vía administrativa y judicial aduciendo que su matrimonio no estaba reconocido legalmente. El Código Civil turco establece que no se puede celebrar matrimonio religioso sin presentar el libro de familia que se obtiene al finalizar el matrimonio civil y el Código Penal dispone que toda persona que celebre un matrimonio religioso sin adecuación a la ley deberá ser castigado con una pena de privación de libertad.

El TEDH recuerda que el derecho a la vida privada y familiar presupone la existencia de una familia, ya sea “natural” o “legítima” (Marckx contra Bélgica). Y constata, siguiendo un método comparado, que ciertos Estados miembros aceptan la tendencia social a reconocer al lado de las formas tradicionales de matrimonio, las comunidades de vida estables. Pero respetando el margen de apreciación nacional, la Corte no puede imponer legislar en este sentido. La legislación turca no concede eficacia respecto de terceros ni frente al Estado del matrimonio religioso celebrado por un imán y protege únicamente el matrimonio civil, lo que no es irrazonable. La diferencia de tratamiento entre personas casadas o no persigue un fin legítimo como es la protección de la familia tradicional fundada en el matrimonio (Mata Estevez contra España).

Un Voto disidente discrepa y subraya los usos y costumbres ligados al matrimonio religioso, y las graves consecuencias que entrañan la privación a la recurrente y a su hija de los derechos sociales normalmente garantizados. Advierte que la cuestión debió ser analizada desde la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH, pudiendo ser las mujeres objeto en este terreno de una discriminación indirecta y discute la proporcionalidad de la medida.

h) Daños medioambientales: bastan riesgos serios, ante la pasividad de las autoridades

El caso **Tatar contra Rumanía**, de 27 de enero de 2009, suscita la problemática de una familia que vivía próxima a una explotación minera de oro y padeció enfermedades respiratorias. El TEDH trae al pleito la Declaración final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente, suscrita en Estocolmo en 1972, que recoge unos importantes principios en la materia, y otras convenciones, entre ellas, la Resolución núm. 1430/2005 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre riesgos industriales. E, invocando los casos **López Ostra** y **Moreno ambos contra España**, estima violado el artículo 8 CEDH por “la pasividad de las autoridades nacionales”. Es novedosa la lesión del derecho “por omisión”; y también “por riesgo” ya que la Corte reconoce la ausencia de elementos que prueben con certeza una relación de causalidad y admite cierta incertidumbre científica sobre la verdadera causa de las enfermedades respiratorias, la conexión entre la exposición a elevadas dosis de cianuro sódico y la agravación del asma, pero sí valora un riesgo serio y sustancial para la salud y la pasividad del Estado a la hora de adoptar medidas adecuadas. Un Voto parcialmente disidente advierte que se ha evolucionado de la clásica necesidad de una relación causal en la prueba del daño a la salud (la *probatio diabolica*) hacia una sociología del riesgo u objetivación del mismo.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

i) Desahucio y derecho al domicilio.

Obligación de valorar la proporcionalidad de la medida

En el asunto *Ćosić contra Croacia*, de 15 de enero de 2009, el TEDH resuelve sobre la eventual vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que se habría derivado del desahucio de la recurrente del que había sido su hogar durante años, después de que concluyera su contrato de arrendamiento y tras la demanda correspondiente del propietario del inmueble, el propio Estado. El Tribunal afirma que la legalidad y legitimidad de la medida resultan indiscutibles y centra sus argumentos en la proporcionalidad de ésta, señalando que ese requisito exigía el cumplimiento de ciertas obligaciones sustantivas, pero también procedimentales, poniendo especial énfasis en la obligación que incumbe a los poderes públicos de establecer procedimientos justos en los que se tenga en cuenta el necesario reconocimiento del derecho al domicilio. En el supuesto concreto, el TEDH subraya que los órganos jurisdiccionales nacionales se limitaron a aplicar la legislación croata sin tener en consideración la difícil situación en la que ponían a la recurrente, esto es, no realizaron ningún análisis en relación con la proporcionalidad de la medida, incumpliendo así la obligación procedimental que se deriva del artículo 8 CEDH.

G) Libertad de religión (artículo 9)

a) Igualdad entre confesiones religiosas

En tres supuestos, *Gütl contra Austria*, *Löffelmann contra Austria*, ambos de 12 de marzo de 2009 y *Lang contra Austria* de 19 de marzo de 2009, Austria es condenada por violación del principio de igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa en el cumplimiento de deberes ciudadanos. Las decisiones son el resultado de la reciente sentencia *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros contra Austria*, de 31 de julio de 2008, en la que se condenó a Austria por conferir un trato discriminatorio a los testigos de Jehová en cuanto sociedad religiosa que no era reconocida como una iglesia con pleno acceso a los derechos de ésta. En estos casos nos encontramos ante una consecuencia de esa discriminación que será, coherentemente, declarada también contraria al CEDH. En los tres casos, los recurrentes, miembros de los Testigos de Jehová, se vieron obligados a realizar un servicio civil en lugar del servicio militar, mientras que los miembros de otras sociedades religiosas que ocupaban cargos eclesiásticos comparables a los suyos eran eximidos del cumplimiento de tal servicio. También afirma la discriminación entre entidades religiosas en *Verein der Freunde der Christengemeinschaft y otros contra Austria*, de 26 de febrero de 2009.

b) Violación de una pluralidad de derechos sobre la base de la religión

En *Nolan y K contra Rusia*, de 12 de febrero de 2009, los recurrentes son un padre, miembro de la Iglesia de la Unificación (Moon) y su hijo menor, de nacionalidad americana y residentes en Georgia. Se trata de una iglesia registrada en la Unión Soviética desde 1991, que inicia un nuevo proceso de registro en Rusia en el año 2000. El primer recurrente vive en Rusia desde 1994. En 2001 se elimina del registro a la iglesia y se le notifica que su residencia sólo será posible hasta el final de su visado, el 19 de junio de 2002. Viaja fuera de Rusia y al volver al aeropuerto de Moscú, el 2 de junio de 2002 y tras permanecer ocho horas detenido, no

se le permite entrar en el país. Su hijo de 11 meses se queda en Rusia hasta el 12 de abril de 2003 cuando es recogido por su abuela de nacionalidad ucraniana.

La Corte considera que el Gobierno no ha sido capaz de aportar una justificación plausible de la expulsión de Rusia distinta a la religión del recurrente, y que, en consecuencia, se ha vulnerado el artículo 9 del Convenio así como el derecho a la vida familiar del recurrente y su hijo, de los artículos 5.1 y 5.5 por su detención en el aeropuerto, y artículo 1 del Protocolo 7º (garantías frente a la expulsión) y condena a Rusia al pago de 7.000 euros por daños no pecuniarios y 810 por costas y gastos.

H) Libertad de expresión e información (artículo 10)

a) Protección de los imputados frente a la divulgación de su imagen

En el caso **Eerikäinen y otros contra Finlandia, de 10 de febrero de 2009**, el recurrente es un periodista que publica un artículo acerca de un proceso penal sobre fraude fiscal a la seguridad social. En él se menciona, como imputada, a una empresaria, con su nombre pero no su apellido, pero incluye una reproducción de otro artículo publicado ocho años atrás con dos fotografías de esa persona, que se refiere a una casa que había comprado y que resultó tener muchos daños. El Tribunal Supremo finlandés considera que, al reproducir el viejo artículo, se ha producido una vulneración del derecho a la intimidad. Mientras tanto la acusada es efectivamente condenada por fraude. Al parecer en Finlandia no se publican los nombres de los encausados hasta que son condenados.

EL TEDH considera que no hay ninguna relación entre el artículo reproducido y el que ahora informa sobre el enjuiciamiento, salvo que se trata de la misma persona, que el artículo antiguo no entra en la esfera de la discusión pública. Se trata de que la empresaria quiso compartir con los lectores sus experiencias y consintió la publicación de las fotos. Considera que no era un personaje público, sino una persona normal sometida a un juicio penal, y por todo ello rechaza la existencia de violación del artículo 10.

b) Críticas al poder judicial realizadas por una jueza en campaña electoral

En el asunto **Kudeshkina contra Rusia, de 26 de febrero de 2009**, la recurrente es una jueza cesada como consecuencia de sus declaraciones críticas al funcionamiento de los tribunales de justicia, realizadas durante su fallida campaña a ocupar un puesto en la Duma de San Petersburgo.

La Corte comienza por constatar que es pacífico entre las partes que la decisión de cesar a la jueza se debe a sus declaraciones a la prensa y no a razones profesionales, recordando al respecto que el mantenimiento en los puestos judiciales no está incluido en el Convenio (Harabin contra Eslovenia, de 29 de junio de 2004).

A continuación afirma que, por una parte, las personas que sirven al poder judicial deben mostrar contención a la hora de ejercer su libertad de expresión en todos los casos en los que

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede estar puesto en cuestión (Wille contra Liechtenstein, de 28 de octubre de 1999). Pero que, por otra parte, ha atribuido particular importancia a un ejercicio sin obstáculos de la libertad de expresión de los candidatos, y recuerda que la sanción, impuesta por el Órgano Judicial de Calificación de Moscú, se debe a una serie de declaraciones hechas por la jueza durante la campaña electoral que, se afirma, expanden en la sociedad falsedades inventadas y que aporta datos de un procedimiento judicial aún en marcha.

Por último, considerando que la sanción adolece de importantes garantías procedimentales, así como su dureza, que implica no poder ejercer una profesión en la que lleva 18 años y el efecto paralizante que una sanción de este tipo puede provocar en la libertad de expresión, resuelve por cuatro votos frente a tres que la sanción es desproporcionada y que se ha vulnerado el artículo 10, afirmando que esta declaración es, en sí misma, una satisfacción suficiente. La sentencia contiene tres votos particulares disidentes.

c) Archivos publicados en Internet. Pendencia de procesos de difamación y sucesivas descargas del artículo

En *Times Newspapers Ltd (1 & 2) contra el Reino Unido*, de 10 de marzo de 2009, el TEDH ha de resolver la reclamación de la empresa editora de The Times. En concreto el caso trae causa en una acción de libelo emprendida contra el periódico en la que el demandante solicita la desaparición del artículo presuntamente lesivo de la versión en internet del periódico, considerando que cada vez que se accedía o se descargaba ésta se infringían sus derechos. El periódico se limitó a incluir una nota en los artículos avisando de que estaban siendo objeto de litigio por difamación no debiendo ser reproducidos sin permiso del departamento legal del periódico.

El periódico consideraba que esta segunda acción no era aceptable puesto que la eventual lesión a los derechos del demandante se produjo, en su caso, con la primera publicación y no con las sucesivas descargas informáticas del artículo. Los tribunales internos, por el contrario, afirmaron que cada vez que se producía el acceso informático al citado material difamatorio se producía un nuevo supuesto de difamación aplicando la *Internet Publication Rule* extraída del *common law* británico (y claramente diferente de la *Single Publication Rule* vigente en el derecho norteamericano que sostiene precisamente lo contrario).

El TEDH entiende que también en Internet los periodistas tienen la obligación de actuar de acuerdo con los principios del periodismo responsable incluida la obligación de proporcionar información adecuada. Las peticiones realizadas por los afectados respecto a los artículos en su versión informática eran razonables para defender sus derechos. Por otra parte, las medidas cautelares dictadas por los tribunales nacionales no pretendían la desaparición de los artículos, sino la introducción de la aclaración de que éstos estaban sujetos a un proceso judicial por difamación, cosa que no se realizó hasta transcurrido un año.

Respecto a la *Internet Publication Rule* (comisión de una infracción por libelo cada vez que se produce el acceso al material difamatorio con independencia del momento en que se produjo su primera publicación) los recurrentes alegaban que podría producir un efecto amenazante sobre la libertad de expresión en la medida en que dejaría permanentemente abierto el plazo

para la interposición de acciones por libelo. El TEDH reconoce la enorme importancia de Internet desde el punto de vista del acceso a la información siendo el mantenimiento de los archivos un aspecto esencial de su papel por lo que los citados archivos de Internet son objeto del ámbito de protección del artículo 10. El TEDH elude la cuestión de fondo al comprobar que en el supuesto las acciones contra el periódico se iniciaron en un plazo razonable desde la publicación no lesionando con ello la capacidad de los recurrentes para defenderse. Sin embargo, el TEDH avisa de que las acciones de libelo interpuestas después de un largo período de tiempo pueden dar lugar a una desproporcionada interferencia en la libertad de expresión. Con ello parece hacer un llamamiento a los tribunales británicos para que hagan un uso razonable de la citada regla y no la apliquen en supuestos en los que se impugne un material descargado de la red pero que fue publicado hace largo tiempo.

d) Secreto profesional e investigación de delitos

En *Sanoma Uitgevers B.V. contra Holanda*, de 31 de marzo de 2009, el TEDH avala las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales que obligaron a la empresa recurrente a entregar un CD-ROM con las imágenes captadas durante la realización de una carrera ilegal a pesar de que aquélla alegó que el contenido del CD podía permitir la identificación de fuentes anónimas protegidas por el secreto profesional. El TEDH consideró, por cuatro votos a tres, que las autoridades nacionales podían valorar los conflictos planteables como consecuencia de la protección de personas que habiendo cometido delitos se presentaban protegidos por el anonimato de las fuentes. En tales casos, considera el TEDH, debe tenerse en cuenta: la naturaleza y gravedad de los delitos; la naturaleza y contenido de la información demandada; la existencia de otras alternativas para obtener la información, y la existencia de restricciones para la obtención y uso de los materiales informativos afectados.

Aun aceptando el efecto negativo que la obligatoriedad de entregar el CD pueda tener sobre el ejercicio de la libertad de información y que el secreto profesional es una parte esencial de la libertad reconocida en el artículo 10 para que la prensa pueda cumplir su función de vigilancia de la vida pública, el TEDH considera, alejándose de su jurisprudencia anterior (y generándose en este punto la división 4 a 3 en el seno de la Sala), correcta la actuación de los tribunales internos en la medida en que permitieron la identificación de los autores de otros delitos y no usaron el contenido con la finalidad de identificar en concreto las fuentes protegidas por el secreto.

e) Derecho a la difusión de ideas y programas. Paso pacífico de un barco

Es curioso el caso *Women on Waves y otros contra Portugal*, de 3 de febrero de 2009. Dos asociaciones portuguesas y una holandesa, dedicadas a los derechos reproductivos y a promover la interrupción voluntaria del embarazo, fletan en 2004 un barco en Ámsterdam con destino al país luso y la finalidad de realizar en él reuniones y seminarios sobre planificación familiar y enfermedades sexuales y para manifestar su oposición a la legislación portuguesa entonces vigente. Las autoridades nacionales impidieron la entrada del barco en sus aguas territoriales, aduciendo que el aborto estaba prohibido hasta la reforma acaecida en esos años. El TEDH recuerda la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar, aprobadas en

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

1982 y 1997, que reconocen el derecho al paso de un navío extranjero inofensivo, y estima violado el artículo 8 CEDH. Prohibir el paso de un navío e impedir la transmisión de ideas e información es una modalidad de censura que no resulta necesaria ni proporcionada en una sociedad democrática.

I) Libertad de reunión y asociación (artículo 11).

El derecho de manifestación no incluye el bloqueo de una autopista

En el caso **Barraco contra Francia**, de 5 de marzo de 2009, el recurrente es un conductor profesional que participa en una operación de ralentización del tráfico en el marco de una acción de reivindicación organizada por la intersindical de los transportes por carretera. En dicha acción interrumpe el tráfico en una autopista. Tras ser absuelto en instancia es condenado en apelación a tres meses de prisión con suspensión y a 1.500 euros de multa. La Corte constata que el recurrente no ha sido condenado por participar en una manifestación, sino por una actitud concreta adoptada en ella que es el bloqueo de una autopista, una obstrucción más importante que la que comporta el derecho de manifestación, y recuerda que la manifestación se desarrolló durante cinco horas, por lo que el derecho de manifestación está salvaguardado, y considera, por unanimidad, que no hay vulneración del artículo 11.

J) Medidas cautelares (artículo 34): El retraso de tres días en su cumplimiento, aun sin riesgo de peligro irreparable, supone violación

En **Paladi contra Moldavia**, de 10 de marzo de 2009, el TEDH condena a Moldavia aplicando una jurisprudencia ya reiterada respecto a la obligación positiva de conferir adecuado tratamiento médico a los detenidos o presos. La importancia de la decisión radica no tanto en la cuestión de fondo cuanto en la reacción del TEDH ante la falta de eficacia de las autoridades nacionales para cumplir tempestivamente con las medidas cautelares dictadas y comunicadas (incluso telefónicamente) para evitar que el recurrente abandonara la unidad médica en la que se encontraba. El retraso en cumplir la medida cautelar fue de sólo tres días y sin que concurriera un daño irreparable por lo que la Gran Sala se divide en este punto casi por la mitad al apreciar la violación por una mayoría de 9 a 8.

K) Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias (artículo 46). De la justa satisfacción y el derecho a una indemnización a la obligación de los Estados de adoptar medidas estructurales

Es novedoso e importante el planteamiento procesal sobre los efectos de las sentencias del **Caso Slawomir contra Polonia**, de 20 de enero de 2009, un supuesto referido a las penosas condiciones de los detenidos en las prisiones. Un problema de naturaleza estructural causado por la sobrepoblación presidiaria y las condiciones sanitarias inapropiadas, que redundan en una manifiesta lesión de la prohibición de malos tratos (artículo 3 CEDH) a los presos como personas vulnerables.

Pero lo realmente interesante del caso radica en que se concluye: “de acuerdo con el artículo 46 del Convenio la apreciación de una violación impone al Estado responsable la obligación

legal no sólo de pagar una indemnización por justa satisfacción conforme al artículo 41 sino también de adoptar en su ordenamiento jurídico, bajo la supervisión del Comité de Ministros, las medidas generales o individuales que resulten apropiadas para poner fin a la violación señalada por la Corte y a reparar sus efectos tanto como sea posible”. Se deja una discrecionalidad en la manera de ejecutar la sentencia, consecuencia de la libertad de los Estados para cumplir con sus obligaciones de resultado. Pero se advierte que esta situación no impide que el Estado responsable deba adoptar las medidas necesarias “tan pronto como sea posible”.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (artículo 14)

a) Igualdad en la Ley. Paridad en el ámbito administrativo y electoral en las Comunidades Autónomas

La STC 13/2009, de 12 de enero, resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres.

Un primer bloque del recurso se refiere a los preceptos con los que la Ley pretende garantizar una representación equilibrada (mínimo del 40%) de hombres y mujeres en los tribunales de selección de las pruebas de acceso, provisión y promoción en el empleo público, así como en los jurados creados para la concesión de cualquier tipo de premio promovido o subvencionado por la Administración. Los recurrentes consideran que estas provisiones atentan contra el principio de igualdad en la ley (artículo 14 CE) en relación con el acceso a la función pública o de la promoción de la carrera funcional (artículo 23.2 CE), así como a los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE).

El Alto Tribunal no aprecia vulneración de los citados preceptos. En primer lugar, en cuanto a la horquilla del 40/60% que la ley utiliza para definir “representación equilibrada”, el TC se remite a la doctrina empleada en la STC 12/2008, de 29 de enero (Revista núm. 40), según la cual dicha fórmula, en cuanto que los porcentajes se refieren por igual a ambos sexos, es razonable y conforme al artículo 14 CE. Asimismo, rechaza la contradicción de los preceptos cuestionados con el artículo 23.2, dado que el hecho de formar parte o no en los citados tribunales de selección o jurados de premios promovidos por la administración, no influye ni se relaciona con el acceso o promoción en la función pública. De hecho, no existe un derecho a formar parte de ellos, sino una mera expectativa. Por otro lado, con respecto a los participantes en dichos procesos de selección, el artículo 23.2 CE garantiza que aquellos que les seleccionen cumplan con los requisitos de mérito y capacidad, algo que expresamente prevén los preceptos cuestionados como presupuesto para su aplicación. Por tanto, tampoco se aprecia contradicción de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE). Por último recuerda que las medidas adoptadas son coherentes con el principio constitucional de promoción de la igualdad efectiva (artículo 9.2 CE).

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El segundo apartado del recurso se refiere a la promoción de la igualdad en el ámbito electoral, que obliga a que las candidaturas electorales tanto para el Parlamento Vasco, como para las Juntas Generales, estén integradas por al menos un 50% de mujeres, proporción que se mantendrá tanto en el conjunto de la lista de candidatos, como en cada tramo de seis nombres.

Los recurrentes consideran que los preceptos autonómicos invaden la competencia estatal para fijar las normas básicas de desarrollo del derecho de sufragio, las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio (artículo 149.1.1 en relación con 23 CE), y el régimen electoral general (artículo 81.1 CE). Según el Tribunal, las normas que el Estado ha dictado en cumplimiento de tales competencias se integran en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), ley que por ello deviene en parámetro de constitucionalidad de los preceptos autonómicos controvertidos. En este sentido, el artículo 44 bis, apartado uno, de dicha ley, fruto de la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, tras imponer un porcentaje mínimo de representación de ambos sexos en las candidaturas electorales (40%), dispone que, en las elecciones a las Asambleas Autonómicas, las leyes reguladoras “podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas”. Según el Tribunal, este precepto ofrece la cobertura competencial suficiente para la norma autonómica controvertida.

Respecto al fondo del asunto, el Tribunal se remite en buena medida a la doctrina derivada de la citada STC 12/2008, a cuyo comentario, ya publicado en esta revista, nos remitimos, aunque quizá resulte interesante recalcar que el Tribunal advierte en esta ocasión que la validez de estos razonamientos proviene de la concreta realidad social del momento, que hace necesario corregir el desequilibrio entre sexos existente. En este sentido, es el carácter coyuntural de la medida, afirma, el que salva su constitucionalidad.

b) Igualdad en la Ley. Diferenciación de sexos en tipo penal

La STC 45/2009, de 19 de febrero, resuelve doce cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas relativas al artículo 171.4 CP, en redacción dada al mismo por el artículo 38 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por el que el tipo penal de amenazas leves en el seno de una relación de pareja presente o pasada, es más severamente castigado cuando el sujeto activo es hombre y el pasivo mujer, que a la inversa. Tal diferencia punitiva atenta, según el órgano promotor, contra el principio constitucional de igualdad en la ley (artículo 14 CE), así como contra los principios de culpabilidad y proporcionalidad penal (artículos 9.3, 17.1, 24.2 y 25 CE). Se trata, en buena medida de una reiteración de la doctrina contenida en la STC 59/2008, de 14 de mayo, a cuyo comentario nos remitimos, en la que se declaró la constitucionalidad de un precepto similar relativo al maltrato ocasional con la misma descripción de sujeto activo y pasivo que el precepto en esta ocasión cuestionado.

c) Igualdad en la Ley. Tratamiento diferenciado de funcionarios transferidos con las mismas funciones

La STC 55/2009, de 9 de marzo, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad referida al artículo 11 (apartados 1, 3 y 4) de la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. El artículo cuestionado prevé

un período transitorio de equiparación del personal funcionario no docente transferido por el Estado a la Administración autonómica, que en el caso de las retribuciones, podría llegar a ser hasta de cuatro años. El Tribunal aplica la doctrina constitucional derivada de la STC 110/2004, de 30 de junio, en virtud de la cual, se considera constitucionalmente legítimo que existan diferencias de régimen laboral durante un determinado período transitorio, pero sólo hasta el momento en el que se produzca la efectiva integración de los funcionarios transferidos en la Administración receptora. El Tribunal declara inconstitucional la posibilidad de un período transitorio de cuatro años para la equiparación retributiva.

B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18)

a) Intimidad y datos sanitarios. Inconcreta previsión normativa

La STC 70/2009, de 23 de marzo, Sala Primera, declara vulnerado el derecho a la intimidad por la utilización de dos informes de un psiquiatra, que formaban parte de su historia clínica para proceder a su jubilación por incapacidad permanente. El TC, con un razonamiento claramente deudor de la jurisprudencia del TEDH, recuerda que estos datos están ligados fuertemente a su intimidad y que su utilización sin consentimiento sólo es posible en caso de que exista una previsión legal, que se persiga un objetivo legítimo y que la utilización sea necesaria para alcanzar ese objetivo. El TC señala que la ley debe además cumplir ciertos criterios de calidad, previendo claramente los supuestos y requisitos que ha de cumplir la restricción, lo que no ocurre con ninguna de las normas utilizadas (Ley 3/2001, de 28 de mayo, del Parlamento de Galicia, del consentimiento informado y Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado), ambas muy ambiguas e inconcretas.

b) Publicación inconsentida de la imagen de una persona desnuda y utilización de calificativos ofensivos sobre su orientación sexual

En la STC 77/2009, de 23 de marzo, la Sala Primera aplica su jurisprudencia habitual en relación con colisiones de la libertad de expresión e información y de los derechos ligados a la personalidad, en este caso, el derecho al honor y a la propia imagen. En el supuesto concreto, la vulneración de ambos derechos se habría producido por la publicación de las imágenes de unos personajes públicos desnudos y por el contenido del reportaje que acompañaba las fotografías, en el que se hacía referencia a la orientación sexual de uno de ellos de forma despectiva. El TC, siguiendo la sentencia anterior del TS, considera que en el supuesto concreto debe prevalecer el derecho a la propia imagen y el derecho al honor y ello por cuanto: a) las imágenes fueron tomadas y publicadas sin consentimiento de los afectados y en un lugar privado, y b) la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto, teniendo como límite la utilización de adjetivos afrentosos y vejatorios.

C) Derecho de asociación (artículo 22). Disolución de partidos políticos: caso ANV

El papel del TC en la STC 31/2009, de 29 de enero, consiste en examinar si los hechos y conductas considerados por la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo para declarar

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la ilegalidad de Acción Nacionalista Vasca tienen encaje razonable en la Ley Orgánica de Partidos Políticos. En este sentido, reproduce la consideración de la STC 48/2003 (comentada en la Revista núm. 20) de que un partido que con su actuación ataca el pluralismo incurre en causa de disolución. En este caso, la ilegalización del partido político se fundamenta en la colaboración política y económica con Batasuna, una colaboración con el instrumento político de la acción de ETA, considerada en el artículo 9.2.c) LOPP y en el fomento de la cultura de enfrentamiento y confrontación civil, contemplada en el artículo 9.2.a) LOPP a través de la utilización de mensajes y símbolos que se identifican con la violencia y los que colaboran con ella y del homenaje y distinción de terroristas. Concluye el Tribunal Constitucional que la Sentencia impugnada a través del recurso de amparo ha venido suficientemente motivada y apoyada en abundante prueba sobre las actividades y conductas del partido político recurrente, sin que se haya producido ninguna vulneración del derecho de asociación política, reconocido en el artículo 22 CE.

D) Derecho de participación en los asuntos públicos (artículo 23)

a) Anulación de listas electorales: Askatasuna y D3M

Pocas novedades ofrecen las SSTC 43 y 44/2009, de 12 de febrero, que estudian la anulación de la proclamación de las candidaturas del partido Askatasuna y la agrupación electoral D3M, respectivamente. Por lo que hace al primer supuesto, se confirma la doctrina sentada en la STC 112/2007, de 10 de mayo (vid. Revista núm. 37) de que a través del incidente de ejecución de la Sentencia de ilegalización de un partido político cabe la impugnación de las candidaturas de otro partido instrumentalizado para perpetuar la actividad política de los partidos políticos ilegalizados, a pesar de que ni la LOREG ni la LOPP lo prevean expresamente. En ambos casos, se reitera la argumentación contenida en las SSTC 85/2003, 99/2004 y 68/2005, (comentadas en las Revistas núms. 21, 25 y 28, respectivamente) de que la anulación de listas electorales por ser continuidad de un partido disuelto no supone una merma del derecho de participación en los asuntos públicos de los integrantes de las mismas, aunque no incurran en causa de inelegibilidad alguna, pues el objetivo de la medida es evitar la continuidad fraudulenta de un partido ilegalizado, lo que podría suponer –mediatamente– la presencia de la organización terrorista ETA en las instituciones democráticas.

Las dos sentencias constatan que se ha probado, sin arbitrariedad y motivadamente, el fraude en que consiste la continuación. La dificultad que supone la sucesión de un partido en una entidad tan heterogénea como en las agrupaciones de electores se salva, según la segunda de las sentencias reseñadas, comprobando que las recurrentes carecen de la naturaleza espontánea propia de estas formas de participación activa de los ciudadanos, y que, por la presencia de diversos elementos orgánico-funcionales y subjetivos, se han convertido en una herramienta de las organizaciones disueltas para continuar, *de facto*, a los partidos ilegalizados.

b) Necesidad de motivación suficiente de la inadmisión de iniciativas parlamentarias

La STC 74/2009, de 23 de marzo, resuelve el recurso de amparo interpuesto por varios Diputados del grupo parlamentario Izquierda Unida-Els Verds-Entesa contra una serie de resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmitieron o no tramitaron iniciativas parlamentarias de los recurrentes. Éstos consideraban que dichas resoluciones vulneraban su derecho a ejercer en condiciones de igualdad los cargos públicos (artículo 23.2 CE) argu-

mentando que, aun cuando se remitían formalmente a motivos de inadmisión previstos en el Reglamento de las Corts y a decisiones de la Junta de Portavoces, ocultaban, en realidad, un control de oportunidad que está vedado a la Mesa.

El TC analiza, en primer lugar, los acuerdos que inadmitieron a trámite diversas preguntas dirigidas a Consejeros del Gobierno autonómico, razonando, escuetamente, que el contenido de las preguntas se refería “a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma”. El TC recuerda su consolidada doctrina sobre el *ius in officium*, así como que ha señalado en reiteradas ocasiones que la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria (STC 107/2001) y, por ello, su limitación ha de estar suficientemente motivada (STC 118/1999) y considera que las resoluciones controvertidas no pueden calificarse de tal pues se limitan a transcribir el enunciado del correspondiente apartado del artículo 147.2 RCV sin especificar por qué procede su aplicación al caso concreto. Lo interesante de esta Sentencia es que el Tribunal polemiza con la Mesa de las Cortes Valencianas sobre la aplicación de este precepto y considera que difícilmente puede afirmarse que las personas sobre las que versaban las preguntas de los parlamentarios recurrentes sean “personas sin trascendencia pública en la Comunidad Autónoma”, tratándose, como es el caso, de órganos y cargos públicos con competencias en materia de territorio, vivienda y patrimonio cultural y del Consejo de Administración de una empresa en la que participaban representantes públicos que recibían por ello una remuneración. Afirma incluso el TC que las preguntas presentan “una innegable vinculación con la actividad de control del Gobierno que integra la esencia de la actividad parlamentaria”. Llega, por otra parte, a una conclusión similar sobre la solicitud de comparecencia de la Consejera de Turismo.

A pesar de tratarse de un amparo en cierta forma declarativo, en cuanto la legislatura está ya finalizada y no es posible reestablecer al recurrente en su derecho, la Sentencia presenta interés al entrar a cuestionar la suficiencia de la motivación de inadmisión y, por realizar un control “material”, al analizar el contenido de las preguntas de los parlamentarios.

El Magistrado don Vicente Conde formula un Voto Particular en el que considera que se ha producido una intromisión inaceptable del Tribunal. Afirma que los órganos de gobierno de las Corts no estaban obligados a fundamentar en Derecho los motivos de su decisión, “por su carácter estrictamente político”.

E) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24)

a) Evaluación del profesorado. Irrevisibilidad judicial de la discrecionalidad técnica

STC 17/2009, de 26 de enero (Sala Primera). El recurso de amparo se dirige frente a resoluciones administrativas, denegando la evaluación positiva de un sexenio de actividad investigadora a un catedrático de Derecho Penal, y frente a la Sentencia confirmatoria de dichas resoluciones. El recurrente alegaba falta de motivación contraria al artículo 24 CE. El TC desestima el amparo. Recuerda, en primer lugar, que cuando, como es el caso, no se trata de de actos administrativos sancionadores ni restrictivos de derechos, el deber de motivación es cuestión de legalidad ordinaria. Con relación a la sentencia, rechaza que tenga fundamentación insu-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ficiente, pues hacía suyo el informe técnico emitido por el Comité Asesor especializado en Derecho, y la CNEAI gozaba al respecto de “discrecionalidad técnica”; y no admite tampoco que dicho Comité, al no estar especializado en Derecho Penal, carezca de competencia y cualificación, pues no sólo el recurrente no alegó nada cuando se publicó su composición, sino que ello responde a la necesidad de racionalizar el funcionamiento de la CNEAI.

b) Suspensión de la ejecución de una demolición por expectativa de legalización urbanística

STC 22/2009, de 26 de enero, Sala Primera. El TC considera que la suspensión de la demolición de una obra ilegal acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, pues no estamos ante un supuesto excepcional de imposibilidad legal o material de ejecución. Además, había pasado ya bastante tiempo desde la firmeza de la orden judicial de demolición de la obra, por lo que no era ya procedente entrar a ponderar las consecuencias del cumplimiento inmediato de la sentencia.

c) La ejecución de la expulsión penal de un extranjero no exime de resolver el recurso frente a la misma

STC 72/2009, de 23 de marzo, Sala Segunda. En este caso, que es manifestación de una realidad chocante pero frecuente, el recurrente había sido condenado ejecutoriamente a pena de un año de prisión y, conforme al artículo 89 CP, por Auto se había acordado la sustitución de esa pena por expulsión del territorio nacional por un período de diez años. El penado presentó un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que acordó, por el Auto que ahora se recurre ante el TC, no entrar a conocer del fondo por entender que, al haberse materializado ya la expulsión del recurrente en el momento de resolver, el recurso había quedado sobrevenidamente sin objeto. El TC entiende que el hecho de que se hubiera ejecutado ya, al momento de resolver, la expulsión de España, no eximía a la Audiencia de su obligación de pronunciarse, por esta causa, sobre el fondo de la cuestión, pues la ley no preveía nada en ese sentido; además, resulta irrazonable la apreciación misma de que el recurso había quedado vacío de contenido, dado que la expulsión no es irreversible y conlleva la prohibición de regresar a España durante 10 años. Afirma también que la alegación de que la expulsión era una doble pena, al haber cumplido ya una gran parte de la condena requiere una respuesta de fondo por parte del tribunal.

4. TRIBUNAL SUPREMO

A) Educación para la ciudadanía (artículos 16.1 y 27.3 CE). Sentencias del Pleno de la Sala Tercera de 11 de febrero de 2009¹

El Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado cuatro Sentencias, todas ellas del día 11 de febrero de 2009, resolviendo los recursos de casación 905, 948, 949 y 1013

(1) Sobre estas Sentencias vid. Antonio EMBID IRUJO, “Educar a ciudadanos: reflexiones en torno a las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 40 a 49.

deducidos contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 4 de marzo de 2008 y otras tres de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de febrero de 2008.

En la primera de ellas, el TSJ de Andalucía estima el recurso formulado por diversos padres de alumnos impugnando una resolución del Viceconsejero de Educación de Educación que no reconoció la objeción de conciencia planteada para que sus hijos no cursaran la asignatura de Educación para la Ciudadanía. En síntesis, el TSJA argumenta que según el TEDH, es al Estado y a cada centro docente al que corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan ejercer su derecho a educar a sus hijos, incluso el de objetar a la asignatura parcialmente. Considera que esa información no se ha suministrado y, además, que los contenidos tienen un alto grado de indefinición. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2006, señala como finalidad de la asignatura formar a los nuevos ciudadanos en “valores comunes”. Y en los Reales Decretos 1631/2006 y 1513/2006, que establecen las enseñanzas mínimas, se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. Ante esta situación, “es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tienen por qué exponer detalladamente, como también señala el TEDH y prevé el artículo 16.2 CE, pueden estar en desacuerdo con parte de la asignatura, y lógico que soliciten se excluya de ella a su hijo, a falta de otras previsiones normativas que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa. Por último, el interés público está en la garantía de los derechos, que al final es lo que justifica la existencia del Estado y sus potestades. Entre estos derechos están la libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE). La salvaguarda de estos derechos, mediante la objeción de conciencia, no pone en peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento. En último caso, corresponde al legislador crear instrumentos para hacer compatible esos derechos con que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita (artículo 27.4 CE).

En sentido opuesto, las tres Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestiman los tres recursos formulados en similares términos.

Las Sentencias del Pleno del TS se dictan por la mayoría de los Magistrados de la Sala formada por 27 magistrados, discrepando de la mayoría siete Magistrados que plasman su desacuerdo en cuatro Votos Particulares.

El planteamiento de la cuestión, esencialmente, se produce en los siguientes términos: Los recurrentes consideran que les asiste el derecho a formular objeción de conciencia frente a la “Educación para la ciudadanía” puesto que dicha materia contraviene su derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16.1 CE y surge del artículo 27.3 CE en cuanto reconoce el derecho a los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones.

En las Sentencias analiza la “Educación para la ciudadanía” acudiendo a diversos textos internacionales y examina si los preceptos constitucionales invocados, fundamentan el derecho a la objeción de conciencia. Para resolver el debate jurídico la Sala acude al pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1) y afirma que su núcleo “reside en el recono-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cimiento del hecho innegable de la diversidad de concepciones que sobre la vida individual y colectiva pueden formarse los ciudadanos en ejercicio de su libertad individual y la necesidad de establecer unas bases jurídicas e institucionales que hagan posible la exteriorización y el respeto de esas diversas concepciones. No parece que sea erróneo señalar que entre las razones de su reconocimiento jurídico se hallen estas dos: facilita la paz social al permitir la convivencia entre discrepantes y es un elemento necesario para asegurar un adecuado funcionamiento del sistema democrático porque contribuye a favorecer la discusión y el intercambio de ideas y, de esta manera, se erige en un elemento necesario para que el ciudadano pueda formar libre y conscientemente la voluntad que exteriorizará a través de su voto individual”.

Por lo que se refiere a los derechos fundamentales, indica que son “el espacio de libertad y respeto individual que es necesario para que la dignidad de la persona, principal fundamento del orden político y de la paz social, sea una realidad viva y no una mera declaración formal”.

La actividad educativa ha de desarrollarse necesariamente en los dos planos indicados. En relación al pluralismo, la enseñanza es un “esencial instrumento para garantizar su efectiva vivencia en la sociedad y esto porque transmite a los alumnos la realidad de esa diversidad de concepciones sobre la vida individual y colectiva”. Y en lo relativo a los derechos fundamentales “la actividad educativa no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen en los derechos fundamentales o son corolario esencial de los mismos”.

Seguidamente el Pleno razona sobre el papel del Estado en la educación y su finalidad constitucionalmente definida de la realización del libre desarrollo de la personalidad del alumno. Y afirma que esa actividad educativa estatal se realiza con una meta constitucionalmente predefinida; ofrecer en toda clase de enseñanza, pública o privada “una instrucción o una información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático”.

Continúa la Sentencia reflexionando sobre el alcance del artículo 16.1 CE que “está constituido básicamente por la posibilidad reconocida a toda persona de elegir libremente sus concepciones morales o ideológicas y de exteriorizarlas con la garantía de no poder ser perseguido ni sancionado por ellas (...) pero ese derecho no es necesariamente incompatible con la enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de la existencia de realidades diferentes”.

Sobre el artículo 27.3 CE indica que juega sólo en el ámbito de la elección de la orientación moral y religiosa que debe estar presente en la educación de sus hijos y que “está referido al mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa moral común subyacente en los derechos fundamentales, cada persona es libre de elegir para sí y transmitir a sus hijos”.

Partiendo, pues, de la adecuación de la educación para la ciudadanía a la Constitución, se plantea el Tribunal Supremo la legitimidad de la formulación de la objeción de conciencia y si el derecho fundamental invocado del artículo 16.1 CE puede sustentar el derecho a la objeción de conciencia de manera general o de manera específica y si en el ámbito de la educación podría encontrar fundamento en el artículo 27.3 CE.

Sobre el primero de los derechos considera el TS que no se reconoce en la CE un derecho a la objeción de conciencia de carácter general pues sólo se proclama en el artículo 30.2 CE en

relación al servicio militar y de forma muy dudosa en la llamada “cláusula de conciencia” de los profesionales de la información del artículo 20.1.d). Rechaza de forma expresa que la libertad religiosa o ideológica comprenda siempre “el derecho a comportarse según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuando menos, allí donde comienza el orden público” añadiendo lo dispuesto en el artículo 9.1 CE y que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de carácter general basado en el artículo 16.1 CE equivaldría en la práctica a hacer depender la eficacia de las normas jurídicas y su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de derecho.

Desde la perspectiva del artículo 27.3 CE tampoco cabría reconocer la objeción de conciencia en el ámbito educativo. Afirma el TS que la doctrina sobre la objeción de conciencia establecida por el TEDH en los asuntos Folguero c. Moruega y Hasan Zengin c. Turquía no resulta de aplicación al caso examinado y ello por cuanto las asignaturas a las que se referían tales asuntos conducían a la exposición de sólo una religión o forma religiosa como contenido sustancial de las asignaturas, circunstancia que determinó el reconocimiento de la objeción a quienes no profesaban la religión. Sin embargo España es un país aconfesional, la educación para la ciudadanía no tiene nada que ver con la religión, y la enseñanza de religión cuenta con una materia optativa.

En suma, no es posible la formulación de objeción de conciencia a la “educación para la ciudadanía” en cuanto no se reconoce en nuestro ordenamiento constitucional siendo la obligación de cursar la materia un “deber jurídico válido”. Distinta cuestión es que la existencia de proyectos educativos o profesores que se aparten de las indicadas premisas, pues la corrección de esas concretas conductas debe realizarse con los medios ordinarios con los que cuenta el ordenamiento educativo.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

LUCÍA ALONSO SANZ

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bases estatales. A) En materia de incompatibilidades de los farmacéuticos: las CCAA pueden desarrollar las competencias de desarrollo de las bases estatales según sus características, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública autonómica, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen. B) En materia de retribuciones de los funcionarios públicos: el artículo 149.1.18 CE atribuye competencia al Estado para conseguir “una mínima y fundamental homogeneidad” en un aspecto esencial como es el de los derechos económicos de los funcionarios. **3. Ley.** A) Reserva de ley. a) La reserva de ley no impide la colaboración reglamentaria siempre que no suponga una remisión en blanco. b) Reserva de Ley en materia penal: la aplicación analógica, *in malam partem*, de un tipo penal vulnera el artículo 25.1 CE. c) Reserva de ley en materia sancionadora: la ley debe contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica. d) Reserva de ley en materia tributaria: la fijación de las cuantías de las tarifas de los puertos por servicios generales debe ser regulada por ley. **4. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma: una Orden Ministerial tiene la consideración de acto administrativo si se agota con su cumplimiento y no innova el ordenamiento jurídico. B) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: el ámbito territorial de aplicación de un reglamento no puede ser superior al ámbito territorial de actuación de la Administración competente para su aprobación. C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: el incumplimiento del trámite de audiencia en la elaboración de una disposición de carácter general determina su anulación.

5. Instrucción. A) No cabe impugnar mediante recurso de casación las instrucciones que tienen carácter meramente interno. **6. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) Principio de igualdad en la ley: no se vulnera cuando el diferente tratamiento normativo se aplica a situaciones que no son iguales. b) Principio de igualdad en la aplicación de la ley: la apertura de una nueva línea jurisprudencial, de forma justificada, no supone su vulneración; no puede ser alegado en casos de inexistencia originaria del

objeto del proceso. c) Principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos: no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas. B) Principio de seguridad jurídica y principio de interdicción de la arbitrariedad: no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 114/2009, de 14 de mayo, y la jurisprudencia contencioso-administrativa hasta la STS de 17 de marzo de 2009, Id Cendoj 28079130032009100095.

Tiene especial interés en esta entrega la jurisprudencia constitucional relativa al desarrollo autonómico de las bases estatales, que considera como elementos fundamentales para definir el ámbito competencial de las CCAA, sus características, la estructura de su propia Administración, el diseño de la función pública autonómica y la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen (STC 87/2009, de 20 de abril).

Otro ámbito de interés es el del principio de legalidad en materia sancionadora, dado que hay diversas sentencias en las que el Tribunal precisa cuál es el ámbito en el que se admiten o no remisiones al reglamento para complementar la definición de infracciones y sanciones en relación con regulaciones procedentes de distintos sectores del ordenamiento.

2. BASES ESTATALES

A) En materia de incompatibilidades de los farmacéuticos: las CCAA pueden desarrollar las competencias de desarrollo de las bases estatales según sus características, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública autonómica, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen

En la STC 87/2009, de 20 de abril, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria cuestiona la constitucionalidad del apartado tres de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los artículos 14 y 149.1.18 CE. El citado precepto dispone que los funcionarios interinos farmacéuticos, que sean propietarios de Oficina de Farmacia, deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la Ley, pues en caso contrario cesarán en su condición de funcionarios interinos.

IV. Fuentes del Derecho

El órgano judicial que plantea la cuestión considera que esta regulación vulnera el régimen básico estatal en materia de incompatibilidades de los funcionarios públicos, establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. En concreto entiende vulnerado el artículo 12.2 de dicha ley, así como, en especial, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 53/1984, preceptos ambos declarados básicos, ex artículo 149.1.18 CE, por la Disposición Final Primera del citado texto legal. El artículo 12.2 fija el criterio de que “Las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en esta Ley como de prestación a tiempo parcial”. Por su parte, la Disposición Transitoria Sexta de la propia norma estatal de incompatibilidades establece una excepción a la regla general antes enunciada en cuya virtud: “Lo previsto en el artículo 12.2 de esta Ley no será de aplicación a los farmacéuticos titulares obligados a tener oficina de farmacia abierta en la propia localidad en que ejercen su función”. En consecuencia no se aplica a los farmacéuticos la incompatibilidad general establecida en el artículo 12.2, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Sexta.

El Tribunal Constitucional inicia su argumentación recordando su jurisprudencia relativa al significado de las bases en materia de incompatibilidades, principalmente, las SSTC 178/1989, de 2 de noviembre, y 172/1996, de 31 de octubre, que exponen que “el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es básico en cuanto expresión de un principio estructural organizativo que se proyecta sobre el sector público en su conjunto”. En relación con el problema de la articulación de las bases estatales y el desarrollo normativo autonómico, el Tribunal ha precisado que esa técnica de articulación competencial construida sobre la distinción entre lo básico y su desarrollo, en una determinada materia, exige ante todo, con carácter primordial, el absoluto respeto de lo primero por parte de lo segundo:

“El legislador autonómico, en otras palabras, debe en tales supuestos respetar escrupulosamente las normas básicas dictadas por el Estado. Ahora bien, ese respeto no significa reverencia a lo literal, pues también en el caso de las normas básicas ha de extraerse su sentido y alcance del contexto sistemático y de su finalidad. Esto que es así para el Juez, es válido también para el legislador. En definitiva, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar la legislación básica en función de sus características y, entre ellas, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública que las sirvan, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen” (STC 172/1996, de 31 de octubre, FJ 6°).

Desde esta perspectiva, el legislador canario no ha considerado conveniente que en el futuro se mantenga en todo caso la atención a la oficina de farmacia y el desempeño de otras funciones relativas a la salud pública, sino que, por el contrario, ha dispuesto, según indica el Tribunal, “a fin de dar respuesta a una necesidad específica ligada a las características de su propia organización”, la aplicación de un modelo que prima la cobertura de aquellos puestos por funcionarios de carrera, si bien respetando las situaciones jurídicas consolidadas de los farmacéuticos titulares. En este sentido, debe entenderse que, según la citada Ley Canaria 2/1999, la previsión de incompatibilidad para los titulares de farmacia lleva intrínseca la desaparición de toda posible obligación de mantener abierta una oficina de farmacia en la localidad o en la circunscripción de destino.

Esta previsión se vincula con la universalización de la asistencia sanitaria y con la necesidad de adaptar los medios personales y materiales a disposición de la Comunidad Autónoma, que, en virtud de sus potestades de organización, debe diseñar un sistema adecuado para la puesta en práctica de las atribuciones autonómicas en el ámbito de la salud pública.

B) En materia de retribuciones de los funcionarios públicos: el artículo 149.1.18 CE atribuye competencia al Estado para conseguir “una mínima y fundamental homogeneidad” en un aspecto esencial como es el de los derechos económicos de los funcionarios

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 82.2.a) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, de acuerdo con el cual “en ningún caso el sueldo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos o escalas del grupo E podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional”. Para el citado órgano judicial esta previsión normativa vulnera lo dispuesto, con carácter básico, en el artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública y, por tanto, las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.18 CE.

En la **STC 86/2009, de 23 de febrero**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad a la que se ha hecho referencia. El Tribunal considera que el artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no establece un límite máximo de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones, sino que regula un aspecto del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como es la determinación de un concepto retributivo. En consecuencia, lo que se discute no es el respeto a los límites al crecimiento de las retribuciones de los empleados públicos que haya podido establecer el legislador estatal, sino la regla general que garantiza la igualdad de uno de sus conceptos, el sueldo. Esta cuestión corresponde a la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.18 CE para el establecimiento de las bases del régimen jurídico de la función pública, en la medida en que con ella se trata de conseguir “una mínima y fundamental homogeneidad” en un aspecto esencial de dicho régimen jurídico como es el de los derechos económicos de los funcionarios.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 82.2.a) de la Ley de la función pública de Canarias puesto que vulnera lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, e impide la plena efectividad de las determinaciones estatales en materia de retribuciones de los funcionarios públicos.

3. LEY

A) Reserva de ley

a) La reserva de ley no impide la colaboración reglamentaria siempre que no suponga una remisión en blanco

La **STS de 3 de marzo de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (ponente: Enrique Lecumberri Marti), Id Cendoj 28079130042009100075, resuelve el recurso

IV. Fuentes del Derecho

contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Española de Religiosos de Enseñanza-Titulares de Centros Católicos contra el Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo. La recurrente solicita la declaración de nulidad de determinados preceptos del Real Decreto impugnado, en concreto, de los artículos 6.g), 14.g), 41, 52.1.c) y 52.2. Entiende que esas disposiciones incumplen la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución, en cuanto que introducen por vía reglamentaria un nuevo requisito que han de cumplir los centros que quieran obtener una autorización para impartir enseñanzas de formación profesional. El Real Decreto se extralimitaría, supuestamente, con respecto a los requisitos que establece la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, en su artículo 14: titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares, pues la recurrente interpreta que estos requisitos tienen la condición de *numerus clausus*.

El Tribunal rechaza esta argumentación. Afirma que el Real Decreto no vulnera la reserva de ley, puesto que no existe ningún obstáculo legal para que una ley estatal, incluso de carácter orgánico, habilite expresamente a un reglamento –como sucede en el caso– para desarrollar y concretar sus mandatos en un objeto concreto y determinado. El límite estaría en la realización de una remisión en blanco al poder normativo, que no concurre en el caso analizado (FJ 3º). Con base en estas razones se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Un asunto similar ocupa al Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), en la **STS de 2 de febrero de 2009** (ponente: Celsa Pico Lorenzo), Id Cendoj 28079130042009100049. Esta sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Española de Religiosos de Enseñanza Titulares de Centros Católicos contra el Real Decreto 1476/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas. Solicita la recurrente la declaración de nulidad del artículo 14 del precitado Real Decreto relativo a la permanencia de un año más en el mismo curso de bachillerato, por ser contrario a las normas reguladas en el artículo 36 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

El Tribunal analiza la regulación que establece la LOE al respecto, con el fin de determinar la existencia o no de cobertura legal para la regulación reglamentaria. La LOE ofrece únicamente dos opciones en caso de no superación de los cursos: “la repetición de curso cuando hubiere más de dos evaluaciones negativas” o “la promoción a segundo con dos evaluaciones negativas de primero”. Sin embargo, el Real Decreto, además de estas opciones, introduce una tercera: la posibilidad de que los alumnos que tengan evaluación negativa en tres o cuatro materias opten por repetir el curso en su totalidad o matricularse de las materias de primero con evaluación negativa y ampliar la matrícula con dos o tres materias de segundo en los términos que establezcan las administraciones educativas (FJ 9º). Por esta razón, concluye el Tribunal que el Real Decreto altera el régimen de la LOE y carece de cobertura legal y estima el recurso interpuesto.

También se refiere a la reserva de Ley la **STS de 15 de enero de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (ponente: Eduardo Espín Templado), Id Cendoj 28079130032009100005, que resuelve el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de marzo de 2006. Dicha Sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Admi-

nistración General del Estado contra el Decreto 52/2005, de 12 de abril, del Gobierno de Canarias, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo y Ejecución de la Ley de Puertos de Canarias, por falta de cobertura legal. El Tribunal Supremo confirma ese pronunciamiento puesto que el Decreto introduce entre los usos posibles de la zona de servicios de los puertos los de alojamiento turístico, que no se prevén ni en la Ley de Costas del Estado ni en la Ley de Puertos autonómica.

b) Reserva de ley en materia penal: la aplicación analógica, *in malam partem*, de un tipo penal vulnera el artículo 25.1 CE

En la STC 34/2009, de 9 de febrero, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del principio de legalidad en el ámbito penal (artículo 25.1 CE). Se indica en la demanda de amparo que el órgano judicial ha sancionado penalmente una conducta que no es merecedora de reproche penal, es decir, ha aplicado analógicamente la ley penal a un supuesto no contemplado en ella, aunque en cierto modo semejante. Para el recurrente, el acceso de cualquier forma no ilícita penalmente a la dirección de correo electrónico de una persona o a su número de teléfono no puede constituir un delito de revelación de secretos.

En este sentido, el demandante entiende que la aplicación que ha hecho el Tribunal del tipo penal ha incurrido en aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, ya que carece de tal modo de razonabilidad, que resulta imprevisible para sus destinatarios. A juicio del demandante, con esta Sentencia se crea inseguridad para todos los ciudadanos, pues acceder de cualquier forma no ilícita penalmente, aunque carente de urbanidad, decoro o respeto, a la dirección de correo electrónico de una persona o a su número de teléfono podría constituir un delito de revelación de secretos, aunque quien así obre no tenga intención de descubrir sus secretos u obtener datos personalísimos del otro.

El Tribunal Constitucional expone que cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas.

Aplicando lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que, desde la estricta perspectiva de control que le corresponde, no cabe entender que se ha producido una aplicación analógica o *in malam partem*, carente de razonabilidad por apartarse de su tenor literal o por utilización de pautas extravagantes o criterios no aceptados por la comunidad jurídica al considerar documentos personales e íntimos la libreta de direcciones y de teléfonos de la denunciante, accediendo por este medio a la dirección de su correo electrónico. Tampoco carece de razonabilidad la subsunción en aquel tipo penal del acceso a dichos documentos sin el consentimiento de su titular, obteniendo de esta forma datos de carácter personal de aquella y de sus compañeros, que es la conducta por la que ha sido condenado el recurrente en amparo. En consecuencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo.

IV. Fuentes del Derecho

La **STC 91/2009, de 20 de abril**, resuelve el recurso de amparo presentado contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003, que condena al demandante de amparo como autor de un delito de prevaricación medioambiental en concurso ideal con un delito contra el medioambiente. Entre otros motivos de amparo el recurrente aduce la lesión del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE) por haberse aplicado ambos preceptos penales sin que concurran sus elementos típicos y porque su aplicación en concurso de delitos infringe el principio *non bis in idem*.

El Tribunal Constitucional, partiendo de afirmar su incompetencia para entrar a valorar cuál debe ser la interpretación más correcta o razonable de dicha normativa, concluye en que la subsunción de los hechos es acorde a los parámetros de enjuiciamiento que determinan el respeto al derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Tampoco puede considerarse imprevisible la aplicación del precepto en cuestión a la conducta objeto de enjuiciamiento penal, estando debidamente motivada tal subsunción desde los citados criterios de razonabilidad.

Por lo que se refiere a la denuncia referida a que la aplicación conjunta de los delitos de prevaricación medioambiental y contra el medioambiente incurre en un *bis in idem* contrario al derecho a la legalidad (artículo 25.1 CE), el Tribunal Constitucional reproduce su doctrina relativa al principio mencionado. Esta doctrina, en su vertiente material, impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, ya que supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano en relación con la previsibilidad de las sanciones.

En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, o incluso para analizarla directamente, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE.

La cuestión acerca de si la aplicación conjunta de los delitos por los que ha sido condenado el demandante configura un concurso de normas o de delitos es objeto de una amplia argumentación en la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna. Para el Tribunal Constitucional, la aplicación de ambos tipos delictivos se justifica en que cada uno de ellos responde a un distinto fundamento, pues los intereses que cada precepto protege son diferentes. El Tribunal Constitucional concluye que, dado que no concurre la triple identidad que presupone la infracción del principio *non bis in idem*, no cabe considerar que en este caso se haya vulnerado el derecho a la legalidad penal.

c) Reserva de ley en materia sancionadora: la ley debe contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Mérida plantea una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, que dispone lo siguiente: “son infracciones leves: todas las acciones u omisiones no tipificadas como infracciones graves o muy graves en el presente título y que sean contrarias a las normas y reglamentos aplicables a los espectáculos deportivos”. El Juzgado considera que el mencionado precepto legal podría infringir el artículo 25.1 CE.

El Tribunal Constitucional resuelve la citada cuestión de inconstitucionalidad en la STC 81/2009, de 23 de marzo. Esta Sentencia expone que la regulación cuestionada incurre en una de las prácticas normativas prohibidas por el artículo 25.1 CE porque, aunque el precepto sancionador ostente rango de ley, no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permite una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos, en degradación de “la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10°).

La regulación del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, no permite conocer a los destinatarios de la norma qué otros comportamientos pueden pasar a ser objeto de sanción a través de la regulación reglamentaria, lo que resulta contrario a la reserva de ley del artículo 25.1 CE. Este tipo de regulación no permite que quede suficientemente salvaguardado el valor de la seguridad jurídica al que, según el Tribunal Constitucional, sirve la proclamación del artículo 25 CE.

Por último, el Tribunal rechaza el argumento del Abogado del Estado en defensa de la constitucionalidad de la regulación cuestionada, alegando que dicha regulación se dicta en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción lo que justifica una mayor capacidad administrativa de autoordenación. El Tribunal rechaza que la norma se aplique en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, ya que su ámbito de aplicación es genérico; en otros términos, tiene un destinatario general. En segundo lugar aclara que, aunque lo fuera, sólo sería posible una cierta modulación de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad, pero no su supresión como ocurre en este caso. En el ámbito de las relaciones especiales de sujeción tienen vigencia los derechos fundamentales y la Administración no goza de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque, según el Tribunal Constitucional, ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esta especial relación. Sobre las relaciones especiales de sujeción, *vid.*, por último, SSTC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3°; 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 2°, y 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 3°.

El Tribunal concluye que no hay fundamento alguno para entender que las infracciones leves que por acción u omisión puedan cometer los ciudadanos al contravenir las normas aplicables a los espectáculos deportivos carezcan de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 CE.

En la **STC 97/2009, de 27 de abril**, se resuelven las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el Juez de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santander, en relación con el artículo 64.h) de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. El Juez considera que el precepto en cuestión en cuanto tipifica como infracción leve “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica”, vulnera el principio de legalidad sancionadora contenido en el artículo 25.1 CE, en su vertiente formal, particularmente en lo que respecta al inciso “en las normas dictadas para su desarrollo”. El Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto objeto de la cuestión, y señala que, aunque el artículo 64.h) citado remita a reglamentos ejecutivos la integración del tipo de la infracción, esto no disminuye la dificultad para que resulten reconocibles al destinatario las conductas sancionables en el caso

IV. Fuentes del Derecho

—que el precepto permite— de que los reglamentos dictados en desarrollo de la ley creen *ex novo* obligaciones cuyo incumplimiento ha quedado tipificado por el precepto cuestionado.

En la **STC 104/2009, de 4 de mayo**, de nuevo se plantea la posible vulneración del artículo 25.1 CE. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 91.b).1 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear, en la redacción dada por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico. Este precepto dispone que son infracciones graves, el incumplimiento de los preceptos legales o reglamentarios aplicables, o de los términos y condiciones de las autorizaciones o documentos oficiales de explotación, cuando no constituya falta muy grave, salvo los de escasa trascendencia. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en que el mencionado precepto legal podría infringir el artículo 25.1 CE, ya que no contiene una predeterminación suficiente de las conductas sancionables, sino una remisión genérica, indiscriminada y en blanco, a otros preceptos legales, reglamentarios e infrareglamentarios, sin precisar los incumplimientos a que se refiere, lo que coloca a los afectados en una situación de inseguridad jurídica con quiebra del principio de *lex certa*.

El Tribunal considera que la remisión que el precepto legal cuestionado realiza a disposiciones reglamentarias se efectúa en relación con disposiciones perfectamente identificables, que imponen obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, así como a las condiciones particulares impuestas en las autorizaciones y licencias o en los documentos oficiales de explotación a cada empresa concreta en las actividades que desarrolla; estas remisiones permiten identificar la infracción sancionable y conocer, con suficiente grado de certeza, la sanción derivada del incumplimiento, por lo que el Tribunal Constitucional declara que no se ha producido ninguna vulneración del artículo 25.1 CE.

d) Reserva de ley en materia tributaria: la fijación de las cuantías de las tarifas de los puertos por servicios generales debe ser regulada por ley

En la **STC 101/2009, de 27 de abril**, el Tribunal resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con los artículos 9 y 10.1.a) y con la Disposición Transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, por presunta vulneración del artículo 31.3 de la Constitución española. Se plantea que la remisión en blanco que efectúan estas normas a los reglamentos del Gobierno y a las decisiones ministeriales para la fijación de la cuantía de las tarifas G-1, G-2 y G-3 vulnera el principio de reserva de ley recogido en aquella disposición constitucional, dado que se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria y, como tales, quedan sometidas al principio de reserva de ley que para la materia establece el artículo 31.3 CE.

El Tribunal Constitucional expone que las normas cuestionadas no establecen ningún límite máximo —implícito o explícito— a la cuantía de las tarifas por servicios generales y específicos, pues no pasan de señalar que tal cuantía se fijará, actualizará y revisará con sujeción a la “política económico-financiera y de tarifas portuarias determinadas por el Gobierno” y a la “normativa general y objetivos anuales” que se establezcan por un Ministerio, de manera que

se deja a la entera libertad de los citados órganos la fijación de lo que constituye uno de los elementos esenciales del recurso financiero enjuiciado, como es el *quantum* de la prestación. La determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley. Sin embargo, en los preceptos cuestionados, se remite a la referencia a la “política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno”, por una parte, y “a la normativa general y objetivos anuales” establecidos por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, por otra. Esta regulación implica una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los artículos 31.3 y 133.1 CE. En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, en cuanto se refieren a las tarifas de los puertos por “servicios generales”.

4. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma: una Orden Ministerial tiene la consideración de acto administrativo si se agota con su cumplimiento y no innova el ordenamiento jurídico

En la STS de 24 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (ponente: Óscar González González), Id Cendoj 28079130032009100054, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica, SL contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2005. Dicha Sentencia desestimó el recurso interpuesto por la recurrente contra la Orden del Ministerio de Economía, de 27 de diciembre de 2001, por la que se fijan de manera provisional los porcentajes de la actividad de distribución para los años 2000 y 2001, aplicables a las liquidaciones correspondientes a dichos años. La Sala *a quo* interpretó que la Secretaría de Estado era competente para aprobar la Orden impugnada, en virtud de una delegación, ya que no podía considerarse una disposición general, sino un acto administrativo. Y que el hecho de que la Orden se hubiese notificado en 2002, no es contrario al principio de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución y del artículo 2.3 del Código Civil.

El Tribunal Supremo confirma los criterios aplicados en instancia y desestima el recurso. Entiende, por un lado, que la Orden Ministerial impugnada fija de manera provisional los porcentajes de la actividad de distribución de los años 2000 y 2001, aplicables a las liquidaciones de dichos años, por lo que la Orden se agota en su cumplimiento y de ninguna manera puede decirse que innova el ordenamiento jurídico. Ello determina que no sea de aplicación la prohibición de delegación de la aprobación de disposiciones de carácter general del artículo 13.2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De modo que se confirma la competencia de la Secretaría de Estado para aprobar la Orden. Por otro lado, confirma la posibilidad de que la Orden tenga cierto carácter retroactivo, que no se considera contrario al principio de irretroactividad. Ese principio, afirma el Tribunal, impide la irretroactividad de disposiciones de carácter sancionador o restrictivo de los derechos individuales, así como la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad normativa (FJ 2º).

IV. Fuentes del Derecho

B) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: el ámbito territorial de aplicación de un reglamento no puede ser superior al ámbito territorial de actuación de la Administración competente para su aprobación

La STS de 17 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, (ponente: Óscar González González), Id Cendoj 28079130032009100095, se ocupa del recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de mayo de 2006. Esta Sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente en casación contra el Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión.

La Administración General del Estado entiende que el artículo 2.1 *in fine* del Decreto impugnado infringe el artículo 19.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio –por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva–. Este precepto legal delimita el ámbito que corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas para el control y la inspección de los servicios de televisión dentro de sus respectivos límites territoriales. Mientras que el Decreto autonómico señala que la Comunidad Autónoma de Cataluña es competente en relación con aquellos servicios de televisión que, emitiendo para un ámbito territorial más amplio que el de la Comunidad Autónoma, tengan una programación específica para aquella.

El Tribunal confirma esta argumentación. Afirma que el precepto impugnado “extiende su campo de aplicación a operadores de televisión cuyo ámbito de cobertura sobrepasa el límite territorial de Cataluña, lo que sin duda extralimita la competencia de la Generalidad catalana” (FJ 3º). Por esta razón se estima el recurso interpuesto.

C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: el incumplimiento del trámite de audiencia en la elaboración de una disposición de carácter general determina su anulación

La STS de 20 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, (ponente: Pedro José Yagüe Gil), Id Cendoj 28079130052009100006, da respuesta al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, por el que se adoptan medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Júcar, Segura y Tajo. El Real Decreto impugnado se aprobó conforme al artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas –Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio– que habilita al Consejo de Ministros, una vez oído el Organismo de Cuenca, a adoptar medidas en situaciones excepcionales como sobreexplotación grave de acuíferos o sequías extraordinarias. Pues bien, la recurrente alega que en la elaboración del Real Decreto se incumplió el trámite de audiencia a la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas del Júcar, del Segura y del Tajo (FJ 2º).

El Tribunal valida esta argumentación y estima el recurso interpuesto, anulando el Real Decreto impugnado. Entiende que entre la documentación remitida no se encuentra prueba alguna de

que la Administración central diera formalmente audiencia a las respectivas Confederaciones Hidrográficas conforme al procedimiento legalmente establecido, ni de que materialmente se hubiesen producido actuaciones que cumpliesen con el trámite (FJ 4º).

5. INSTRUCCIÓN

A) No cabe impugnar mediante recurso de casación las instrucciones que tienen carácter meramente interno

En la STS de 6 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, (ponente: Juan José González Rivas), Id Cendoj 28079130072009100025, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 11 de julio de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La Sentencia impugnada estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra la Resolución de 13 de abril de 1999 del Director General de la Policía, que desestimaba la petición del entonces recurrente sobre el reconocimiento del derecho a percibir el complemento de productividad con independencia de la compensación mensual por la realización de turnos rotatorios. Asimismo declaró la nulidad de la Instrucción de la Dirección General de la Policía de 23 de enero de 1998, para la Elaboración de Propuestas de Asignación Individual de Productividad al Cuerpo Nacional de Policía y de la Instrucción de la Dirección General de la Policía de 22 de marzo de 1998, sobre criterios de distribución del complemento de productividad y la compensación por turnos en el Cuerpo Nacional de Policía. El Abogado del Estado considera que la Sentencia vulnera el artículo 14 de la Constitución así como el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y el Decreto 311/1988, de 30 de marzo, en relación con las Instrucciones de la Dirección General de la Policía de 23 de enero y de 22 de marzo de 1998.

El Tribunal, antes de entrar en el fondo del asunto, analiza la naturaleza de las instrucciones controvertidas con el fin de determinar el posible acceso al recurso de casación. Señala que no todas las instrucciones tienen carácter normativo. Cuando la decisión tenga por únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo y exteriorice pautas de su futura actuación administrativa, la instrucción no tendrá carácter normativo, sino que será una de las instrucciones y órdenes de servicio que autoriza y regula el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En esos casos la decisión es meramente interna y no tiene carácter vinculante para las personas que puedan verse afectadas por los posteriores actos administrativos que puedan dictarse.

Pues bien, al analizar el contenido concreto de las Instrucciones concluye el Tribunal que no se está ante verdaderas disposiciones de carácter general. Las Instrucciones se dictan por órganos sin competencia para establecer criterios normativos en relación a la percepción del complemento de productividad y por turnos rotatorios. Además, simplemente se limitan a orientar la actividad de los órganos subordinados sin pretender regular normativamente la conducta de los ciudadanos. Sus destinatarios son únicamente los órganos subordinados a los que imparte determinados criterios de actuación. Por ello, afirma el Tribunal que las Instrucciones carecen

IV. Fuentes del Derecho

de valor normativo y excluye su acceso al recurso de casación por la vía del artículo 86.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Además, refuerza este argumento, indicando que las Instrucciones tratan sobre una cuestión de personal y que, por tanto, no tienen tampoco acceso al recurso de casación conforme al artículo 86.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (FJ 5º). De modo que finalmente el Tribunal establece la indebida admisión del recurso de casación interpuesto.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) Principio de igualdad en la ley: no se vulnera cuando el diferente tratamiento normativo se aplica a situaciones que no son iguales

En la **STC 87/2009, de 20 de abril**, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria cuestiona la constitucionalidad del apartado tres de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes, económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los artículos 14 y 149.1.18 CE.

El citado precepto dispone que los funcionarios interinos farmacéuticos, que sean propietarios de una Oficina de Farmacia, deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la Ley, pues, en caso contrario, cesarán en su condición de funcionarios interinos; esta norma no se aplica a los funcionarios titulares. La vulneración del artículo 14 CE se fundamenta por los recurrentes en que la disposición transitoria cuestionada impide que los interinos ejerzan la facultad de elegir, —de la que sí disponen los titulares—, entre el mantenimiento de su anterior régimen retributivo, o bien, optar por el nuevo, previsto en el artículo 18 de la misma Ley de Canarias 2/1999, con las incompatibilidades que del mismo se deriven.

En conclusión, la Ley de Canarias 2/1999 prevé la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferenciados aplicables en función de la distinta condición, funcionario de carrera o interino, de sus destinatarios. Estos regímenes diferenciados encuentran fundamento precisamente en la distinta naturaleza de la relación que vincula a unos y a otros con la Administración pública. El Tribunal entiende que la igualdad ante la ley proclamada en el artículo 14 CE no impide el distinto tratamiento normativo entre situaciones de por sí diversas, así como que la diferenciación normativa entre distintos sujetos no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación. En este caso no se trata de situaciones iguales ya que los funcionarios interinos, por la propia transitoriedad en el desempeño de las funciones a ellos asignadas, no han generado situaciones jurídicas consolidadas, lo cual fundamenta el distinto tratamiento normativo que establece la Ley de Canarias 2/1999.

En la **STC 45/2009, de 19 de febrero**, se resuelve la cuestión planteada por la Magistrada-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, que considera que el párrafo primero del artículo 171.4 del Código Penal, en su vigente redacción, dada por el artículo 38 de la Ley

Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los artículos 9.3, 10.1, 14, 17.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución, por vulnerar los principios de igualdad, proporcionalidad penal y culpabilidad, y del valor de la dignidad de la persona regulados en dichos artículos. El párrafo primero del artículo 171.4 CP sanciona “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” a quien “de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

Por lo que se refiere a la posible vulneración del principio de igualdad y del principio de no discriminación por razón de sexo, el Tribunal se remite a su argumentación de la STC 59/2008 (JA, núm. 41, pág. 149), que en un caso similar expone que a partir de la perspectiva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma pasa, según su doctrina, “porque el tratamiento diferenciado de supuestos 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”. El Tribunal considera las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, “que el legislador entiende como insuficientemente protegida[s] 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). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del artículo 171.4 CP, que, como se expone a continuación, permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta. Esta disminución de la pena en la práctica permite ponderar el trato formalmente discriminatorio y determina que el Tribunal no estime vulnerado el principio de igualdad.

En la **STC 107/2009, de 4 de mayo**, se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que condenó al demandante de amparo como autor de los delitos de malos tratos (artículo 153.1 del Código Penal: CP) y amenazas (artículo 171.4 CP) en el ámbito familiar y de tres faltas de injurias. El recurrente sostiene que las citadas resoluciones vulneran sus derechos a la igualdad (artículo 14 CE), a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) y a la dignidad de la persona (artículo 10 CE).

El Tribunal comienza recordando las recientes SSTC 59/2008, de 14 de mayo (JA, núm. 41, pág. 149) y 45/2009, de 19 de febrero (en este mismo número y apartado), en las que ha desestimado la inconstitucionalidad de los artículos 153.1 y 174.1 CP por vulneración del artículo 14 CE, afirmando en ambos casos tanto la razonabilidad de la diferenciación punitiva establecida en dichos preceptos (sobre la base de la legitimidad del fin de la norma y la razonabilidad del entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer, en la medida en que el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– que lo diferencia del uso de la violencia en otro contexto e implica una mayor lesividad para la víctima), como la inexistencia de consecuencias desproporcionadas derivadas de dicha razonable diferencia. En

IV. Fuentes del Derecho

concreto, al analizar el sistema de determinación de la pena, se destaca que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que “en las amenazas leves sin armas la opción posible por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad reduce significativamente la diferencia punitiva en los supuestos comparados (artículos 171.4 y 620, párrafo 3, CP)”.

En el caso que resuelve la **STC 107/2009, de 4 de mayo**, el órgano judicial optó por la imposición de la pena de sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que, según entiende el Tribunal Constitucional, puede afirmarse que la aplicación de la norma al caso concreto no es expresión de una diferencia punitiva desproporcionada, y que dicha diferencia resulta razonablemente justificada, en aplicación de la jurisprudencia citada. En consecuencia, desestima el amparo solicitado.

En la **STC 55/2009, de 9 de marzo**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, planteada sobre los apartados 1, 3 y 4 del artículo 11 de la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

En la citada cuestión se plantea si la regulación contenida en los citados apartados, que prevén un período transitorio de equiparación del personal funcionario no docente transferido a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que, en el caso de las retribuciones podía llegar a ser hasta de cuatro años, resulta discriminatorio en relación con los funcionarios de la Comunidad Autónoma que realizaban las mismas funciones que los transferidos, incluso respecto de aquéllos de nuevo ingreso en la Administración autonómica que, aun incorporándose más tarde que los traspasados a sus puestos de trabajo, percibirán con anterioridad a éstos la retribución íntegra correspondiente al puesto de trabajo, lo que podría ser inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad ante la Ley del artículo 14 CE.

El Tribunal Constitucional sólo considera inconstitucional el apartado 4 del artículo 11 de la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, en cuanto possibilitó diferencias retributivas entre los funcionarios no docentes transferidos y los de la Administración autonómica una vez que se había hecho efectiva la integración de los primeros en la Administración de destino.

Frente a las alegaciones del Ministerio público sobre que la inconstitucionalidad no proviene de la norma jurídica, cuyo apartado 4 establece sólo una cláusula condicional que puede no ser aplicada, o las del Gobierno y del Parlamento de las Illes Balears, en cuanto a que el presupuesto para el año 2008 estaba ya cerrado cuando se produjo la incorporación efectiva del personal transferido a la Administración autonómica y que, además, el gran volumen de recursos humanos transferidos hizo preciso que la adaptación presupuestaria se realizase en varios ejercicios económicos, el Tribunal Constitucional estima que la regulación en cuestión vulnera el principio de igualdad ante la ley que regula el artículo 14 de la Constitución. El Tribunal fundamenta su postura en que la transferencia del personal fue objeto de un proceso de negociación y de un acuerdo en la Mesa de la Función Pública donde se podían haber realizado las previsiones presupuestarias necesarias y llegado a un acuerdo sin lesión del derecho fundamental a la igualdad de los funcionarios transferidos (artículo 14 CE). Las retribuciones de éstos debieron ser equiparadas a las de quienes en la Comunidad Autónoma realizaban las mismas funciones desde que la integración fue efectiva a raíz de la publicación en el BOIB de

la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Educación, porque una vez finalizado el período de integración en la Administración de destino carecían de justificación razonable y objetiva las diferencias retributivas entre funcionarios de la misma Administración autonómica que realizaban las mismas funciones. Se ha producido, por lo tanto, un trato desigual, ante supuestos iguales, que determina la vulneración del artículo 14 CE.

b) Principio de igualdad en la aplicación de la ley: la apertura de una nueva línea jurisprudencial, de forma justificada, no supone su vulneración; no puede ser alegado en casos de inexistencia originaria del objeto del proceso

En la **STC 105/2009, de 4 de mayo**, se resuelve el recurso de amparo presentado contra la Sentencia de 28 de abril de 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestima, por haber prescrito el derecho, la pretensión de la entidad recurrente de obtener la devolución de lo que había ingresado indebidamente en virtud del gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar. El fundamento de este recurso de amparo es la vulneración, entre otros, del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE), dado que, a juicio de la recurrente, dicha sentencia se separa de un modo singular e injustificado de la doctrina general del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en esta materia.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad en la aplicación de la ley se resume en el fundamento jurídico 5º de la Sentencia 105/2009, en los términos que se exponen a continuación. Para el Tribunal Constitucional, un mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que permita deducir que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta *ad personam*. Sin embargo, nada impide que un órgano judicial se aparte conscientemente de sus resoluciones precedentes ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio, o, en ausencia de tal motivación expresa, que resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio, por desprenderse así de la propia resolución judicial (inferirse con certeza) o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la Sentencia impugnada.

En este caso, el Tribunal Constitucional constata que la Sentencia impugnada se aparta de la *ratio decidendi* de la Sentencia aportada por el recurrente como Sentencia de contraste para fundamentar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley. A continuación procede verificar si lo hace de un modo injustificado, de forma que pueda entenderse que constituye una respuesta *ad personam* que quiebra el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE). En el caso de la Sentencia impugnada resulta patente, a juicio del Tribunal, que abre una nueva línea jurisprudencial que es seguida por los pronunciamientos posteriores del mismo órgano jurisdiccional y, por tanto, no implica una respuesta *ad personam*

IV. Fuentes del Derecho

lesiva del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE), sino que, en definitiva, supone un cambio de criterio suficientemente justificado.

En la STC 95/2009, de 20 de abril, se resuelve el recurso de amparo interpuesto en relación con la Resolución de 1 de marzo de 2006 del Subdelegado del Gobierno de A Coruña, que denegó a las recurrentes la tarjeta de residencia comunitaria. Dado que las recurrentes habían obtenido dichas tarjetas en vía judicial con anterioridad a la presentación del presente recurso de amparo, el Tribunal entiende que no existe la desigualdad alegada y considera que se trata de un caso, no de desaparición sobrevenida del objeto del recurso, sino de inexistencia originaria de dicho objeto. El Tribunal Constitucional considera que este dato esencial, es decir, la reparación de las lesiones aducidas en momento anterior a la presentación de la demanda de amparo, ha sido ocultado por las recurrentes en el proceso constitucional, proceso que nunca tuvo objeto, en relación con la lesión alegada del artículo 14 CE, ya que esta vulneración fue reparada antes de su inicio. El Tribunal Constitucional hace referencia a que no es fácil determinar el alcance real de la pretensión de las demandantes y pone de manifiesto la discutible lealtad procesal con la que han actuado. Finalmente decide inadmitir el recurso de amparo.

c) Principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos: no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas

En la STC 69/2009, de 18 de marzo, se resuelve un recurso de amparo presentado por vulneración del derecho del recurrente a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE). Los antecedentes fácticos de este recurso así como las invocaciones de derechos fundamentales realizadas por el recurrente son coincidentes con los que dieron lugar a la STC 87/2008, de 21 de julio, en la que se desestimó el recurso de amparo interpuesto por otro de los aspirantes en el mismo concurso-oposición que dio lugar a este recurso (vid. JA, núm 42, págs. 112-113), cuyo comentario se reproduce a continuación.

En la STC 87/2008, de 21 de julio, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por la vulneración del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública por parte de una Sentencia y un Auto de nulidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, que desestimó su demanda contra la Subsecretaría de Defensa relativa al acceso al Centro de Formación de la Guardia Civil para ascenso a la escala ejecutiva.

El recurrente fundamenta su recurso de amparo en la vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando se invocan simultáneamente los artículos 14 y 23.2 CE, las supuestas violaciones de aquél quedan subsumidas en las más concretas de éste, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguno de los criterios explícitamente proscritos en el artículo 14 CE; dado que en este caso no concurre esta circunstancia, se debe centrar el análisis en la posible vulneración del artículo 23.2 CE.

La vulneración del artículo 23.2 CE se fundamenta, a juicio del recurrente, en que la Administración, una vez anulada la base de la convocatoria para acceder al Centro de Formación de la Guardia Civil por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, debería haber resuelto el proceso selectivo con arreglo a la nulidad declarada y en condiciones de igualdad. El recurrente con-

sidera que al aspirante que promovió los recursos estimados en aquella Sentencia, se le han aplicado las bases de la convocatoria de un modo distinto a como se las ha aplicado al propio recurrente, —que no impugnó en su momento las bases de la convocatoria, ni la resolución final del proceso selectivo que le declaró no apto—, a pesar de que ambas situaciones jurídicas eran idénticas, con el resultado de que el primero tuvo acceso al Centro de Formación y él no. A juicio del recurrente, no debe ser obstáculo a la exigencia de acceder al Centro de Formación no haber impugnado en su momento ni las bases de la convocatoria ni la resolución final del proceso selectivo que le declaró no apto.

El Tribunal Constitucional entiende que en este caso no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente, ni por parte de la Administración, ni por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, en consecuencia, desestima el recurso de amparo. A juicio del Tribunal, el recurrente recibió de la Administración el mismo trato que el aspirante que impugnó ante el Tribunal Superior de Justicia la resolución que puso fin al proceso selectivo, pues dicha resolución exigió a ambos la realización de las dos fases que preveía la convocatoria y declaró a los dos no aptos en función del desarrollo de la oposición. Posteriormente, el aspirante resultó finalmente nombrado alumno del Centro de Formación de la Guardia Civil, no porque la Administración hiciese una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, sino en ejecución de una Sentencia favorable a sus intereses dictada como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos que promovió. Por el contrario, el demandante no ha obtenido ningún pronunciamiento judicial en su favor que obligara a la Administración a nombrarle alumno del citado Centro de Formación. En este sentido cabe afirmar que del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE) no deriva como consecuencia necesaria que la estimación del recurso contencioso-administrativo de un aspirante exija que la Administración altere el acto resolutorio del proceso selectivo para los aspirantes que lo consintieron ni, en consecuencia, tampoco deriva del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE) la obligación de los Tribunales de Justicia de imponer a la Administración esa alteración.

El derecho fundamental regulado en el artículo 23.2 CE no garantiza el estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos. El Tribunal Constitucional ha precisado que el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE.

B) Principio de seguridad jurídica y principio de interdicción de la arbitrariedad: no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen

En la STC 90/2009, de 20 de abril, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, por entender que infringe, entre otros, el artículo 9.3 CE. La Disposición Transitoria objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad establece lo siguiente: “Los partícipes de planes de pensiones que, con anterioridad a la entra-

IV. Fuentes del Derecho

da en vigor de esta Ley, hubieran seguido haciendo aportaciones a los mismos, con posterioridad al cese de su actividad laboral, podrán optar entre: mantener los derechos consolidados correspondientes a dichas aportaciones para cubrir la contingencia de fallecimiento (o recuperarlos) en forma de capital, dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, tributando como rendimientos del trabajo en la forma establecida en la sección 1ª del capítulo I de esta Ley, y, en concreto, aplicando la reducción prevista en el artículo 17.2.b) de la misma”. Este derecho de opción se pudo ejercitar a lo largo del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley, que tuvo lugar el día 1 de enero de 1999 (de conformidad con la Disposición Final Séptima de la propia Ley 40/1998).

Esta regulación contiene dos previsiones normativas radicalmente diferentes: de un lado, establece un derecho de opción para los partícipes jubilados durante el plazo de un año; de otro, regula las consecuencias tributarias del ejercicio del anterior derecho de opción. El Tribunal Constitucional precisa que lo pretendido en el proceso *a quo* es el ejercicio de un derecho de rescate sobre los derechos consolidados en un plan de pensiones y lo cuestionado por el órgano judicial es la norma legal que impide ese eventual rescate, por lo que cabe afirmar que la disposición impugnada no tiene naturaleza tributaria.

En relación con la posible vulneración del principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones que no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos el mantenimiento de un determinado régimen (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11º), aun cuando, eso sí, protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8º, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11º).

En el presente supuesto no se ha producido ninguna quiebra de la confianza de los ciudadanos, pues se trata de una disposición normativa que concreta un determinado régimen jurídico *pro futuro* y no de forma retroactiva. Además, permite a los ciudadanos adaptar su conducta a la “nueva” previsión durante un plazo sobradamente razonable, como es el de un año desde la entrada en vigor de la norma cuestionada.

Por lo que se refiere al principio de interdicción de la arbitrariedad, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina, en virtud de la cual, al examinar una norma legal impugnada desde este punto de vista, el análisis ha de centrarse en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. El Tribunal desestima el amparo solicitado.

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. Concepto de acto administrativo. A) Naturaleza de acto administrativo: distinción con disposición administrativa. **3. Clases de actos administrativos.** A) Actos de trámite. a) Acto de trámite impugnabile: la incoación de un procedimiento de expulsión a un extranjero que incluye la propuesta de su internamiento. **4. Procedimiento administrativo.** A) Caducidad. a) El artículo 44.2 de la Ley 30/1992 que regula la caducidad de los procedimientos sancionadores es aplicable supletoriamente a los procedimientos disciplinarios del personal al servicio de la Administración. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Notificación. a) Presupuestos para que la notificación por edictos de acuerdo de inicio de expediente sancionador y su respectiva propuesta de resolución constituyan indefensión material constitucionalmente relevante. **6. Eliminación del acto administrativo.** A) Revisión de oficio. a) Naturaleza del procedimiento de revisión de oficio para declarar nulo de pleno derecho un acto administrativo. b) Distinción entre los procedimientos administrativos de revisión de oficio y de rectificación de errores.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La crónica que se presenta a continuación abarca las sentencias tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia recaídas entre los meses de febrero de 2009 a abril de 2009 (ambos incluidos). Destaca un pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 9 de febrero de 2009, referido a los requisitos en la práctica de la notificación por parte de la Administración para que ésta no incurra en lesión al derecho de defensa constitucional-

mente garantizado (artículo 24 CE) en los casos de comunicación de apertura y tramitación de procedimientos sancionadores.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Naturaleza de acto administrativo: distinción con disposición administrativa

Según la STS de 24 de febrero de 2009, Ar. 128415, tiene naturaleza de acto administrativo la Orden Ministerial que –en aplicación del Decreto 2819/1998, de 23 de noviembre, regulador de la actividad de transporte y distribución de energía eléctrica–, fija de manera provisional los porcentajes que las empresas eléctricas pueden liquidar como contraprestación a su actividad de distribución de energía durante los años 2000 y 2001. La razón de conceptuar dicha Orden como acto administrativo la fundamenta el Tribunal en que los porcentajes que se determinan en dicha Orden se agotan en su cumplimiento, por lo que no puede decirse que innoven el ordenamiento jurídico. Este pronunciamiento se opone al que en su momento realizó el Tribunal de Instancia, el cual consideró que la citada Orden tenía naturaleza de disposición general, en aplicación de doctrina jurisprudencial que establece que la diferencia sustancial entre disposición general y acto administrativo es “una diferencia de grado, o dicho de otro modo, la diferencia está en que el Reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, en tanto que el acto se limita a aplicar el derecho subjetivo existente”.

3. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Actos de trámite

a) Acto de trámite impugnabile: la incoación de un procedimiento de expulsión a un extranjero que incluye la propuesta de su internamiento

En la STS de 6 de febrero de 2009, Ar. 950, se sigue una línea jurisprudencial muy consolidada –entre otras, la STS de 22 de noviembre de 2007, Ar. 8749, citada en Crónica núm. 40, o la STS de 25 de abril de 2008, citada en Crónica núm. 41–, que considera que la naturaleza del acto por el que se inicia el procedimiento, que se califica de sancionador, de expulsión de un extranjero del territorio nacional, es un acto de trámite; pero esta calificación no impide que pueda impugnarse ante los tribunales, al constituir condición en sí misma necesaria para que el juez de instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. Además en la mayoría de las ocasiones, estos actos de incoación del procedimiento de expulsión contienen una propuesta expresa de que se proceda a su ingreso en centro de internamiento en tanto se tramita el expediente. En este sentido se trata de un acto de trámite que afecta de manera inmediata a los derechos fundamentales del interesado.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Caducidad

a) El artículo 44.2 de la Ley 30/1992 que regula la caducidad de los procedimientos sancionadores es aplicable supletoriamente a los procedimientos disciplinarios del personal al servicio de la Administración

Así lo declara la STS de 9 de febrero de 2009, Ar. 599, en un supuesto de imposición de una sanción a un magistrado por incumplimiento injustificado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución, tomando en consideración la evolución legislativa que se ha producido en relación con la regulación de la caducidad en los procedimientos sancionadores. Las afirmaciones del Tribunal Supremo al respecto se recogen en el FD 7º de la citada sentencia:

“La redacción dada al artículo 44.2 de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece ya de manera indubitada que la caducidad opera en aquellos procedimientos ‘en que la Administración ejercite potestades sancionadoras’. Y esta misma Sala ha venido ya a reconocer que los procedimientos sancionadores están sujetos a caducidad, si bien precisando, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, que la declaración de caducidad del procedimiento no implica la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del *ius puniendi* en un nuevo procedimiento (STS de 12 de junio de 2003). Y si de los procedimientos sancionadores en general pasamos al ámbito de los disciplinarios referidos al personal al servicio de la Administración, la idea de que el instituto de la caducidad es también aplicable a estos últimos no choca ya con la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1992, pues desde su modificación por la Ley 23/1993, esa disposición no sólo no impide sino que claramente propicia, por vía de aplicación supletoria de la Ley 30/1992, y salvo disposición específica en otro sentido, que también en esos procedimientos disciplinarios opere la caducidad. A lo anterior no se opone lo dispuesto en el artículo 127.3 de la Ley 30/1992. Este artículo establece que los preceptos comprendidos en el título IX de esa Ley no son de aplicación a los procedimientos en los que la Administración ejerza potestades disciplinarias respecto del personal a su servicio o personas vinculadas a ella por una relación contractual; y en congruencia con esa previsión del artículo 127.3, la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1992 –redacción dada por la Ley 23/1993– no incluye ese título IX en el enunciado de títulos de la propia Ley 30/1992, que pueden operar como norma supletoria en los procedimientos donde la Administración ejercite potestades disciplinarias. Ahora bien, (...) lo que interesa aquí destacar es que el mencionado artículo 127.3 únicamente excluye que se apliquen al ámbito disciplinario ‘las disposiciones de este título’, es decir, las comprendidas en el título IX de la Ley 30/1992, bajo la rúbrica ‘de la potestad sancionadora’ (artículos 127 a 138). Por tanto, el artículo 127.3 no impide que puedan operar en el ámbito disciplinario, al menos con carácter de norma supletoria, los preceptos que aquí estamos examinando relativos a la caducidad del procedimiento sancionador (artículos 44.2, 92 y 42.5 y concordantes de la Ley 30/1992), pues no forman parte del título IX ni están afectados, por tanto, por aquel mandato excluyente del artículo 127.3.”

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación

a) Presupuestos para que la notificación por edictos del acuerdo de inicio de expediente sancionador y su respectiva propuesta de resolución constituyan indefensión material constitucionalmente relevante

Sobre estos extremos se pronuncia la STC 32/2009, de 9 de febrero, en un recurso de amparo que se promueve contra sanción administrativa impuesta por infracción en materia de festejos taurinos. El Tribunal que en vía judicial conoció del asunto rechazó la alegación de “la falta de notificación del procedimiento sancionador en forma” aunque en el proceso seguido quedó probado que los intentos de notificación del acuerdo de iniciación del expediente sancionador y de los acuerdos conteniendo la propuesta de resolución y la propia resolución sancionadora resultaron infructuosos debido a que se realizaron en el antiguo domicilio del demandante, por lo que se recurrió a la notificación edictal mediante exposición en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y publicación en los correspondientes Boletines oficiales. El Tribunal Constitucional declara que se ha producido indefensión constitucionalmente relevante por cuanto la notificación edictal de las distintas resoluciones administrativas no había resultado suficiente en este caso concreto, teniendo en cuenta que la notificación administrativa no se efectuó en el domicilio correcto, habiendo quedado probado que el particular había comunicado a la Administración competente en la materia sus sucesivos cambios de domicilio. En esta sentencia se sigue la doctrina formulada en ocasiones anteriores por el TC en relación con el derecho de defensa en los procedimientos administrativos sancionadores, que, a juicio del Tribunal, presupone (FJ 4º): “(...) que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su derecho convenga. Ahora bien, con arreglo a nuestra propia jurisprudencia han de concurrir los siguientes requisitos para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal en un expediente sancionador: en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente”.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Revisión de oficio

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

La STS de 6 de marzo de 2009, Ar. 153642, en un caso en el que debe enjuiciarse si concurren los presupuestos para la estimación de la revisión de oficio instada contra la denegación de dos licen-

cias para la instalación de casinos, declara que dicho procedimiento de nulidad debe admitirse aunque se haya interpuesto un recurso anterior, pues entiende que la pretensión de impugnación y la solicitud de revisión por nulidad plena no son identificables. Finalmente el Tribunal no estima la pretensión porque no queda claro en la demanda qué causa de nulidad de pleno derecho de las que se relacionan en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se invoca.

Resulta relevante que en el FD 6º el Tribunal se pronuncie sobre la finalidad de este procedimiento de revisión de oficio y considere que “tiene por objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia. Ahora bien, no pueden enmascarse como nulidades plenas, lo que constituyen meros vicios de anulabilidad. En definitiva, la acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino sólo aquellas que constituyan un supuesto de nulidad plena (...). La solución contraria conduciría a una confusión entre los plazos de impugnación y las causas de nulidad que pueden esgrimirse, mezclando cauces procedimentales que responden a finalidades distintas y cumplen funciones diferentes.

b) Distinción entre los procedimientos administrativos de revisión de oficio y de rectificación de errores

Sobre esta cuestión se pronuncia la STS de 16 de febrero de 2009, Ar. 99694, el cual, al respecto considera que la aplicación del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, que autoriza a la Administración a rectificar en cualquier momento los errores materiales, aritméticos o de hecho, exige que el objeto de la enmienda sean simples equivocaciones elementales (nombre, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos), apreciadas gracias a los datos que constan en el expediente y que se manifiesten de manera clara, patente y ostensible, evidenciándose por sí solas sin necesidad de mayores razonamientos ni, por supuesto, de operaciones valorativas sobre normas jurídicas. El Tribunal considera que la rectificación de errores ha de interpretarse restrictivamente porque constituye una excepción de los cauces ordinarios de revisión de los actos administrativos. A juicio del Tribunal esta facultad de la Administración se fundamenta en el principio de economía, es decir, en evitar acudir a los largos trámites de dichos procedimientos de revisión cuando la rectificación resulta intrascendente para el contenido del acto y no puede alterar su sentido, y, por lo tanto, afectar a los derechos subjetivos que reconoce. En aplicación de estos criterios y para el caso de la Sentencia citada de 16 de febrero de 2009, al tratarse de error en la determinación de la superficie expropiada en un procedimiento de ejercicio del derecho de reversión sobre un bien objeto de expropiación, declara el TS que procede tramitar un procedimiento de revisión de oficio. Se llega a esta conclusión una vez que se comprueba que la equivocación en la superficie no se derivaba de forma automática, manifiesta y ostensible de los datos presentes en el expediente administrativo.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

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

A) La declaración de la concurrencia de una prohibición de contratar requiere de una motivación suficiente. **3. Formas de adjudicación.** A) La apreciación de la oferta más ventajosa corresponde al órgano de contratación en una potestad dotada de una amplia discrecionalidad. **4. Ejecución de los contratos.** A) Determinación de la Administración territorial responsable ante una reclamación de deuda por impago de determinados suministros, en caso de haberse producido una transferencia de competencias. B) Devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades “líquidas y vencidas” adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Aplicación supletoria de la figura del “anatocismo” (artículo 1109 CC).

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero a mayo de 2009, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) La declaración de la concurrencia de una prohibición de contratar requiere de una motivación suficiente

La SAN de 11 de marzo de 2009 (recurso contencioso-administrativo 247/2005), FD 3º, recoge un supuesto en el que se ha de aplicar el antiguo artículo 20.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo

2/2000, de 16 de junio –vigente en la actualidad en el artículo 49.1.e) LCSP–. Dichos preceptos regulan la causa de prohibición de contratar de “Haber incurrido en falsedad grave al facilitar la Administración las declaraciones exigibles en cumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de sus normas de desarrollo (...)”. Y en lo que se refiere al período de tiempo al que legalmente cabe extender la medida restrictiva de prohibición de contratar, la sentencia aplica el artículo 21.2 del Texto Refundido –actualmente vigente, artículo 50.2 LCSP–, que determina que “el alcance de la prohibición se apreciará en la forma que reglamentariamente se determine atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos y no excederá de cinco años, con carácter general, o de ocho para prohibiciones que tengan por causa la existencia de condena mediante sentencia firme. En todo caso, se estará a los pronunciamientos que sobre dichos extremos, en particular, sobre la duración de la prohibición de contratar, contenga la sentencia o resolución firme y en tal supuesto, las prohibiciones de contratar se aplicarán de forma automática por los órganos de contratación”.

En aras de lo dispuesto en los preceptos señalados, la sentencia de la Audiencia Nacional afirma que los preceptos transcritos “no enumeran con carácter exhaustivo los criterios a tener en cuenta para graduar la prohibición (...) la mención de los expresados criterios no significa que no puedan ser tenidas en cuenta otras circunstancias (el propio precepto utiliza la expresión ‘en su caso’) por lo que la enumeración anterior, como decimos, no exhaustiva y no impide la consideración de otras que, en definitiva, coadyuven a salvaguardar el principio de proporcionalidad”. Ahora bien, afirma la sentencia que en todo caso, la Administración debe motivar exhaustivamente “el porqué de la duración de la medida impuesta, reseñando cuantas circunstancias concurren en el caso al objeto de poner de manifiesto la indubitada trascendencia o gravedad del supuesto legal concernido, a los efectos precisamente de graduar la duración de la medida restrictiva impuesta”.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) La apreciación de la oferta más ventajosa corresponde al órgano de contratación en una potestad dotada de una amplia discrecionalidad

La SAN de 19 de marzo de 2009 (recurso contencioso-administrativo 580/2007), FD 3º, en aplicación del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000, y en lo que corresponde a la forma de adjudicación “Concurso” –en la regulación vigente la figura asimilable es la regulada en el artículo 134 LCSP: “Oferta económicamente más ventajosa”–, afirma, en consonancia con la jurisprudencia más asentada del Tribunal Supremo lo que sigue:

“(...) en el concurso ha de tomarse en consideración la oferta global y los medios técnicos y materiales de los que disponen los licitadores para cumplir con los objetivos y prestaciones objeto del contrato, en los términos contenidos en el pliego de condiciones técnicas pero operando éstas como un mínimo que ha de ser cumplido pero que puede ser mejorado para la mejor prestación del servicio objeto del contrato. De ahí que no pueda

V. Actos, Procedimiento y Contratos

reputarse contrario a derecho, sino todo lo contrario, que en la ponderación global de las ofertas presentadas y a los efectos de determinar aquella que ofrece mayores ventajas pueda tomarse en consideración no sólo los medios técnicos, materiales y personales, con los que cuentan y que van a destinar a ejecutar los servicios ofertados sino también el método de trabajo propuesto para el correcta prestación de los servicios requeridos y los medios o garantías que ofrecen para garantizar una mejor prestación del mismo.

La apreciación de la oferta más ventajosa corresponde al órgano de contratación, en una potestad dotada de una amplia discrecionalidad (...) Lo que no quiere decir que no sea fiscalizable esta decisión, pues siempre lo será en cuanto existan elementos reglados, o en cuanto el órgano de contratación se aparte de los criterios de preferencia establecidos en el pliego de condiciones, aspectos que siempre vinculan a la Administración.

Así se ha reconocido también por la jurisprudencia, siendo de citar en tal sentido la Sentencia de 30 de junio de 1990, y las que ella cita de 17 de octubre de 1985 y, de modo más explícito, la de 9 de febrero de 1985, que tras recordar que la misma discrecionalidad administrativa resultaba del artículo 116 del Reglamento General de Contratación del Estado, hacía ver que, ‘como se declara en la de 28 de junio de 1984, lo que importa en estos casos es el resultado final de la actividad, ya que la Administración puede y debe valorar en su conjunto todas las condiciones subjetivas y objetivas de los proyectos –Sentencia de 31 de marzo de 1982–, todo ello con facultad discrecional en la apreciación de lo que para ello es ventajoso, y que no puede ser atacado en su resultado suplantando el criterio soberano de aquélla por las meras apreciaciones subjetivas de la parte –Sentencia de 28 de junio de 1984, que cita la de 23 de enero de 1980–’. En el mismo sentido, cabe citar la Sentencia de 19 de diciembre de 1991”.

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Determinación de la Administración territorial responsable ante una reclamación de deuda por impago de determinados suministros, en caso de haberse producido una transferencia de competencias

La STS de 27 de febrero de 2009 (recurso de casación 8/2008, FFDD 4º y 5º), dilucida cuál es la Administración territorial responsable de una reclamación de deuda por impago de determinados suministros, en caso de haberse producido una transferencia de competencias –con el consiguiente traspaso de servicios– entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de Salud. La sentencia asienta su criterio en el artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, que distingue, en orden a la transferencia de servicios, los expedientes en tramitación correspondientes a los servicios o competencias pendientes de resolución definitiva antes de la efectividad de la transferencia, de aquellos otros expedientes en los que no obstante haber recaído resolución definitiva se encuentran pendientes de recursos administrativos, atribuyendo éstos, en el primero caso, a la Comunidad Autónoma para su decisión y, en el segundo, a la Administración del Estado para la resolución del recurso, y asignando, finalmente, las consecuencias económicas a una u otra Administración en función “de quien hubiere adoptado la resolución definitiva”.

En el caso concreto objeto de la sentencia, a pesar de que las deudas devienen de suministros que tuvieron lugar antes del traspaso referido, y de que la reclamación administrativa se hubiera presentado ante la Administración estatal (Instituto Nacional de Salud), corresponde a la Comunidad de Madrid la competencia resolutoria sobre la deuda dado que en el momento del traspaso aún no se había producido una resolución “definitiva” del expediente. En términos literales de la sentencia:

“(…) ha de prevalecer tal criterio, sin perjuicio de que la reclamación administrativa se hubiera presentado ante el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, dada la previsión de entrega de los expedientes pendientes de resolución definitiva a la Comunidad Autónoma para su decisión, así como la subrogación *ex lege* de la Administración de la Comunidad Autónoma en los derechos y deberes de la Administración del Estado en relación con los contratos y concesiones afectados por el traspaso (...). Téngase en cuenta que la solución contraria implicaría desconocer la sucesión patrimonial que entre Estado y Comunidad Autónoma ha tenido lugar como consecuencia del traspaso de las funciones y servicios del Instituto Nacional de Salud”.

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

Las SSAN de 10 de febrero de 2009 (recurso contencioso-administrativo 1587/2007), FD 7º, de la misma fecha, de 10 de febrero de 2009 (recurso contencioso-administrativo 703/2007), FD 4º y las SSTs de 18 de febrero de 2009 (recurso de casación 3525/2006), FD 3º y de 18 de marzo de 2009 (recurso de casación 8432/2004), FD 2º, recogen una Jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo en la que se afirma que ha de estimarse la pretensión de pago de intereses sobre intereses vencidos, con la siguiente fundamentación jurídica.

Parten de que el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, dispone en su artículo 99.4, en igual sentido, que el artículo 100.4 de la Ley 13/1995, que “La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas”.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, en la actualidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 205.4 LCSP, la Administración deberá liquidar dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de recepción (excepto en los contratos de obras –artículo 218 LCSP–). Si se produce demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos

V. Actos, Procedimiento y Contratos

en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad, aplicables a los contratos adjudicados con posterioridad al 8 de agosto de 2002, cuyo artículo 5 dispone que “El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimidación alguna por parte del acreedor”. Añadiendo el artículo 7.2 de dicha Ley 3/2004 que “El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales”.

Y, establecen estas sentencias, que la cantidad resultante de las operaciones anteriormente expuestas, a su vez devengará, conforme reiterada jurisprudencia, intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo (y no desde la presentación de la demanda) y hasta la fecha de notificación de la sentencia firme, por aplicación del artículo 1109 del Código Civil (en aras de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LCAP –actual artículo 19.2 LCSP–) a la contratación administrativa, que permite, en casos como el presente –en el que está determinada la cantidad a satisfacer en concepto de intereses y sólo requiere para su concreción de una simple operación matemática–, que se devenguen intereses legales sobre intereses de demora vencidos (anatocismo).

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración del Estado. Órganos. Requisitos para que se cumpla la excepción del artículo 18.2 de la LOFAGE (Excepción al carácter funcional de los Directores Generales en determinados supuestos). **2. Administración local.** A) Organización municipal. Los reglamentos de organización municipales, en tanto respeten la Ley de Bases del Régimen Local, prevalecen sobre el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales. B) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. a) La concurrencia de una causa de abstención vicia de nulidad las actuaciones seguidas por el órgano administrativo afectado. b) Es nula la expulsión de un concejal que informa al Alcalde, con carácter previo a la sesión, de la grabación de la misma, porque en Navarra la grabación de las sesiones no está sujeta a un régimen de autorización. **3. Relaciones organizativas. La revocación por el Ayuntamiento de una encomienda de gestión a una sociedad instrumental de gestión urbanística no es una causa de fuerza mayor que permita resolver un contrato privado.** **4. Corporaciones de Derecho Público. Cámaras de Comercio. Relación con el órgano de tutela. Legitimación *ad causam*.** **5. Colegios profesionales y profesiones tituladas. Concesión procedente del título de procurador a solicitante no licenciado en Derecho tras la STS de 17 de junio de 2005.** **6. Federaciones deportivas. Diferencia entre federaciones deportivas y asociaciones deportivas.**

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. ÓRGANOS. REQUISITOS PARA QUE SE CUMPLA LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 18.2 DE LA LOFAGE (EXCEPCIÓN AL CARÁCTER FUNCIONAL DE LOS DIRECTORES GENERALES EN DETERMINADOS SUPUESTOS)

Las SSTS de 21 de enero de 2009 (recursos 237/2006 y 238/2006) tratan un asunto ya abordado en crónicas anteriores (véase Justicia Administrativa, núm. 36): los requisitos para que se cumpla la excepción del artículo 18.2 de la LOFAGE que exceptúa el carácter de funcionario

que deben tener los Directores Generales en determinados supuestos. Ambas sentencias tienen gemelos argumentos jurídicos.

La Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado y (FEDECA) y la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Sistemas y Tecnologías de la Información de la Administración del Estado (ASTIC) impugnaron el Real Decreto 527/2006 que modificaba y desarrollaba la estructura básica del Ministerio de las Administraciones Públicas, así como el Real Decreto por el que se realizaba el acto de nombramiento del titular de la Dirección General de Modernización Administrativa de dicho Ministerio, por no considerar dichos Reales Decretos ajustados a Derecho.

La argumentación de los actores para fundar su solicitud de nulidad del RD 527/2006, es que a través de esta norma se ha hecho un uso indebido de las potestades conferidas por el artículo 18.2 de la LOFAGE que establece: “Los nombramientos (de Directores Generales) habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 del artículo 6 entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario”.

Los recurrentes sostienen que el RD 527/2006 se ha limitado a describir las competencias y funciones de la Dirección General, según la normativa que entonces regulaba la organización del Ministerio de Administraciones Públicas, para luego señalar que, ante la complejidad de las funciones impuestas por las nuevas circunstancias surgidas después de dicha anterior normativa se necesita que el titular de esa Dirección general de Modernización Administrativa, sea funcionario público. Y ello tras una normativa genérica, vacía de contenido y puramente retórica, que no cumple los estándares exigidos por la STS de 7 de diciembre de 2005, dictada ante un caso similar. Doctrina que ratifica la anterior de 21 de marzo de 2002, que establece que para el correcto ejercicio de la discrecionalidad ha de existir motivación pero no basta cualquier motivación; y que esto se viene a traducir en un doble nivel de exigencia: uno primero, que está representado por la necesidad de la expresión externa de las razones que sirvan de fundamento a la decisión discrecional; y un segundo consistente en que la fundamentación así ofrecida tenga una justificación objetiva, que será apreciar cuando el órgano competente razone debidamente que la solución elegida en el ejercicio del poder discrecional es la que mejor satisface los intereses a los que ese poder se ordena.

El TS en ambas sentencias entiende que las demandas deben ser desestimadas dado que tal Real Decreto reproduce en lo esencial la Memoria justificativa, el Informe de la Secretaría Técnica del Ministerio y el proyecto, según constan en el expediente, cumple suficientemente el estándar que según dicha doctrina jurisprudencial se exige a la motivación que fundamente el uso de las potestades del artículo 18.2 de la LOFAGE y que, por lo tanto, lo manifestado por el Gobierno son razones objetivas, particularizadas y razonables que justifican la utilización de la facultad excepción del uso del artículo 18.2 de la Ley 6/1997, y que alejan cualquier indicio de arbitrariedad.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Organización municipal. Los reglamentos de organización municipales, en tanto respeten la Ley de Bases del Régimen Local, prevalecen sobre el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales

La STS de 17 de marzo de 2009 (recurso 926/2007) estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria contra la STSJ de Canarias, de 30 de junio de 2006, que anulaba varios preceptos del Reglamento del Pleno y de las Comisiones del Pleno del citado Ayuntamiento. En consecuencia, la Sala Tercera casa y anula la sentencia y declara ajustados a Derecho los artículos controvertidos del Reglamento orgánico.

En primer lugar, la Sala comparte la argumentación del Ayuntamiento al entender que la sentencia que se impugna incurrió en una *contradictio in terminis* al anular algunos preceptos del reglamento orgánico municipal en base al Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), cuando, como la propia sentencia de instancia había reconocido, esta norma general tiene, según declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 214/1989, un carácter supletorio o subsidiario de los reglamentos orgánicos aprobados por cada corporación local. De ahí que, al no conculcar estos preceptos la Ley 7/1985, de 8 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, ni el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, deban considerarse los mismos ajustados a Derecho.

En segundo lugar, la sentencia considera que al prohibir el artículo 54.b) del reglamento orgánico municipal la asistencia de los administrados, como público, a las Comisiones del Pleno, se estaría coartando su derecho a la participación pública y se infringiría el artículo 70.1 de la Ley de Bases del Régimen Local. Sin embargo, el Tribunal Supremo no comparte el criterio del Juzgador, pues el citado precepto se limita a exigir que sólo las sesiones de los plenos sean públicas y, en tanto que las Comisiones se forman por concejales de los distintos grupos políticos, en proporción a su representatividad, no se priva al munícipe del conocimiento de los temas que se discuten en el seno de éstas, ya que como precisa el artículo impugnado del reglamento orgánico municipal “las actas de las sesiones de las Comisiones del Pleno serán públicas ... y se dará cuenta de los acuerdos que éstas adopten por delegación del Pleno”.

B) Régimen de funcionamiento de las entidades locales

a) La concurrencia de una causa de abstención vicia de nulidad las actuaciones seguidas por el órgano administrativo afectado

La STSJ de Galicia de 26 de marzo de 2009 (recurso 4071/2007), estima el recurso de apelación interpuesto por un particular contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pontevedra de 7 de noviembre de 2006, que desestimaba el recurso interpuesto contra la desestimación presunta por silencio del recurso de reposición deducido contra la resolución del Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Tuy, de 6 de febrero de 2004, que ordenaba la demolición de unas edificaciones realizadas por el recurrente.

La Sala del TSJ de Galicia anula la resolución municipal en la medida en que existe una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra de 24 de julio de

2003, que determina la existencia de una causa de abstención del Alcalde de Tuy, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 76 de la Ley de Bases del Régimen Local y 230 de la Ley de Administración Local de Galicia, en relación con el artículo 28.2.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La causa es tener una cuestión litigiosa pendiente de índole penal con el demandante.

El Alcalde queda así desprovisto de todo poder respecto de los procedimientos en que estuvieran en juego bienes o derechos del demandante, debiendo absolutamente apartarse de ellos y dejar vía libre a los mecanismos que para tales casos tiene el ordenamiento establecidos y que son los del artículo 47 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, a cuyo tenor corresponde a los Tenientes de Alcalde, por el orden de su nombramiento, sustituir al Alcalde en los casos de impedimento que le imposibilite para el ejercicio de sus atribuciones, precepto que tiene su traducción autonómica en el artículo 63 de la Ley 5/1997, de Administración Local de Galicia. Lejos de ello, dice la Sala, “el Alcalde se ha permitido delegar unas facultades de las que carecía, haciéndolo en persona distinta de aquella que está prevista en la Ley para sustituirle, vicio que impregna la ilegalidad a ese nombramiento y arrastra en ella a todo lo que ulteriormente se tramite en el procedimiento, máxime cuando, aunque a partir de ese nombramiento el Alcalde ya no vuelva a intervenir, ha dejado su impronta marcada en un anticipo de hechos probados predeterminantes del fallo de los que el Concejal delegado habría de partir; sin perjuicio de presumir la independencia e imparcialidad de este último, habrase de convenir que con ese arranque su apariencia de tal quedaba afectada, y con ella la confianza que los administrados han de tener en el recto funcionamiento de las instituciones, que es una premisa esencial para el recto funcionamiento del estado de derecho, frente a lo cual no pueden prosperar las explicaciones que se tratan de dar al oponerse a la apelación, bastando con reiterar que ninguna autoridad puede delegar atribuciones de las que carece, determinando todo ello la estimación de la apelación y con ella la del propio recurso contencioso-administrativo”.

b) Es nula la expulsión de un concejal que informa al Alcalde, con carácter previo a la sesión, de la grabación de la misma, porque en Navarra la grabación de las sesiones no está sujeta a un régimen de autorización

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pamplona, mediante STSJ de 20 de mayo de 2009 (recurso 104/2008), desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Murillo El Cuende contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Navarra núm. 4213, de 31 de julio de 2008, que estimaba el recurso de alzada promovido por un concejal contra las actuaciones de la Alcaldía sobre prohibición de grabación sonora de una sesión plenaria municipal, orden de suspensión de la misma y expulsión del concejal de una sesión extraordinaria.

El Juzgado no comparte la argumentación de la representación del Ayuntamiento, que considera que la decisión del Alcalde es conforme a Derecho, ya que el artículo 79.3 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, no se puede interpretar de forma separada e independiente de la normativa estatal y, más concretamente, de lo dispuesto en el artículo 88.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, según la interpretación de las SSTS de 18 de diciembre de 1990 y 18 de junio de 1998, que

VI. Organización Administrativa

sientan el criterio de que la facultad de autorizar o prohibir la introducción de medios de grabación privados en el Pleno para su uso en la sesión plenaria compete, en exclusiva, de acuerdo al régimen interno de funcionamiento del Ayuntamiento, al Alcalde o, en su caso, al Pleno, que pueden decidir libremente tanto la prohibición como la autorización del uso por los corporativos y por particulares de dichos instrumentos durante el desarrollo de las sesiones.

Sin embargo, el Juzgado se inclina por la interpretación del Tribunal Administrativo de Navarra, que entiende que la grabación de las sesiones no está sujeta a un régimen de autorización, pues no se exige en el artículo 79.3 de la Ley Foral de la Administración Local de Navarra otro requisito que la dación de cuenta al, en este caso, Alcalde con carácter previo al inicio de la sesión. Este precepto no figuraba en la redacción originaria de la Ley Foral 6/1990, sino que fue introducido por la Ley Foral 15/2002, de 31 de mayo, que modificaba la anterior. En opinión del Juzgado, “la jurisprudencia citada por el letrado del Ayuntamiento analiza la cuestión controvertida desde la óptica del artículo 88.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, según el cual ‘para ampliar la difusión auditiva o visual del desarrollo de las sesiones podrán instalarse sistemas megafónicos o circuitos cerrados de televisión’, aportando una solución que resulta lógica y coherente –la incardinación de la autorización o prohibición del uso de grabadoras en las sesiones en el ámbito de las potestades de policía interna de las autoridades municipales–, con la ausencia de previsión en la legislación estatal del uso de estos instrumentos, pero que no es de aplicación en Navarra, ante la expresa contemplación en su legislación de la facultad de los concejales de realizar grabaciones sonoras de las sesiones públicas, sujeta al requisito de la dación de cuenta previa, de la que la decisión del Alcalde, además, carente de motivación alguna, les privó”.

En consecuencia, y en relación con lo dispuesto en el artículo 87 del ROF sobre la facultad del Presidente de acordar interrupciones, no se advierte una actitud obstaculizadora y atentatoria al normal funcionamiento de la sesión plenaria, cuando de lo que se trataba era ni más ni menos que del ejercicio de un derecho que la norma foral concede. Tampoco, la expulsión del recurrente de la sesión es ajustada al Derecho, pues la decisión del Alcalde no se ampara en ninguno de los motivos previstos en el artículo 95 del ROF.

3. RELACIONES ORGANIZATIVAS. LA REVOCACIÓN POR EL AYUNTAMIENTO DE UNA ENCOMIENDA DE GESTIÓN A UNA SOCIEDAD INSTRUMENTAL DE GESTIÓN URBANÍSTICA NO ES UNA CAUSA DE FUERZA MAYOR QUE PERMITA RESOLVER UN CONTRATO PRIVADO

Por STS de 17 de diciembre de 2008 (recurso 2657/2003), de la Sala de lo Civil, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la Sociedad para el Desarrollo y Fomento del Empleo, SA (SODEFESA), que era una sociedad instrumental municipal, contra la sentencia de 29 de julio de 2003 de la Audiencia Provincial de Sevilla, que obligaba a ésta a indemnizar con 148.742 euros a la mercantil Proyectos e Inversiones MFJ, SL.

El recurso se centra en determinar si constituye o no imposibilidad sobrevenida de la prestación, con el efecto liberatorio que establece el artículo 1184 del Código Civil, la revocación por un Ayuntamiento de la encomienda de gestión a una sociedad anónima instrumental del propio Ayuntamiento, que había contratado con una compañía mercantil ganadora de un “concurso de ideas” un desarrollo urbanístico. De acuerdo con la doctrina sentada por la Sala Primera, la revo-

cación de la encomienda de gestión por el Ayuntamiento a su sociedad instrumental no libera a ésta del pago de los servicios prestados ni de la indemnización por lucro cesante.

La entidad instrumental argumentaba que, al tener una personalidad jurídica diferente de la del Ayuntamiento que le encomendó la gestión, la revocación de la encomienda no le sería imputable por escapar totalmente a su control, de suerte que se habría dado una “fuerza mayor sobrevenida” que le privaba de la posibilidad de seguir gestionando urbanísticamente la parcela de dotaciones del polígono y la obligaba a comunicar a la empresa mercantil la resolución de los contratos. Sin embargo el Tribunal Supremo no acoge el planteamiento y manifiesta que “el hecho de que el tribunal sentenciador aprecie una confusión de voluntades entre Ayuntamiento y compañía mercantil hoy recurrente no significa que les atribuya la misma personalidad jurídica. Lo que sucede es que la sociedad anónima hoy recurrente, como demuestran los documentos acompañados por ella misma con su contestación a la demanda, se creó al amparo de las normas de derecho urbanístico que permiten a las entidades locales crear sociedades anónimas para la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas, así como de las normas administrativas de régimen local que permiten la gestión indirecta de los servicios públicos utilizando las técnicas del derecho privado. Por eso la sociedad hoy recurrente se creó como ‘ente instrumental’ para un fin determinado, en virtud del principio de especialidad; por eso era el alcalde-presidente del Ayuntamiento quien, además de presidir el consejo de administración de la sociedad anónima, siendo su vicepresidente el teniente de alcalde delegado de urbanismo y su secretario el que lo era del propio Ayuntamiento, tenía que suscribir todos los documentos necesarios por autorización del Ayuntamiento; por eso la Administración delegante conservaba las ‘facultades de dirección y fiscalización’ y se reservaba ‘incluso potestades decisorias en mayor o menor grado, apreciadas las circunstancias de cada caso’; por eso el noventa por ciento del capital social pertenecía al Ayuntamiento mediante la aportación de fincas de su propiedad; y por eso, en fin, el Ayuntamiento daba por sentada ‘la capacidad de control de las Administraciones sobre las empresas de su titularidad por parte de la Administración Pública hasta el punto de que la idea de control sustituye en algunos casos a la de titularidad como determinante del carácter público de la sociedad’. En definitiva, en la propia creación de la sociedad anónima hoy recurrente, como instrumental que era, se daba por hecho que su voluntad no era distinta de la del Ayuntamiento, por más que sí conservaran personalidad jurídica diferente”. Y añade: “Quiere decir todo ello que el Ayuntamiento, para no regirse por la legislación administrativa de contratos de las Administraciones públicas, optó por crear una sociedad anónima instrumental que le permitiera celebrar contratos sujetos al derecho privado, y la consecuencia de esa opción no puede ser otra que la aplicación del derecho privado a los contratos que esa sociedad mercantil instrumental celebró con otra sociedad también mercantil pero ajena por completo a cualquier Administración pública. Y como entre los principios básicos del derecho privado se encuentran el de la obligación de cumplir lo pactado (artículo 1258 del Código Civil) y el de no poder dejarse dicho cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 del mismo cuerpo legal), claro está que la sociedad hoy recurrente no podía desvincularse sin más de sus obligaciones contractuales amparándose en el ejercicio por el Ayuntamiento de una potestad administrativa ajena que no era distinta de la pura y simple voluntad de la propia sociedad anónima, pues ello equivaldría a que las sociedades mercantiles instrumentales de los ayuntamientos se acogieran en sus relaciones de derecho privado bien a normas administrativas, bien a normas civiles y mercantiles, según su propia y exclusiva conveniencia en cada caso o ante cada conflicto. De ahí que la resolución impugnada no infringiera el artículo 1184 CC, pues según

VI. Organización Administrativa

la propia sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2002 (recurso 3431/1996), que la recurrente cita en su apoyo, ‘para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor’; y de ahí que no quepa apreciar fuerza mayor constituida por la revocación de la encomienda, ya que tal revocación en ningún caso era imprevisible ni inevitable (artículo 1105 del Código Civil) por la sociedad hoy recurrente. Buena prueba de ello es que, examinado el acuerdo municipal de revocación de la encomienda, lo único que queda claro como razón o fundamento del mismo es que ‘el desarrollo del proyecto en su día seleccionado resulta altamente inviable, desde el punto de vista económico y material’, algo que en relaciones de derecho privado equivale a la frustración de las expectativas del negocio para una de las partes, que ciertamente puede facultarla para intentar desvincularse indemnizando a la otra parte contratante, pero no para dar por resuelto el contrato a su libre arbitrio y sin compensación alguna para la parte que hubiera venido cumpliendo sus obligaciones contractuales hasta ese mismo momento, como por demás entendió la parte hoy recurrente al ofrecer antes del litigio una liquidación del contrato a la empresa luego demandante”.

4. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. CÁMARAS DE COMERCIO. RELACION CON EL ÓRGANO DE TUTELA. LEGITIMACIÓN AD CAUSAM

La STS de 20 de enero de 2009 (recurso 1392/2006) resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2005 que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid contra la resolución del Consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid de 4 de enero de 2001, que inadmitió por falta de legitimación el recurso potestativo de reposición formulado contra la Orden 9819/2000, por la que se aprueba la liquidación del presupuesto ordinario de ingresos y gastos de la referida Corporación para el ejercicio de 1999.

La sentencia de instancia desestimó el recurso con base jurídica en el artículo 20.c) de la Ley 29/1998, al apreciar falta de legitimación activa de la Cámara Oficial de Comercio para impugnar un acuerdo adoptado por la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de potestades administrativas de tutela de la Corporación de Derecho Público, conforme a lo dispuesto en los artículos 22 y 23.1 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y en los artículos 27 y 33 de la Ley de la Asamblea de Madrid 10/1999 por la que se regula la Cámara Oficial de Comercio e Industria en la Comunidad de Madrid, al asumir la Cámara la posición de “agente colaborador de la Administración”, ya que la Resolución que pretende impugnar la actora fue dictado por la Comunidad de Madrid en uso de potestades administrativas de tutela sobre la Cámara, respecto de una decisión que había sido adoptada en el ejercicio de competencias de carácter público, actuando, por tanto, como mero agente colaborador de la Administración, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.c) de la Ley 29/1998 carece de legitimación activa para impugnar tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional la Resolución, pues no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: “c) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración”. Entiende el TSJ que ello no causa indefensión al recurrente, puesto que el TS ha reiterado que no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución judicial meramente procesal o de inadmisión, que comprobando la inexistencia de un

requisito procesal, se ve impedida de conocer del fondo del asunto, si bien deba ser considerada la naturaleza del requisito incumplido para observar la posibilidad de subsanación. Por lo tanto, si las Cámaras se encuentran tuteladas por la Comunidad de Madrid, esta dependencia y tutela de la Cámara de Comercio permite concluir que en este aspecto concreto sea considerada como “órgano” de dicha Administración y, por tanto, legalmente, carece de interés para atacar la resolución de la Administración Autonómica.

Sin embargo, el TS estima el recurso de casación al entender que *la sentencia de instancia ha interpretado de forma equivocada la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS formulada en relación con la naturaleza institucional de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, que promueve el reconocimiento de la legitimación corporativa para impugnar aquellas decisiones de la Administración tutelante que afecten a la autonomía funcional o al autogobierno democrático de las Cámaras, por tener interés legítimo, entre las que cabe incluir las adoptadas en materia presupuestaria, por lo que habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. De este modo, el TS analiza la naturaleza jurídica de las Corporaciones de derecho público conforme a la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: “a) Las Corporaciones de Derecho Público son propiamente organizaciones de base y fines privados, pero con una dimensión pública por su conexión, también, con el interés público y presentan una doble dimensión (STC 76/1983). b) En cuanto participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, la competencia del legislador estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ex artículo 149.1.18 de la Constitución, alcanza a las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales (STC 18/1984). Finalmente, en las SSTC 123/1987 y 113/1994 se utiliza, ya directamente, la denominación de Corporación sectorial de base privada. De ahí cabe extraer, como han señalado destacados autores, las siguientes conclusiones: 1) Se trata de Corporaciones que agrupan sectores de personas asociadas alrededor de una finalidad específica –a diferencia de las Corporaciones territoriales– en las que la cualidad de sus miembros está determinada por una condición objetiva que se relaciona con el fin corporativo específico. 2) No toda Corporación Pública se puede considerar Administración Pública. 3) A las funciones específicas que en la defensa de los intereses de sus miembros, en cuanto dentro de ellas se canalizan intereses sectoriales de los mismos, puede adicionarse por el Ordenamiento Jurídico, directamente o por delegación de las Administraciones Públicas, la atribución de facultades que normalmente son propias de estas últimas”.*

Para estimar el recurso el TS analiza el concepto de legitimación *ad causam* que se refiere a la *aptitud para ser parte en un proceso determinado*, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o consiste en la legitimación propiamente dicha e “implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito”; añadiendo la doctrina científica que “esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso. El TC en su STC 214/1991 ha dicho que ‘la legitimación *ad causam* en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso”. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto. Por ello, el criterio que sustenta la Sala de instancia de no reconocer la legitimación de la Cámara de Comercio en el proceso de instancia, no puede ser aceptado, pues debe considerarse a dicha Corporación, de base privada, con capacidad procesal y legitimada *ad causam* para impugnar aquellas resoluciones de la Administración tutelante que afecten a su actividad económica y presupuestaria, por ostentar interés legítimo en preservar su ámbito funcional de autonomía.

VI. Organización Administrativa

5. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS. CONCESIÓN PROCEDENTE DEL TÍTULO DE PROCURADOR A SOLICITANTE NO LICENCIADO EN DERECHO TRAS LA STS DE 17 DE JUNIO DE 2005

La SAN de 20 de enero de 2009 (recurso 604/2006), considera nuevamente procedente la concesión del título de procurador a un solicitante no licenciado en Derecho tras la STS de 17 de junio de 2005 (véase SAN de 30 de octubre de 2008 en el núm. 43 de *Justicia Administrativa*).

Respecto al fondo del asunto, la AN recuerda nuevamente que el Tribunal Supremo establece que la regulación de los requisitos de titulación para acceder a una profesión determinada son de configuración legal, por lo que corresponde al legislador y sólo a él determinar en cada momento aquellos que considere más adecuados, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social.

La STS de 17 de junio de 2005 declaró la nulidad del artículo 8.c) del Estatuto General de los Procuradores, aprobado por RD 1281/2002. El recurrente entiende que, en todo caso, esta exigencia de titulación seguía vigente en nuestro ordenamiento jurídico puesto que el vacío legal generado por la sentencia del Tribunal Supremo antes citada determinó la “reviviscencia” del artículo 5 del Estatuto de Procuradores de 1982 aprobado por el Real Decreto 2046/1982 (que exige para el ejercicio de la Procura el tener el título de Licenciado en Derecho), hasta el momento en el que entró en vigor la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust que sustituyó a la norma anulada. El TS entiende, sin embargo, que el Estatuto de 1982 fue derogado en su totalidad y de forma expresa por una norma de igual rango y posterior, por lo que no puede entenderse aplicable nuevamente pese a la declaración de nulidad del mencionado precepto, dado que las previsiones contenidas en el Estatuto de 1982, que preveía igualmente la necesidad de la licenciatura en derecho para ejercer la procura, fueron ya expresamente expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico. La anulación parcial del RD 1281/2002 no permite entender que recobra vigencia el artículo ya derogado, esto sólo sería posible si la nulidad fuera total (artículo 72.3 de la Ley 30/1992).

6. FEDERACIONES DEPORTIVAS. DIFERENCIA ENTRE FEDERACIONES DEPORTIVAS Y ASOCIACIONES DEPORTIVAS

La SAN de 26 de febrero de 2009 (recurso 6/2007), desestima el recurso contencioso-administrativo deducido contra Orden ECI/3567/2007, de 4 diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las federaciones deportivas interpuesto por la Real Federación Española de Fútbol (RFEF). El demandante ve vulnerado su derecho fundamental de asociación consagrado en el artículo 22 de la CE pues tal Orden entiende conculca la libertad de organización y funcionamiento interno, sin injerencias públicas, potestad de autoorganización, de la RFEF, como asociación deportiva de naturaleza privada. Dicha intromisión se produce, a su parecer, cuando la citada Orden determina las reglas y procedimientos para la elección y sustitución de los miembros de los órganos de gobierno y representación.

La AN recuerda que las Federaciones Deportivas españolas están configuradas (–artículo 30.1 de Ley 10/1990, de 15 de octubre– como “entidades privadas” con personalidad jurídica propia, señalándose en el núm. 2 del mencionado artículo que además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como

agentes colaboradores de la Administración pública. Por ello debe señalarse que no es lo mismo una asociación deportiva –género– que una federación deportiva –especie– (capítulo III del título III de la Ley 10/1990) pese a que en la demanda, la RFEF, se identifica a sí misma, continuadamente, como asociación deportiva y de ahí su equivocada elaboración y conclusión anulatoria ya que toda la argumentación se construye sobre la base de las simples asociaciones deportivas sin funciones públicas administrativas atribuidas como son los clubes deportivos. Tal diferenciación ya fue claramente establecida por la STC de 24 de mayo de 1985 que estableció (FJ 3º) “La peculiaridad de estas asociaciones, dado su objeto, puede dar lugar a que el legislador regule su constitución exigiendo los requisitos que estime pertinentes, dentro de los límites indicados; y ello porque el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 no comprende el de constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social (...) El artículo 22 CE contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género –la asociación– dentro del que caben modalidades específicas. Así en la propia Constitución (artículos 6 y 7) se contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional como los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales (...) Por ello debe señalarse que la reserva de la Ley Orgánica en el artículo 81.1 CE en orden a las leyes relativas ‘al desarrollo de los derechos fundamentales’ se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica”.

De este modo, “La configuración de las Federaciones españolas como un tipo de asociaciones a las que la Ley atribuye el ejercicio de funciones públicas, justifica que se exijan determinados requisitos para su constitución, dado que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE, que no reconoce el derecho de asociación para constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo, según hemos indicado reiteradamente. Por eso, dado que el derecho a constituir Federaciones españolas existe en la medida y con el alcance con que lo regula la Ley, no es inconstitucional que el legislador prevea determinados requisitos y fases para su constitución definitiva”. Por lo tanto, las federaciones deportivas, esa concreta especie del género asociación deportiva, quedan fuera del ámbito de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo (LODA), reguladora del Derecho de Asociación por lo que han de rechazarse de plano todos los argumentos centrados en concretas vulneraciones de la LODA 1/2002 que prescindan de la legislación específica existente al caso.

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. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.** A) Disposiciones legales que contienen cláusulas residuales de tipificación: pronunciamientos divergentes sobre su constitucionalidad. B) Nulidad de una Ordenanza local que suaviza el régimen sancionador previsto en la Ley. C) Prohibición de una interpretación extensiva del tipo. D) Admisión de una interpretación razonable del tipo. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) El principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable como parte del contenido del artículo 25 CE. B) Irretroactividad e infracciones permanentes. **4. Antijuridicidad.** A) Ejercicio legítimo de un derecho. Derecho fundamental a la información. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad. B) Exclusión por confianza legítima. C) El deber de saber excluye el error de prohibición. D) El error sobre un supuesto fáctico de una causa de justificación. **6. Sujetos responsables.** A) La responsabilidad de las personas jurídicas derivada de una culpa in eligendo. B) Es responsable aquel a quien la norma impone el deber. **7. Competencia territorial sancionadora.** A) En materia de costas: la Administración del Estado sólo puede sancionar las actuaciones realizadas dentro del dominio público marítimo-terrestre. **8. Procedimiento administrativo sancionador.** A) No existe un derecho fundamental a la asistencia letrada gratuita. B) La vulneración del principio de contradicción puede subsanarse en vía de recurso tanto administrativo como contencioso-administrativo. C) Que la propuesta diga que la conducta infractora puede subsumirse en dos tipos distintos sin especificar cuál es el de aplicación preferente no vulnera los derechos de defensa y a ser informado de la acusación. D) Sobre la legitimación del trabajador que es víctima de un accidente laboral para recurrir el archivo del procedimiento sancionador contra la empresa por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales. E) Separación entre las actuaciones de inspección y el procedimiento sancionador: consecuencias. F) Vinculación entre las actuaciones de inspección y el procedimiento sancionador en el ámbito tributario. **9. En especial, la**

prueba y la presunción de inocencia. A) Presunción de inocencia y adopción de medidas cautelares. B) La presunción de inocencia comporta que la resolución sancionadora debe motivar la existencia de culpabilidad y las pruebas de donde ésta se infiere. C) Motivar la culpabilidad diciendo simplemente que no existen causas que puedan excluirla invierte la carga de la prueba. D) Valor probatorio de las actas de inspección. E) Valor probatorio de la grabación magnetofónica de una conversación. **10. La resolución del procedimiento administrativo sancionador.** A) La motivación de la resolución por remisión o in aliunde satisface plenamente las exigencias que derivan del artículo 24.1 CE. B) No basta la ausencia de motivación para anular la sanción. **11. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Diferencias entre la caducidad de la acción y la prescripción de las infracciones tributarias. B) Cómputo: día inicial en aquellos supuestos en los que hay actos posteriores de aprovechamiento de la infracción. C) Cómputo de la prescripción cuando el procedimiento sancionador se ha suspendido por la tramitación de un proceso penal. D) Prescripción de las infracciones permanentes. En concreto, en el sector de las telecomunicaciones. **12. Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.** A) Sanciones tributarias: no procede la exigencia de interés de demora por el tiempo que la multa haya estado suspendida también en sede judicial. **13. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Es posible declarar la caducidad del procedimiento administrativo sancionador en sede contencioso-administrativa a pesar de no haber sido alegada en vía administrativa, si la resolución sancionadora ponía fin a ésta. B) Sustitución de la infracción sancionada por la correcta. C) Reducción de la cuantía de la multa, aunque sin una motivación detallada. D) Sustitución de la infracción y de la sanción por la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable. E) El déficit de motivación de la resolución sancionadora no puede ser suplido por los jueces de lo contencioso-administrativo. F) Infracción continuada y sus consecuencias sobre el alcance del control contencioso-administrativo. G) La Administración debe abonar los intereses generados por el sueldo que dejó de abonarse a un funcionario en concepto de sanción cuando ésta sea posteriormente anulada.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que no constituyen sanción

De acuerdo con la STSJ de Cantabria 647/2008, de 5 de septiembre, la replantación de cinco ejemplares de encina en sustitución de otros cuya tala supuso una infracción urbanística constituye una “medida de restauración y reposición de los bienes afectados”. La misma sentencia también niega el carácter sancionador de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por la infracción urbanística, pero sostiene que “si bien tiene el carácter de medida de protección de la legalidad urbanística, al no constituir una sanción urbanística, es consecuencia de la infracción cometida y no puede imponerse al propietario de la finca sin que previamente se haya declarado su responsabilidad en la infracción cometida”. En el supuesto de hecho, la responsabilidad sancionadora se estableció mediante resolución dictada cuatro días después de la resolución por la que se establecía la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, por lo que la sentencia anula esta última obligación. Esta solución implica, entre otras consecuencias, la extensión refleja de las garantías propias del procedimiento sancionador a la determinación de los daños y perjuicios generados por la acción ilícita.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Disposiciones legales que contienen cláusulas residuales de tipificación: pronunciamientos divergentes sobre su constitucionalidad

En el período analizado deben destacarse tres cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre otros tantos preceptos legales de esos que contienen cláusulas residuales de tipificación:

– El artículo 91.b).1 de la Ley de Energía Nuclear que tipifica como infracción grave “el incumplimiento de los preceptos legales o reglamentarios aplicables o de los términos y condiciones de las autorizaciones o documentos oficiales de explotación, cuando no constituya falta muy grave, salvo los de escasa trascendencia” (STC 104/2009, de 4 de mayo).

– El artículo 64.h) de la Ley estatal 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista a cuyo tenor constituye infracción leve “en general, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica” (STC 97/2009, de 27 de abril).

– El artículo 69.3.c) de la Ley del Deporte que tipifica como infracción leve “todas las acciones u omisiones no tipificadas como infracciones graves o muy graves en el presente título y que sean contrarias a las normas y reglamentos aplicables a los espectáculos deportivos” (STC 81/2009, de 23 de marzo).

La semejanza entre todos esos preceptos es evidente, aunque distinta ha sido la suerte corrida por cada uno de ellos, pues el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de los dos últimos y ha bendecido la del primero. De esta manera se vuelve a confirmar la falta de un criterio firme por parte del Alto Tribunal en esta materia y su carácter fuertemente casuístico.

Todos los tipos contienen una remisión reglamentaria, que es la que se considera que podría ser contraria a las exigencias del artículo 25.1 CE. Pero además, en el primer supuesto, la remisión se extiende a las condiciones impuestas en la correspondiente autorización de funcionamiento; y en el primer y segundo supuesto, los tipos también contienen una remisión al incumplimiento de otras obligaciones legales. Con respecto a esto último, la **STC 104/2009, de 4 de mayo**, sostiene que, en cuanto a la garantía formal, “la pretendida infracción del principio de legalidad en materia sancionadora no cabría predicarla, obviamente, en lo que se refiere al incumplimiento de preceptos legales, toda vez que este Tribunal ha declarado reiteradamente, en relación con la técnica de tipificación por remisión, que la misma no resulta contraria a las exigencias de reserva de ley cuando la remisión, incluso haciéndose de manera genérica sin especificar las concretas obligaciones y con la finalidad de conformar cláusulas residuales, aparece referida al incumplimiento de obligaciones establecidas en otros preceptos con rango de Ley”. No compartimos plenamente este razonamiento del Tribunal Constitucional pues, a nuestro juicio, este tipo de remisiones también es inconstitucional, no por vulnerar la reserva de ley, lo que evidentemente no hace puesto que no hay ahí ninguna remisión a los reglamentos, sino por resultar contrario a las exigencias del principio de tipicidad.

En las tres sentencias, el Tribunal Constitucional reitera su doctrina sobre la doble garantía, formal y material, que deriva del artículo 25.1 CE y procede a su aplicación en cada uno de los supuestos. En cuanto a la garantía formal, a propósito de la infracción de la Ley del Deporte, la **STC 81/2009, de 23 de marzo**, sostiene que “no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permite una regulación reglamentaria independiente, (...), en degradación de ‘la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña’. A esta conclusión no empece ni la mera acotación de la materia a la que se refieren los reglamentos de remisión, que es la actividad de espectáculos deportivos, ni el hecho de que queden excluidas de tal regulación reglamentaria las infracciones que ya la Ley califica como muy graves y graves”. Por el contrario, la **STC 104/2009, de 4 de mayo**, entiende que el tipo de la Ley de Energía Nuclear “delimita los elementos esenciales de las conductas antijurídicas sancionables, pues no sólo contiene la acotación del ámbito al que se refieren las normas reglamentarias y las autorizaciones o documentos oficiales de explotación a que se refiere la remisión, que es la actividad desarrollada en las instalaciones nucleares y radioactivas, así como la identificación de los sujetos que pueden cometer la infracción, esto es, las empresas que realicen dicha actividad (...), sino que, además, mediante la integración del precepto cuestionado con el artículo 91.a) de la propia Ley al que indirectamente se remite (‘cuando no constituya falta muy grave’) se enuncia el bien jurídico protegido, y se describe suficientemente en qué consiste la conducta infractora (...)”. Sobre esta base, la Sala analiza las infracciones del artículo 91.a) y concluye que los bienes jurídicos protegidos en dicho precepto, que deben trasladarse al ahora analizado, son la vida y salud de las personas y la seguridad de las cosas, a lo que habría que añadir que el incumplimiento no haya supuesto un riesgo grave para esos bienes jurídicos. A nuestro juicio, es evidente el distinto rasero utilizado por el Tribunal en uno y otro caso, sin que se encuentre una razón de fondo que lo justifique, más allá de la referencia que la **STC 104/2009, de 4 de mayo**, contiene a la diversidad y complejidad de las instalaciones nucleares y de la peligrosidad de las sustancias manejadas, lo que hace “indispensable la colaboración en la tarea de tipificación de las infracciones de las normas reglamentarias (...), así como de las condiciones particulares impuestas a la actividad en las autorizaciones”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

En cuanto a la garantía material, la **STC 81/2009, de 23 de marzo**, entiende que “la pura remisión a los reglamentos (...) (de) espectáculos deportivos, (...), dificulta de tal modo el conocimiento de lo prohibido que permite afirmar (...) que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del artículo 25.1 CE”. En la misma línea, la **STC 97/2009, de 27 de abril**, añade que nada cambia porque esa remisión se efectúe sólo a los reglamentos ejecutivos de la ley y no a cualquier reglamento, pues “a pesar de la especificación del carácter ejecutivo de los reglamentos a los que se remite el precepto cuestionado se observa en el mismo igual dificultad para que resulten reconocibles al destinatario las conductas sancionables”. Por el contrario, la **STC 104/2009, de 4 de mayo**, considera que “no puede entenderse que la remisión que efectúa el precepto legal cuestionado (a las normas reglamentarias y a las condiciones de la autorización) impida a las empresas que realizan actividades reguladas en la citada Ley (de energía nuclear) conocer las conductas sancionables”, pues se trata de “normas de contenido predominantemente técnico que disciplinan la actividad de las empresas del sector y que deben ser perfectamente conocidas por éstas”. En definitiva, “sin necesidad de insistir en la muy importante cualificación del personal de las instalaciones nucleares y radiactivas (...), ni tampoco de acudir a la categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial (...), podemos concluir que (...) no vulnera la exigencia de *lex certa* la remisión que el precepto legal cuestionado realiza a disposiciones reglamentarias perfectamente identificables que imponen obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, así como a las condiciones particulares impuestas en las autorizaciones y licencias o en los documentos oficiales de explotación a cada empresa concreta en las actividades que desarrolla (...)”.

B) Nulidad de una Ordenanza local que suaviza el régimen sancionador previsto en la Ley

Con base en la Ley de protección ambiental de Andalucía, el Ayuntamiento de Granada aprobó una Ordenanza de protección del ambiente acústico. La Ley considera infracción administrativa grave el exceso de los límites admisibles de emisión sonora, lo que se sanciona con multa de 1.000.001 a 10.000.000 de pesetas. Sin embargo, la mencionada Ordenanza sólo calificaba como infracción grave “la puesta en funcionamiento de actividades, instalaciones o equipos permanentes productores de ruidos, que no cuentan con licencia municipal, y exceden los niveles permitidos de emisión e inmisión en más de 6 decibelios (...)”. De este modo, quedaban calificadas como infracciones leves conductas que, de conformidad con la Ley, debían ser calificadas como graves: exceder de los límites permitidos de emisión en tres o menos decibelios, contando con la preceptiva licencia (infracción leve grado mínimo), exceder de los límites permitidos en más de tres y menos o igual a seis decibelios con licencia o en menos de tres si se carece de licencia (infracción leve grado medio), exceder de los límites permitidos en más de tres y menos de seis si se carece de licencia o en más de seis contando con licencia (infracción leve grado máximo).

La **STSJ de Andalucía (Granada) 758/2008, de 19 de mayo**, analiza la relevancia que para el supuesto podría tener la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, pues esta norma “posibilita a los entes locales, en ejercicio de esta autonomía local, el poder dictar disposiciones generales en materia sancionadora ante la existencia de normativa sectorial específica, constituyendo precisamente la propia LRBRL reformada el título legal genérico habilitante para la regulación del ejercicio de esa potestad sancionadora por los entes locales”. Sin embargo, rechaza la aplicación de la Ley 57/2003 al caso, en primer lugar, “porque no estaba vigente al tiempo de dictarse el Reglamento municipal impugnado”, y, en

segundo lugar, porque no puede “entenderse subsanada *a posteriori* (por aplicación de dicha Ley) la capacidad del ente local para regular el ejercicio de tal potestad sancionadora, porque el caso de autos no se refiere a la regulación de tipos o infracciones y sanciones en relación con la contaminación acústica por inexistencia de normativa sectorial reguladora, sino que esta normativa existe y se cuestiona, precisamente, la legalidad de la normativa aprobada por la Corporación Local, en tanto que establece una tipificación e imposición de sanciones que vulnera lo establecido legalmente en la materia”.

Expuestos así los términos del litigio, la sentencia entiende que “la cuestión planteada (...) ha de encajarse en lo relativo al principio de jerarquía normativa” y estima el recurso “porque existe una regulación legal que tipifica e impone las sanciones en materia de contaminación acústica, que no puede ser vulnerada por una normativa inferior, como es la reglamentaria”. Lo que en el supuesto de hecho concreto implica que “los entes locales andaluces deben circunscribirse a la calificación como graves de tales infracciones, pudiendo graduar la sanción correspondiente (de 1.000.001 a 10.000.000 de pesetas), (...). Pero lo que no pueden hacer es degradar la conducta del exceso de los límites admisibles de emisión sonora a infracción leve, porque esto entraña una clara contravención de lo establecido en la legislación aplicable (...)”.

C) Prohibición de una interpretación extensiva del tipo

Un notario es sancionado por tres infracciones consistentes en cobrar honorarios inferiores a los aranceles, pagar comisiones a una gestoría por facilitarle clientes y pagar comisiones a un despacho de abogados por asesorarle, prepararle documentos y hacerle trámites registrales, labores todas ellas propias de la función notarial. Alega en casación, entre otros motivos, que se ha lesionado su derecho fundamental a la legalidad sancionadora en su vertiente material (principio de tipicidad), porque el pago de comisiones que realizó a una gestoría ha sido erróneamente calificado por la Administración como una infracción muy grave del artículo 43.Dos.2.A).g) de la Ley 14/2000, consistente en “la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquéllos se rijan”.

La STS de 21 de enero de 2009, Sección Séptima (recurso de casación 1758/2007), estima el recurso ya que considera que no percibió aranceles en cuantía inferior a la establecida legalmente sino que los percibió íntegramente aunque, después, pagase con el dinero ingresado por tales conceptos a la gestoría que le facilitaba clientes. La Sala concluye que:

“sólo a través de una interpretación extensiva y que desborda los límites de la literalidad del (...) (precepto tipificador aplicado), puede llegarse al establecimiento de las sanciones en este hecho segundo en la forma en que lo efectuó la Administración”.

D) Admisión de una interpretación razonable del tipo

El artículo 19.6 de la Ley 38/1992 tipifica como infracción administrativa la circulación de productos objeto del impuesto especial de hidrocarburos sin ir acompañados por los documentos que reglamentariamente se establezcan. A juicio de la STS de 30 de mayo de 2008,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Sección Segunda (recurso de casación 8213/2002), esta infracción resulta también de aplicación en aquellos supuestos en que la mercancía circula con documentos viciados de nulidad, en particular, por faltarles los datos necesarios para la completa identificación del destinatario. En parecidos términos, la STS de 4 de noviembre de 2008, Sección Segunda (recurso de casación 7138/2005).

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) El principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable como parte del contenido del artículo 25 CE

La STS de 15 de octubre de 2008, Sección Tercera (recurso de casación 717/2006), recoge diversos pronunciamientos interesantes sobre este principio:

- Reitera que este principio tiene su fundamento en el artículo 9.3 CE (en la misma línea, la STS de 19 de junio de 2008, Sala de lo Militar, recurso 21/2007), y que se incluye, siguiendo jurisprudencia constitucional consolidada, en el contenido del principio de legalidad sancionadora reconocido en el artículo 25 CE.
- Que conlleva la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, “incluidas aquéllas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga un beneficio para el sancionado”.

B) Irretroactividad e infracciones permanentes

La Asociación Cultural Radio Club 47 fue sancionada, entre otros hechos, por la instalación de una estación radioeléctrica sin autorización, pero alega que la normativa vigente en el momento de realizarse dicha instalación (Ley 31/1987, de ordenación de las telecomunicaciones) no exigía autorización, de modo que la aplicación de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, que sirve de base para la sanción, supondría una vulneración del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. La SAN de 16 de septiembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 488/2006), sin embargo, considera que se trata de una infracción continuada (en rigor, parece tratarse de una infracción permanente), lo que permitiría sancionarla con las normas vigentes en la actualidad en la medida en que existe una situación que ha devenido antijurídica y que perdura hasta el momento presente.

4. ANTIJURIDICIDAD

A) Ejercicio legítimo de un derecho. Derecho fundamental a la información

La Asociación Cultural Radio Club 47 fue sancionada por la comisión de la infracción consistente en la utilización de frecuencias radioeléctricas sin la autorización correspondiente. Frente a esta sanción, la entidad alegó el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo

20.1.a) y d) CE. La SAN de 16 de septiembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 488/2006), rechaza la alegación al considerar que el comportamiento sancionado no constituye el ejercicio legítimo de un derecho. Citando jurisprudencia anterior, afirma que “los preceptos que se le han aplicado a dicha entidad exigen para el ejercicio de esa actividad imputada unas autorizaciones administrativas, sin que el hecho de que esté implicado el derecho fundamental a la información reconocido en el artículo 20 CE excluya de esas exigencias”. En relación con un supuesto prácticamente idéntico, la SAN de 16 de septiembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 348/2006).

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad

La STSJ de Madrid 20503/2008, de 21 de julio, con un planteamiento un tanto generoso, considera que no concurre la culpabilidad en la actuación de un sujeto sancionado por haber incluido en su autoliquidación del IRPF como gasto deducible un pago a determinada mercantil, no estando identificado en el libro registro de gastos y aportando como justificante de éste un simple escrito. Recuerda la sentencia que “cuando la Ley obliga a una entidad a interpretar las normas tributarias y a aplicarlas mediante autoliquidación, es menester admitir que si ésta no oculta nada y actúa razonablemente, no existe, aunque luego la Administración discrepe, infracción tributaria. No puede partirse, pues, de la base de que toda falta de ingreso es culpable”.

En sentido contrario, la STSJ de Cataluña 674/2008, de 19 de junio, niega la concurrencia de cualquier tipo de circunstancia exculpatoria respecto a la sanción impuesta a la entidad *Trinxant 41-43, SL*, por no haber cumplido su obligación de practicar retención sobre la cantidad abonada a un socio en concepto de rendimiento del capital mobiliario, dada “la claridad de los preceptos aplicables (...), sin que concurra ningún supuesto exculpatorio”.

B) Exclusión por confianza legítima

La entidad *Centres Assistencials Reunits, SL*, propietaria del Hospital Sagrat Cor de Barcelona, fue sancionada como autora de una infracción en materia de protección de datos. Los hechos sancionados consistieron en el acceso, por parte de personas ajenas al Hospital, a la documentación original recogida en la historia clínica de 44 pacientes sin contar con el consentimiento expreso de dichos pacientes y sin que el Hospital tuviese ninguna habilitación legal para facilitar dicha información sin disociar. En concreto, tuvieron acceso a las historias clínicas las trabajadoras del “Centro Informático de Estadísticas y Sondeos” de la Generalidad de Cataluña, en el marco de un “Estudio Sociolingüístico para fomentar el uso del catalán en las Historias Clínicas”, en el que también participaron otros hospitales igualmente sancionados.

La SAN de 19 de noviembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 112/2007), anula la sanción al considerar que no concurre el elemento culpabilístico necesario, por la existencia

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de varias comunicaciones de la Administración en las que se indicaba que el estudio respetaría el “secreto estadístico”, así como por un cúmulo de normas con rango legal que parecían amparar la conducta de la sancionada: artículos 34, 35 y 36 de la Ley catalana 23/1998 de Estadística de Cataluña sobre la obligatoriedad de suministrar la información necesaria para elaborar las estadísticas de interés de la Generalidad; artículo 11.5 de la Ley catalana 21/2000, sobre Derechos de Información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, que permite el acceso de la Administración sanitaria que ejerce funciones de inspección a las historias clínicas; artículo 45 de la Ley catalana 15/1990 de Ordenación sanitaria de Cataluña, que establece la sumisión de los centros integrados en la Red Hospitalaria de Utilización Pública a controles e inspecciones periódicas así como a las directrices generales y criterios de actuación. A juicio de la sentencia, “sirven estos preceptos para justificar la razonable creencia del Hospital del Sagrat Cor de Barcelona de que estaba actuando en cumplimiento de la legalidad vigente que amparaba su actuación; de este modo se aprecia la concurrencia del principio de confianza legítima (...) que justifica la actuación de la empresa recurrente, sobre todo si se atiende a los criterios que expone la propia parte recurrente: carácter de actividad estadística oficial, protocolo que garantizaba el secreto estadístico, no indicación clara de que los datos se debieran anonimizar, etc.”

C) El deber de saber excluye el error de prohibición

La misma SAN de 19 de noviembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 112/2007), que se acaba de comentar, se preocupa, sin embargo, de dejar claro que la exclusión de la culpabilidad en la conducta de la entidad sancionada no es debida a un error de prohibición, tal y como ésta alegaba: “debido a la profesionalidad de la recurrente no puede invocarse el desconocimiento de una Ley Orgánica que desarrolla un derecho fundamental; cuando se desarrolla una actividad en constante contacto con datos personales, no puede invocarse error en la prohibición que, en todo caso, sería fácilmente vencible”.

D) El error sobre un supuesto fáctico de una causa de justificación

Se requiere a un guardia civil para que se persone en el servicio de psicología. El guardia civil no acude pero aporta informe médico donde se desaconseja esa exploración y se dice que en caso de precisar revisiones especializadas sólo podrá ser asistido por un psiquiatra del Hospital Militar. Se le cita nuevamente y esa vez sí se persona, a pesar de los mencionados informes médicos. Se le sanciona por una falta de desobediencia. La STS de 23 de julio de 2008, Sala de lo Militar (recurso 6/2008), anula la sanción pues entiende que el tipo requiere dolo y que la conducta, a lo sumo, puede calificarse como negligente. Pero avanza más en su razonamiento y añade que “aunque a efectos meramente dialécticos admitiéramos que el guardia civil sancionado actuó mediante el denominado dolo genérico (...) pues sabía que incumplía, y así lo quiso, la orden recibida, resulta incuestionable para el criterio mayoritario de esta Sala que en tal hipótesis el sancionado actuó en la creencia de que concurría un supuesto de una causa de justificación, en este caso, el ejercicio legítimo de un derecho. Nos encontraríamos en presencia de lo que se denomina error indirecto, es decir, aquel que recae sobre el carácter justificado no de una determinada conducta sino de un presupuesto fáctico de una causa de justificación”. A partir de ahí, la Sala realiza un completo análisis de la doctrina discrepante sobre la naturaleza jurídica del error sobre un supuesto fáctico de una causa de justificación, tanto de aquel sector doctrinal que lo califica como un error de prohibición, vencible o invencible, como aquel otro para el que es un error de tipo.

6. SUJETOS RESPONSABLES

A) La responsabilidad de las personas jurídicas derivada de una culpa *in eligendo*

La entidad Atril servicios empresariales ETT, SL, fue sancionada como autora de una infracción tributaria grave consistente en dejar de ingresar dentro del plazo reglamentario parte de la deuda tributaria generada en concepto de IVA en los ejercicios 1996, 1997 y 1998. La entidad niega la existencia de elemento culpabilístico alguno, achacando la situación exclusivamente a la actuación del administrador único de la empresa, que no sólo fue apartado de su cargo por acuerdo unánime de los socios sino que también fue objeto de una querrela por su actuación frente a la empresa. De este modo, la empresa considera que no le corresponde “asumir la responsabilidad por la incorrecta gestión del administrador único al frente de la empresa, ya que la sociedad como persona jurídica no tuvo voluntad de dejar de pagar las cantidades que le correspondía”. En sentido radicalmente contrario, la **STSJ de Madrid 20410/2008, de 18 de junio**, estima que el argumento “no resulta admisible en la medida que se refiere a las relaciones internas existentes entre la sociedad y el referido administrador pero que en modo alguno afectan ni tienen trascendencia frente a terceros, en este caso la Hacienda pública. Existe en el caso de autos, al menos, negligencia en la sociedad en la selección y designación del administrador único que actúa de forma incorrecta en la liquidación de impuestos y esta actuación negligente determina la concurrencia del elemento subjetivo de la sanción”.

B) Es responsable aquel a quien la norma impone el deber

La Administración sanciona a una correduría de seguros por no dar información clara y precisa sobre el contenido de una póliza de seguros a quienes la contrataron. La correduría alega que la documentación de esa póliza, que era confusa en alguno de sus contenidos, le venía remitida por la propia compañía de seguros extranjera. Al respecto, la **STS de 3 de junio de 2008**, Sección Tercera (recurso de casación 2412/2005), recuerda que el deber de informar al tomador del seguro con los requisitos establecidos en la normativa corresponde a la entidad aseguradora que opera en España.

7. COMPETENCIA TERRITORIAL SANCIONADORA

A) En materia de costas: la Administración del Estado sólo puede sancionar las actuaciones realizadas dentro del dominio público marítimo-terrestre

Un vecino de Cartagena realizó obras para cambiar parte de la cubierta de su vivienda que, de conformidad con un deslinde aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley 22/1988, de Costas, se encontraba fuera de los límites del dominio público marítimo-terrestre. Sin embargo, de acuerdo con la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Costas, “en los casos en que se pretenda la ocupación de terrenos de dominio público todavía no deslindados conforme a lo previsto en esta Ley, el peticionario deberá solici-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

tar el deslinde a su costa, simultáneamente con la solicitud de concesión o autorización, pudiendo tramitarse al mismo tiempo ambos expedientes (...)”. Nada de eso se realizó y por esos motivos fue sancionado por la Demarcación de Costas. Además, esta Demarcación ya había adelantado al sancionado que en el futuro deslinde el terreno ocupado pasaría a ser de dominio público.

Sin embargo, la **STSJ de Murcia 462/2008, de 23 de mayo**, considera que “el actor no trataba de ocupar terrenos pendientes de deslindar con arreglo a la nueva Ley de Costas, sino que quería simplemente realizar unas obras en la vivienda de su propiedad, obras que en ese momento no estaban afectadas por la Ley de Costas (...) Por lo tanto, al no estar ubicadas las obras en zona de dominio público marítimo-terrestre, la Demarcación carecía de competencia para sancionar y ello porque dicha competencia depende del lugar donde las mismas se realicen y no de su envergadura”. Al vincular la competencia sancionadora con el lugar donde se produjera la infracción, la sentencia concluye que “de afectar las obras a la servidumbre de protección (que no es el caso) dicha competencia correspondería a la Comunidad Autónoma. En los demás supuestos (obras no afectadas por la Ley de Costas que se encuentran fuera de la zona marítimo-terrestre), la competencia en materia de disciplina urbanística corresponde al Ayuntamiento”.

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) No existe un derecho fundamental a la asistencia letrada gratuita

Un miembro del Cuerpo Nacional de Policía fue sancionado como autor de una falta disciplinaria grave consistente en “la infracción de deberes u obligaciones inherentes al cargo o función cuando se produzcan de forma manifiesta”. El sancionado alegó la vulneración de su derecho a ser asistido de letrado de manera gratuita. La **STSJ de Castilla y León (Burgos) 440/2008, de 5 de noviembre**, considera, por el contrario, que “no existe ninguna norma que contemple el derecho de los funcionarios de policía a ser asistidos por letrados o funcionarios del cuerpo de licenciados en Derecho de manera gratuita”. Asimismo, y citando la doctrina constitucional referida al derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario, añade que este derecho “no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, lo que no contradice el artículo 24.2 CE, pues, como resulta del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal derecho a la gratuidad de la asistencia letrada sólo existe en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino sólo cuando los intereses de la justicia lo requieran”. Además, “no se le ha denegado su derecho a ser asistido de letrado, sino que se le indicó que el mismo debía satisfacerse a su costa”. Es decir, de la doctrina constitucional existente en la materia y de lo declarado por esta sentencia cabe afirmar que el derecho a la asistencia letrada sólo está garantizado directamente por el artículo 24.2 CE en los procedimientos disciplinarios penitenciarios y en los militares pero, incluso en estos casos, la intervención de abogado sigue siendo a costa del expedientado. Por su parte, en los procedimientos disciplinarios contra miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la intervención de abogado es posible pero ni la garantiza directamente la CE ni menos aun de forma gratuita.

B) La vulneración del principio de contradicción puede subsanarse en vía de recurso tanto administrativo como contencioso-administrativo

Durante la tramitación de un procedimiento sancionador, la Administración no tomó en consideración el escrito de alegaciones de la sancionada, que, aun presentado en tiempo y forma, llegó con posterioridad a la fecha en que se dictó la resolución sancionadora. Alegada la nulidad de la sanción sobre la base de esta irregularidad, la SAN de 26 de noviembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 202/2007), considera que “no puede dudarse de que el procedimiento se tramitó con cumplimiento de todas las garantías legales y que el retraso se debió a que Medida Cuadros Asociados, SL, presentó el escrito en la oficina de correos correspondiente, por lo que se demoró la llegada del escrito a su destino. En cualquier caso, tanto en el recurso de reposición como en el presente recurso contencioso-administrativo, la parte recurrente ha podido realizar cuantas alegaciones han convenido a su interés por lo que no puede hablarse de irregularidad ni de indefensión, al menos en el sentido material de la misma”.

C) Que la propuesta diga que la conducta infractora puede subsumirse en dos tipos distintos sin especificar cuál es el de aplicación preferente no vulnera los derechos de defensa y a ser informado de la acusación

Un funcionario de correos fue sancionado disciplinariamente por proferir expresiones insultantes contra su superior. Tales hechos fueron considerados constitutivos de la infracción tipificada en el artículo 7.1.e) del Reglamento General de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos (“grave desconsideración hacia los superiores”), a pesar de que en la propuesta de resolución se indicaba que también podrían ser constitutivos de la falta prevista en el artículo 7.1.ñ) de la misma norma (“atentado a la dignidad de los funcionarios”). Ante esta anomalía, la STSJ de Castilla y León (Valladolid), 1003/2008, de 16 de mayo, aclara que “el hecho de que se imponga la sanción por una sola infracción cuando en la propuesta del instructor se aludía, además de la indicada, al atentado a la dignidad de los funcionarios que está prevista en la letra ñ) del mismo artículo, no debe ser obstáculo alguno para mantener la legalidad de la resolución si se repara en que, más bien, se trataba de tipificar unos mismos hechos, estimándose a juicio del instructor que era subsumibles en dos infracciones distintas con similar naturaleza, tipificándose después en una sola en la resolución final, pero sin que se haya mutado la naturaleza de la calificación”. Es decir, “lo que se hace por el instructor es tipificar unos mismos hechos conforme a dos infracciones distintas que tienen la misma naturaleza jurídica, de las que se escoge sólo una de ellas en la resolución sancionadora”.

D) Sobre la legitimación del trabajador que es víctima de un accidente laboral para recurrir el archivo del procedimiento sancionador contra la empresa por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales

Un trabajador sufrió un accidente en su lugar de trabajo del que derivó una propuesta de sanción de la Inspección de Trabajo por infracción grave en materia de seguridad laboral que

VII. Derecho Administrativo Sancionador

finalmente concluyó en resolución no sancionadora. El trabajador recurrió la decisión de archivo, primero en alzada y después mediante demanda contencioso-administrativa, que, sin embargo, fue inadmitida por falta de legitimación activa. Al respecto, la **STC 48/2009, de 23 de febrero**, Sala Primera (recurso de amparo), declara con carácter general que no existe una previsión legal “que habilite a quien se considere víctima de la infracción administrativa cometida por un tercero para impugnar la decisión que en el ejercicio exclusivo de su potestad sancionadora adopte la Administración”. Por tanto, “la argumentación vertida en las resoluciones impugnadas para negar legitimación activa al recurrente no supone un entendimiento rigorista ni desproporcionado de la exigencia, prevista en el artículo 19.1.a) de la (...) (LJCA), de que concurra un interés legítimo como requisito ineludible para tener legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En efecto, (...) con carácter general, sólo tienen interés legítimo para impugnar judicialmente las decisiones administrativa recaídas en los expedientes sancionadores aquellas personas contra las que se dirige el ejercicio de la potestad sancionadora”.

Refiriéndose ya a los supuestos específicos de impugnación judicial de resoluciones administrativas recaídas en procedimientos sancionadores de la normativa de prevención de riesgos laborales, la sentencia explica que en estos casos “este Tribunal sólo ha reconocido un eventual interés legítimo para intervenir en el proceso contencioso-administrativo a terceros distintos de las personas contra los que se hubiera dirigido el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la infracción controvertida hubiera dado lugar a un accidente laboral y el pronunciamiento judicial que recayera sobre la existencia o no de una infracción de la normativa de seguridad laboral estuviera llamado a producir, respecto del trabajador lesionado, ‘la vinculación a que se refiere la STC 182/1994, de 20 de junio, sin alternativa a un enjuiciamiento prejudicial diferente, de modo que la suerte del derecho del trabajador (sobre los recargos de prestaciones y posibles indemnizaciones en posteriores procesos sociales y civiles) quedaría decidida en el proceso contencioso-administrativo, en el que su interés no puede quedar ayuno de la posible defensa’ (STC 143/2000)”.

En la Sentencia 143/2000, el TC sí reconoció un interés legítimo al trabajador lesionado para intervenir en el proceso contencioso contra la sanción impuesta al empresario recurrente. Ahora bien, el problema que se planteaba en ese procedimiento de amparo era la falta de emplazamiento del trabajador en el previo proceso contencioso-administrativo incoado con motivo de la impugnación por la empresa de la sanción que le había sido impuesta (no del archivo del procedimiento sancionador, como ahora ocurre) por infracción de seguridad laboral. En ese caso, explica la Sentencia 48/2009:

“lo determinante para considerar que existía un interés legítimo del trabajador en el resultado del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración radicaba en que, siendo ineludible para el órgano judicial contencioso-administrativo pronunciarse sobre la existencia de una infracción de la normativa laboral de seguridad, como consecuencia de la impugnación planteada por la propia empresa sancionada, no podía dejarse al trabajador al margen de dicho pronunciamiento, a la vista del efecto prejudicial que produciría en un eventual proceso laboral en materia de recargos de prestaciones”.

Sin embargo, la Sentencia 48/2009 explica que el supuesto ahora enjuiciado “es cualitativamente distinto” al resuelto en aquélla porque “la decisión de archivo adoptada por la Administración, a diferencia de lo que sucedía en el caso de la STC 143/2009, carecía de una

incidencia directa en la esfera de intereses legítimos del recurrente que le dotare de legitimación activa para su impugnación en vía judicial”. Y ello, argumenta la Sala, por dos razones esenciales:

“Por un lado, el recurrente no se veía impedido de acudir a los Tribunales civiles para obtener de la empresa una indemnización por los daños causados o a los Tribunales del orden social en pretensión de que dicha empresa abonare el pago del recargo de prestaciones económicas previstas para los casos de accidente de trabajo. Por otro, la decisión de archivo del expediente sancionador tampoco despliega, *por ser un mero pronunciamiento administrativo*, ningún tipo de efecto prejudicial sobre los órganos judiciales civiles o sociales que deben pronunciarse sobre el ejercicio de dichas acciones, quienes mantienen su plenitud de jurisdicción para decidir en cada caso, al margen de lo concluido por la Administración, sobre la existencia de una infracción de la normativa de seguridad laboral a los efectos de la concreta acción ejercitada”.

E) Separación entre las actuaciones de inspección y el procedimiento sancionador: consecuencias

El recurrente, una correduría de seguros sancionada conforme a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, alega la caducidad del procedimiento sancionador porque la Administración tardó más de 6 meses en resolver el expediente inspector que sirvió de base para la iniciación del expediente sancionador y porque, igualmente, también tardó más de 6 meses entre su finalización y la iniciación del procedimiento sancionador.

Con respecto a lo primero, la **STS de 3 de junio de 2008**, Sección Tercera (recurso de casación 2412/2005), reitera que “la caducidad supone que en el expediente caducado no es posible dictar una resolución válida en derecho, pero ello no supone que las concretas actuaciones realizadas en tal expediente no puedan ser incorporadas a otro expediente distinto, porque la caducidad no supone la invalidez de lo actuado desde un punto de vista material, sino la imposibilidad de que lo actuado pueda producir efectos en el concreto expediente caducado pero nada impide que tales actuaciones puedan ser incorporadas a un nuevo expediente”. Y eso es lo que ocurre en el caso de autos, pues “el expediente inspector es independiente del expediente sancionador”.

Con respecto a lo segundo, la Sala también lo rechaza y añade que el instituto aplicable en dicho supuesto es la prescripción, al no contener la normativa sectorial aplicable ningún plazo especial de caducidad entre la finalización de las actuaciones de inspección y la iniciación del expediente sancionador.

F) Vinculación entre las actuaciones de inspección y el procedimiento sancionador en el ámbito tributario

Lo dicho en el apartado anterior no impide que la normativa sectorial pueda establecer una vinculación entre las actuaciones de inspección y el procedimiento sancionador. Es esto lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito tributario. Además, esta relación se ha convertido en un

VII. Derecho Administrativo Sancionador

supuesto muy litigioso, que ha llevado a numerosos pronunciamientos judiciales. El debate se centra en el alcance e interpretación que debe darse a los artículos 49.2 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, en la redacción dada por el Real Decreto 1930/1998, y 60.2 de la misma norma. La STS de 29 de septiembre de 2008, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 350/2004), hace una recopilación de la jurisprudencia habida sobre este asunto y afirma que “si el acta se ha extendido de conformidad (...) sin que se expongan los motivos por los cuales el actuario no estima justificada la iniciación del procedimiento sancionador, no hay ninguna modificación en el plazo de un mes concedido por el precepto reglamentario para que el Inspector-Jefe pudiera ordenar el inicio del procedimiento sancionador”. Y concluye: “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 desde que se firmó el acta de conformidad, constituyendo la notificación dentro de dicho plazo un requisito inexcusable para la validez y eficacia del correspondiente acto administrativo de inicio”.

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Presunción de inocencia y adopción de medidas cautelares

La STS de 26 de septiembre de 2008, Sala de lo Militar (recurso 20/2008), reitera la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 24/1999) conforme a la que el derecho a la presunción de inocencia sólo puede ser vulnerado por la imposición de una sanción en sentido propio, “y nunca por aquellas medidas, aun cuando materialmente equivalentes, con una función cautelar salvo si fueren tan desproporcionadas e irrazonables que esa desmesura les hiciera perder su carácter asegurador para transformarse en punitivas”.

B) La presunción de inocencia comporta que la resolución sancionadora debe motivar la existencia de culpabilidad y las pruebas de donde ésta se infiere

Lo afirma la STS de 6 de junio de 2008, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 146/2004), Ar. 5827, que enjuicia una sanción tributaria a CAMPSA. La resolución sancionadora no incluyó una motivación específica relativa a la culpabilidad del sancionado y, sin embargo, para la sentencia “no basta con que la Inspección alegue genéricamente las incorrecciones cometidas por el contribuyente para que, sin más, (luego) resulte procedente la sanción. Es preciso, además, que se especifiquen (en la resolución sancionadora) los motivos o causas de esas incorrecciones”. Y ello sobre la base de que el principio de presunción de inocencia:

“comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no sólo los hechos constitutivos de la infracción, la participación del acusado en tales hechos y las circunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de la sanción, ausencia de motivación específica de la culpabilidad que, en el concreto ámbito tributario, determinó que (...) la STC 164/2005, de 20 de junio, (...) llegara a la conclusión de que la imposición de una san-

ción por la comisión de una infracción tributaria grave tipificada en el artículo 79.a) LGT vulneró el derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia”.

Así que, según la sentencia, se vulnera 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 (...); no se puede por el mero resultado (...) sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere (SSTC 164/2005, 33/2000, 209/1999, 14/1997 o 212/1990)”. Se estima el recurso y se declara la nulidad de la multa impuesta por motivación insuficiente. En la misma línea, la **STS de 4 de noviembre de 2008**, Sección Segunda (recurso de casación 7138/2005), que añade que este defecto de motivación no puede ser subsanado por lo que señalan el Tribunal Económico y la Sala de instancia, “al corresponder a estos órganos efectuar sólo el control de la decisión administrativa”.

C) Motivar la culpabilidad diciendo simplemente que no existen causas que puedan excluirla invierte la carga de la prueba

Según la **STS de 6 de junio de 2008**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 146/2004), ya mencionada en el epígrafe anterior, la presunción de inocencia:

“no permite que la Administración tributaria razone la existencia 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 discrepancia interpretativa razonable –como ha sucedido en el caso enjuiciado– o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el artículo 77.3 LGT (actual artículo 179.2 Ley 58/2003) (...). Es evidente que en aquellos casos en los que, como el presente, la Administración tributaria no motiva mínimamente los hechos o circunstancias de los que deduce que el obligado tributario ha actuado culpablemente, confirmar la sanción porque este último no ha explicitado en qué interpretación alternativa y razonable ha fundado su comportamiento, equivale, simple y llanamente, a invertir la carga de la prueba”.

Exactamente lo mismo declara la **STS de 27 de junio de 2008**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 324/2004).

En alguna ocasión, esta doctrina se aplica con un rigor excesivo. A nuestro juicio, eso es lo que ocurre en la **STS de 20 de junio de 2008**, Sección Segunda (recurso de casación 4580/2002), donde se había sancionado a un contribuyente por un incremento de patrimonio no justificado, puesto de manifiesto al descubrir la Administración tributaria diversas adquisiciones que se habían realizado mediante aportaciones en efectivo que superaban los 250 millones de pesetas, sin que el recurrente probara en el procedimiento de inspección la procedencia y origen de esos fondos. Posiblemente hubiera bastado una referencia a esos hechos que obra-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

ban en el procedimiento de inspección para entender correctamente motivada la resolución sancionadora, pero no se hizo.

D) Valor probatorio de las actas de inspección

a) Doctrina constitucional: las actas de la Inspección de trabajo “pueden ser (...) medios de prueba capaces de destruir la presunción de inocencia”

La Administración impone una multa a una empresa hotelera por infracción consistente en tener a su servicio en uno de sus hostales a 32 trabajadoras extranjeras sin permiso de trabajo. A la alegación de la sancionada de que el acta de infracción que extendió la Inspección de Trabajo y que propuso la sanción finalmente impuesta es incapaz de convertirse en prueba de cargo válida para enervar su presunción de inocencia, la **STC 82/2009, de 23 de marzo**, Sala Primera (recurso de amparo), responde que

“las actas de inspección o infracción, en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el curso de sus comprobaciones e investigaciones, pueden ser consideradas por la Administración como medios de prueba capaces de destruir la presunción de inocencia (...). Por otra parte, en el proceso contencioso-administrativo, tales actas, incorporadas al expediente sancionador, son susceptibles de valorarse como prueba por el órgano judicial, pero no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas (SSTC 76/1990; 14/1997, y 35/2006)”.

No hay en esta sentencia atisbo alguno de ese supuesto valor privilegiado que la jurisprudencia ordinaria ha atribuido tradicionalmente a las actas de la Inspección de Trabajo en los procedimientos sancionadores —entre otras cosas porque la normativa laboral les atribuye expresamente una presunción de veracidad— y que tantos problemas ha ocasionado por su posible incompatibilidad con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

b) Jurisprudencia menor: las actas de la Inspección de telecomunicaciones y de transportes sí tienen presunción de veracidad

Ajena a la doctrina constitucional, la jurisprudencia menor sigue afirmando la presunción de veracidad de las actas de inspección y otros documentos administrativos. En esta ocasión, es la **SAN de 16 de septiembre de 2008** (recurso contencioso-administrativo 348/5006), la que sostiene, con relación a la sanción impuesta a la entidad Intercontinental Multimedia Network, SL por emitir en una frecuencia de radio sin contar con la preceptiva licencia, que “obra en autos el Informe de la Inspección Provincial de Telecomunicaciones (...) y el Acta de Inspección de Telecomunicaciones (...) que recoge los hechos por los que es sancionada la demandante. Esta Acta está emitida por funcionarios públicos de un servicio de inspección revestidos de autoridad (artículo 50.6 Ley 32/2003), por lo que goza de la presunción de validez [sic] iuris tantum que le otorga el artículo 137.3 LRJPAC”. También la **STSJ de Madrid**

1805/2008, de 24 de septiembre, declara la presunción de veracidad de las actas de los servicios de inspección de transporte.

E) Valor probatorio de la grabación magnetofónica de una conversación

La STS de 16 de julio de 2008, Sala de lo Militar (recurso de casación 101/2007), afirma que “el acto de la grabación de una conversación en la que se participa no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 de la Constitución, pues no es lo mismo grabar una conversación ‘de otros’, que grabar una conversación ‘con otro’ y que ‘tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado, difusión que podría vulnerar el derecho a la intimidad personal’. Sobre esta base, ante una falta de subordinación en el ámbito militar, la Sala estima que la grabación efectuada por el militar de superior rango sin conocimiento del otro ‘hubiera podido desplegar su eficacia para acreditar los hechos, validada la autenticidad de su contenido por el juzgador’”, aunque recuerda que el tribunal fundamentó su convicción en otras pruebas testificales.

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La motivación de la resolución por remisión o *in aliunde* satisface plenamente las exigencias que derivan del artículo 24.1 CE

La mercantil Hoteles Anar, SL, es sancionada con multa de 192.032 euros por 32 infracciones del artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, consistentes en tener a su servicio a 32 trabajadoras extranjeras sin permiso de trabajo que ejercían la actividad de “alternadoras-captadoras de clientes”, consistente en inducir, mediante sus atractivos físicos, al consumo de bebidas a los clientes. Alega la sancionada en amparo que la resolución sancionadora carece de motivación y que, con ello, vulnera el artículo 24.1 CE. Al respecto, la STC 82/2009, de 23 de marzo, Sala Primera (recurso de amparo), recuerda que el TC ha admitido “la dimensión constitucional del deber de motivación (de los actos administrativos) en el ámbito del ejercicio por la Administración de sus potestades sancionadoras”. Pero ello no impide, según la Sala, que la motivación de la resolución sancionadora por remisión o *in aliunde* satisfaga plenamente las exigencias de motivación que derivan del artículo 24.1 CE (SSTC 308/2006 y 17/2009) –*vid.*, también, JA, núm. 43, crónica VII.9.A)–. Esto es, precisamente, lo que ocurre en el caso enjuiciado en el que “la resolución administrativa resulta suficientemente motivada por remisión a los hechos y circunstancias reflejados en el acta de infracción en materia de extranjería levantada por la Inspección de Trabajo”, que fue, además, la que contenía la propuesta de sanción que finalmente se impuso.

Un supuesto similar resuelve la STSJ de Castilla y León (Burgos) 371/2008, de 21 de julio, con relación a una sanción tributaria, aunque la resolución ni siquiera se remite expresamente al acta inspectora sino simplemente a los “antecedentes” del caso en general.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) No basta la ausencia de motivación para anular la sanción

La STS de 30 de mayo de 2008, Sección Segunda (recurso de casación 8213/2002), admite que el recurrente lleva razón cuando denuncia la insuficiente motivación del acuerdo sancionador, pero añade que este vicio carece de relevancia invalidatoria pues el recurrente se detiene en la simple infracción formal sin cuestionar el importe de la sanción.

11. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Diferencias entre la caducidad de la acción y la prescripción de las infracciones tributarias

La STS de 16 de octubre de 2008, Sección Segunda (recurso de casación 8525/2004), se detiene a explicitar las diferencias existentes entre la caducidad de la acción, que era la figura regulada en el artículo 49.2.j) del Reglamento General de Inspección Tributaria, y la prescripción de las infracciones. A estos efectos, afirma que esta última figura tiende a garantizar la seguridad jurídica, para lo cual se entiende que los poderes públicos renuncian al ejercicio de su *ius puniendi* “cuando la Administración tributaria no realiza las actuaciones de comprobación e investigación dirigidas a la averiguación y sanción de la infracción tributaria durante el período de cuatro años establecido en la Ley”.

Sin embargo, la caducidad de la acción, “estando también indudablemente al servicio de la seguridad jurídica de los obligados tributarios, presupone la existencia de previas actuaciones inquisitivas –inspectoras– de la Administración y persigue que, una vez que la inspección tributaria ha concluido la comprobación e investigación de la situación tributaria del contribuyente, reflejando el resultado en el acta, y, por tanto, tiene ya –o debiera tener– elementos de juicio suficientes para decidir si resulta procedente o no la apertura de un procedimiento sancionador, no dilate indebidamente la situación que supone para el administrado la virtual amenaza de una sanción administrativa”.

A ello se sumaría que sus respectivos *dies a quo* y sus plazos correspondientes son distintos, y “asimismo, el plazo de prescripción es susceptible de ser interrumpido, tal y como dispone el artículo 66.1 LGT, mientras que el plazo del último párrafo del artículo 49.2 del RGIT es terminante y no susceptible de interrupción, suspensión o prórroga”.

B) Cómputo: día inicial en aquellos supuestos en los que hay actos posteriores de aprovechamiento de la infracción

Un agricultor solicitó la concesión de una ayuda al aceite de oliva correspondiente a la campaña 1995/1996. Concedida la ayuda, le fue abonada como anticipo una primera cantidad con fecha de 3 de enero de 1997, abonándosele una segunda fracción el 4 de septiembre de 1997. Posteriormente, la Administración descubrió que el agricultor había falseado las condiciones requeridas para la concesión de la subvención, por lo que el 19 de abril de 2002 fue incoado expediente sancionador. La Administración consideró que en la fecha de la incoación del expediente aún no habían transcurrido los cinco años del plazo de prescripción, al entender

que debía tomarse como *dies a quo* la fecha del último pago. Por el contrario, la STSJ de Andalucía (Granada) 170/2008, de 4 de abril, estima que “para determinar el *dies a quo* (...) ha de atenderse al momento de dictarse el acto administrativo que concede la subvención en base a los datos presuntamente falseados (...) lo que es conceptual y cronológicamente separable de la entrega efectiva de los fondos, pues la acción falsaria cometida habría ya provocado una actuación de la Administración favorable a su autor y ello con independencia de la efectiva percepción de las cantidades”. No obstante, la Administración sancionadora advierte que “en el procedimiento de concesión de las subvenciones como el que nos ocupa, la voluntad administrativa de concesión de la subvención se manifiesta con la misma percepción de la cantidad”. Por este motivo y a mayor abundamiento la Sala argumenta:

“la percepción de sucesivas fracciones de la cantidad concedida en modo alguno pueden servir para considerar cometida la infracción cuando se percibe la última cantidad, como si se tratase de una infracción continuada, pues mientras que en éstas la afección del bien jurídico protegido se produce a lo largo de un período de tiempo, en el caso ante el que nos encontramos resulta evidente que los elementos típicos necesarios para estimar cometida la infracción concurren ya, al menos, en el momento en que se percibe la primera fracción de la cantidad, siendo la percepción de las sucesivas cantidades actos de agotamiento o aprovechamiento de la infracción, cuyo número y frecuencia resultan indiferentes para entender cometida la misma”.

C) Cómputo de la prescripción cuando el procedimiento sancionador se ha suspendido por la tramitación de un proceso penal

La STS de 23 de junio de 2008, Sala de lo Militar (recurso 9/2008), en el contexto de un procedimiento disciplinario militar, efectúa las siguientes afirmaciones que son de interés:

- Del cómputo de la prescripción ha de excluirse el tiempo de suspensión del expediente disciplinario en razón de las actuaciones de naturaleza penal.
- “Una vez comunicada la resolución firme en el procedimiento penal por la Autoridad judicial, ha de proseguirse el cómputo del plazo fijado legalmente para completar el expediente o, caso de haber ya transcurrido dicho plazo, habrá de iniciarse o reanudarse el cómputo del plazo de prescripción ya iniciado a partir de la fecha en la que se haya producido la notificación a la Autoridad disciplinaria de la resolución firme judicial”. Por tanto, el día inicial no es el del acuerdo de reapertura del expediente por parte de la Administración sancionadora, sino el de la notificación de la resolución firme judicial.

D) Prescripción de las infracciones permanentes. En concreto, en el sector de las telecomunicaciones

La Asociación Cultural Radio Club 47 fue sancionada, entre otros hechos, por la instalación de una estación radioeléctrica sin autorización. La Administración tenía constancia de la existencia de dicha instalación y de la realización de emisiones (“Super Estación Latina”) en la fre-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

cuencia de 95,5 Mhz de Madrid, desde el 6 de junio de 1996, fecha en que se levantó Acta de Inspección por funcionarios de la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Madrid. Sin embargo, no fue hasta el 26 de mayo de 2004 cuando se inició el procedimiento administrativo sancionador, a raíz de que Sociedad Española de Radiodifusión, SA, denunció que tales emisiones producían interferencias en la frecuencia de “Cadena Ser Guadalajara”. La Asociación sancionada alegó que la instalación de una estación radioeléctrica sin autorización constituye una infracción que se consuma en el momento de efectuarse la instalación, por lo que el plazo de prescripción (de dos años) se habría sobrepasado con creces. La SAN de 16 de septiembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 488/2006), discrepa de esta interpretación y sostiene, por el contrario, que “la referida infracción despliega y mantiene sus efectos hasta que dicha instalación no ha dejado de emitir”, puesto que el artículo 57.1 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, establece que “se entenderá que persiste la infracción en tanto los equipos, aparatos o instalaciones objeto de expediente no se encuentren a disposición de la Administración o quede constancia fehaciente de su imposibilidad de uso”. La sentencia señala que “la demandante ni ha puesto a disposición de la Administración dichos aparatos durante este tiempo ni tampoco ha acreditado en autos la imposibilidad de su uso durante dicho tiempo. De manera que (...) cabe concluir que no se dan los presupuestos del referido artículo 57.1 LGTE para declarar la prescripción de esa infracción”.

12. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES.

SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

A) Sanciones tributarias: no procede la exigencia de interés de demora por el tiempo que la multa haya estado suspendida también en sede judicial

El artículo 212.2 LGT establece que “la interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación administrativa contra una sanción producirá los siguientes efectos: (...) b) No se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”. A pesar de esta dicción literal, los tribunales han entendido que estos efectos deben extenderse también a las sanciones suspendidas en sede contenciosa. De este modo, la STSJ de Castilla-La Mancha 197/2008, de 12 de mayo, siguiendo otros pronunciamientos anteriores, afirma que “no es posible legalmente exigir intereses de demora por el tiempo que el procedimiento ha estado suspendido en sede judicial”.

13. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Es posible declarar la caducidad del procedimiento administrativo sancionador en sede contencioso-administrativa a pesar de no haber sido alegada en vía administrativa, si la resolución sancionadora ponía fin a ésta

La empresa Piscinas Meco, SL, es sancionada por infracción muy grave de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, consistente en haber contratado a un

inmigrante ilegal. Contra esa resolución sancionadora, que pone fin a la vía administrativa, interpone demanda judicial donde alega, en el acto de vista oral, la caducidad del procedimiento sancionador. El Juzgado Contencioso-Administrativo rechaza la posibilidad de examinar *ex novo* la caducidad alegada y resolver sobre el fondo, a pesar de reconocer su existencia material, con el argumento de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativo y de que le está vedado el conocimiento de cuestiones no planteadas ni propuestas a la Administración.

Por el contrario, la **STC 58/2009, de 9 de marzo**, Sala Segunda, admite la demanda en amparo sobre la base de los siguientes argumentos:

a) En el proceso contencioso ni se ha producido alteración de los hechos controvertidos en vía administrativa (sobre la infracción por contratar a un inmigrante ilegal) ni se ha alterado la pretensión del escrito inicial de demanda (la anulación de la sanción) ni se ha modificado el acto administrativo impugnado (la resolución sancionadora), pues lo único que se ha producido es la ampliación de los motivos jurídicos que fundamentaban la pretensión anulatoria de la recurrente, al añadirse en el acto de vista oral –a los motivos ya aducidos en la demanda inicial de falta de motivación de la resolución sancionadora, vulneración de la presunción de inocencia e indefensión– la alegación relativa a la caducidad del procedimiento sancionador.

c) El comportamiento de la mercantil ni es irregular ni ha generado la indefensión material de la Administración:

“porque (...) difícilmente la (...) recurrente pudo denunciar la caducidad del expediente antes de recibir la notificación de la resolución (...) que (además) (...) al haber agotado (...) la vía administrativa (...) sólo permitía el acceso directo a la jurisdicción. Y (...) porque la caducidad es por definición una circunstancia fáctica perfectamente conocida o, en todo caso, de fácil comprobación para la Administración que, por lo mismo, hasta debe ser apreciada de oficio”.

Nada hay en esta sentencia que suponga una corrección de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que hemos dado cuenta en crónicas anteriores [vid. JA, núm. 42, crónica VII.14.A)], donde se exige esa previa solicitud de la caducidad en vía administrativa, pues allí lo que ocurre es que ni siquiera hay resolución sancionadora y el recurrente pretende que el tribunal declare directamente la caducidad.

B) Sustitución de la infracción sancionada por la correcta

La ya comentada [supra, 2.C)] **STS de 21 de enero de 2009**, Sección Séptima (recurso de casación 1758/2007), tras anular la sanción de suspensión de funciones impuesta a un notario, tipifica ella misma los hechos acaecidos como otra infracción distinta e impone la máxima sanción prevista para ésta. Para ello, se apoya en que la Administración al dictar resolución sancionadora ya se planteó la posibilidad de sancionar por esa infracción pero, a la postre, decidió castigar por la más grave, así como por “las circunstancias concurrentes en el caso, en

VII. Derecho Administrativo Sancionador

particular relativas a la intencionalidad del imputado en la comisión de los hechos y trascendencia de los perjuicios”. Se separa así esta sentencia de otra línea jurisprudencial contraria a esta posibilidad, que se refleja en el propio voto particular que la acompaña.

C) Reducción de la cuantía de la multa, aunque sin una motivación detallada

La entidad mercantil Quality Telecom, SA, fue sancionada como autora de una infracción grave en materia de telecomunicaciones con multa de 160.000 euros. La SAN de 17 de octubre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 1666/2007), tras confirmar la comisión de los hechos y la corrección de la tipificación, entra a analizar la proporcionalidad de la sanción impuesta, esto es, a “deducir si se ha pasado del plano de la discrecionalidad en la determinación de la sanción al de la arbitrariedad, si, en definitiva, la sanción responde a un criterio de dosimetría punitiva que corresponda, en palabras de la dogmática, ‘perfectamente a las exigencias de justicia’”. De este modo, y “teniendo en cuenta (...) la situación económica de la entidad ahora actora (...) la Sala, a su prudente arbitrio, considera adecuada y proporcional una minoración de la sanción al monto de 60.000 euros, una vez ponderadas todas las circunstancias concurrentes y dado el margen legalmente vigente”. Debe destacarse que la sentencia ni aporta más motivación y explícita en ningún momento cuáles son las “circunstancias concurrentes” mencionadas.

D) Sustitución de la infracción y de la sanción por la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable

Según expusimos [supra, 3.A)], la STS de 19 de junio de 2008, Sala de lo Militar (recurso 21/2007), sustituyó la calificación de falta muy grave realizada por la Administración por la de falta grave, atendiendo a la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable. Esta sustitución de la infracción dio como resultado la necesidad de sustituir también la sanción (separación del servicio), por otra distinta correspondiente a una falta grave. Dado que la nueva norma aplicable prevé distintas sanciones posibles para los autores de faltas graves, la Sala realiza un completo inventario de todas las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y sustituye la sanción de separación del servicio por la de suspensión del empleo durante dos meses.

E) El déficit de motivación de la resolución sancionadora no puede ser suplido por los jueces de lo contencioso-administrativo

Lo afirma la STS de 6 de junio de 2008, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 146/2004).

F) Infracción continuada y sus consecuencias sobre el alcance del control contencioso-administrativo

Iberdrola es sancionada con una multa por el retraso en el pago de dos liquidaciones fijadas por la Comisión Nacional de la Energía. Alega una infracción de la sentencia a quo por inaplicación

del artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, pues ese precepto requiere para la comisión de una infracción continuada la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión. La **STS de 24 de octubre de 2008**, Sección Tercera (recurso de casación 1112/2006), afirma que “la reiteración en el impago pudiera muy bien incardinarse en el supuesto de aprovechamiento de idéntica ocasión” y añade:

“la argumentación de la parte actora conduciría a una auténtica *reformatio in peius*, ya que de apreciarse que no hubo infracción continuada la conclusión sería que se habrían cometido dos distintas infracciones graves, ya que un retraso en el pago de liquidaciones puede bastar para integrar la infracción de incumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema tarifario”.

Posiblemente, lo que latía en el planteamiento del recurrente era la intención de que el Tribunal se limitara a declarar nula la sanción por ese incumplimiento, esto es, por haber considerado como infracción continuada unos hechos que a su juicio no lo eran, pero, lógicamente, sin que a continuación la Sala procediera a la imposición de dos sanciones independientes en sustitución.

G) La Administración debe abonar los intereses generados por el sueldo que dejó de abonarse a un funcionario en concepto de sanción cuando ésta sea posteriormente anulada

Un Comisario de policía fue sancionado con la pérdida de 15 días de remuneración y con la suspensión de funciones por igual período. Anulada la sanción, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) 440/2008, de 5 de noviembre**, se ocupa de determinar si la Administración se encuentra obligada a abonar no sólo los 15 días de remuneración dejados de percibir sino también los intereses generados por esta cantidad desde el momento en el que la misma debió ser abonada. Haciendo una traslación de la doctrina constitucional contenida en las SSTC 76/1990, 69/1996, 23/1997 y 141/1997, la sentencia concluye una respuesta positiva.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

ANTONIO BUENO ARMIJO

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio. A) Requisitos de formalización del convenio de mutuo acuerdo a tenor del artículo 24 de la LEF.

3. Determinación del justiprecio. A) Método de valoración de aprovechamientos mineros de la Sección A de la Ley de Minas. B) El derecho de resarcimiento de los afectados por una expropiación declarada nula no puede extenderse a conceptos no solicitados en el proceso contra la decisión expropiatoria. C) Presupuestos de existencia y valoración del derecho de ocupación privativa del dominio público.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comenta en esta ocasión la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia expropiatoria correspondiente al período comprendido entre el 1 de febrero y el 15 de mayo de 2009. De la veintena larga de sentencias producidas son muy pocas las que merecen comentario y menos aún las que contienen doctrina novedosa o especialmente reseñable. Acaso sea destacable de modo preliminar la sentencia relativa a la formalización del mutuo acuerdo expropiatorio, que incide en el criterio jurisprudencial antiformalista que considera que la falta de firma de éste por la Administración es sólo una irregularidad no invalidante. Así como la sentencia relativa a la valoración de concesiones, que comentamos en último lugar, en la que se hace una meritoria interpretación de cuándo ha estimarse que existe una concesión demanial a efectos de su valoración expropiatoria.

2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO**A) Requisitos de formalización del convenio de mutuo acuerdo a tenor del artículo 24 de la LEF**

La STS de 24 de marzo de 2009 (recurso 6859/2005), conoce en casación el pronunciamiento dictado por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Galicia, de 30 de septiembre de 2005 (Ar. 137027 de 2006) que desestimó el recurso interpuesto contra

sendas resoluciones de la Demarcación de Carreteras del Estado relativas a la expropiación de terrenos rústicos para destinarlos a la construcción de la autovía de las Rías Baixas.

De los antecedentes del caso se deduce que el recurso tiene su origen en el mutuo acuerdo que la recurrente firmó en su condición de propietaria de dos fincas expropiadas el 8 de agosto de 1995 aceptando la oferta económica efectuada por la Administración expropiante para dichos terrenos. En el proceso de instancia queda probado que este documento está sellado por la Demarcación de Carreteras del Estado en Galicia, aunque no está firmado por funcionario alguno.

Casi un año más tarde, la Administración expropiante consideró que el terreno expropiado no había sido correctamente identificado, por lo que dictó dos resoluciones, de 10 y 13 de junio de 1996, dando nueva descripción y numeración a las dos fincas comprendidas en el terreno expropiado. Tras impugnar estas dos resoluciones en vía administrativa sin obtener respuesta, la expropiada acudió a la vía jurisdiccional solicitando su anulación, así como su derecho a recibir como justiprecio la suma que fue convenida con la Administración en agosto de 1995. La recurrente pidió el recibimiento a prueba, que le fue denegado. Este proceso fue resuelto por una primera sentencia desestimatoria de su pretensión, que fue casada por la STS de 8 de octubre de 2004 (Ar. 5994) ordenando la retroacción de actuaciones a fin de que se practicasen las pruebas que habían sido denegadas. Hecho esto, se dictó una nueva sentencia, también desestimatoria, que es la que ahora se recurre en casación. En la sentencia de instancia, el Tribunal *a quo* no niega que la Administración y la recurrente llegaron a un convenio sobre el justiprecio, ni afirma que la copia aportada por la recurrente del pliego de aceptación fuera falsa. La razón por la que desestima la pretensión de ésta es la nulidad del documento del mutuo acuerdo de junio de 1995 que infringe, según la Sala de instancia, los artículos 53 y 55.2 de la Ley 30/1992, que hacen exigible la firma del órgano expropiante, “no pudiendo suplirse la autenticidad del documento con el estampillado de la Administración, porque el mismo no garantiza la declaración de voluntad o deseo de la Administración”.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso formulado y casa este pronunciamiento con una elaborada argumentación sobre los requisitos de formalización del convenio de mutuo acuerdo a tenor del artículo 24 de la LEF. El Tribunal Supremo comienza constatando que dicho precepto no establece como requisito de formalización *ad solemnitatem* a efectos de validez del mutuo acuerdo que éste deba quedar plasmado en un documento firmado por el agente o funcionario público competente. Tampoco en vía de desarrollo reglamentario se dice nada a este respecto, pues el artículo 25 del REF prevé una serie de trámites que habrán de seguirse para que quepa la determinación del justiprecio por mutuo acuerdo, pero no hace referencia a las características del documento en que quede finalmente recogido. Y lo cierto es que tampoco las normas que sirven de fundamento a la sentencia impugnada exigen, en rigor, que todos los actos administrativos lleven la firma del titular del órgano que los dicta. En efecto,

“el artículo 53 LRJ-PAC se limita a ordenar, por lo que ahora específicamente interesa, que los actos administrativos se produzcan ‘ajustándose al procedimiento establecido’; pero ello nada demuestra, pues el procedimiento expropiatorio guarda silencio con respecto a la firma, según se acaba de comprobar. Y en cuanto al artículo 55.2 LRJ-PAC, es verdad

VIII. Expropiación Forzosa

que hace mención a la firma del documento en que se recoge el acto administrativo; pero se refiere sólo al supuesto en que el acto administrativo es producido de forma verbal, ordenando precisamente que quede constancia escrita del mismo, la cual ‘se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente’. Tampoco en este precepto legal cabe hallar un mandato general de firma en materia de actos administrativos”.

La regla general sobre la forma de los actos administrativos es la establecida en el artículo 55.1 de la Ley 30/1992, según el cual “Los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”. De aquí se siguen –según el Tribunal Supremo– dos consecuencias:

“la primera, que normalmente los actos administrativos deben tener forma escrita; y la segunda, que la existencia y el contenido de los actos administrativos puede probarse por cualquier medio que dé constancia de ellos. En todo caso, en el citado precepto legal no hay rastro de exigencia de firma, sino sólo que debe haber constancia de que el acto administrativo emana efectivamente del órgano del que dice emanar”.

En otras palabras, el problema no es la firma sino la existencia y el contenido del acto administrativo, lo que puede ser probado por cualquier medio admisible en Derecho.

Cuando el Tribunal Supremo se ha enfrentado a supuestos de falta de firma en documentos que recogen actos administrativos ha adoptado un criterio que, lejos del formalismo, busca la realidad y sostiene que el acto administrativo debe tenerse por existente siempre que conste que efectivamente ha sido producido y que su contenido esté determinado. La falta de firma se considera sólo una irregularidad no invalidante. La consecuencia de ello para el caso de autos es que la sentencia recurrida infringe el artículo 24 LEF, que no contempla tal requisito, por lo que la Sala estima el recurso y casa el fallo resolviendo lo que corresponde dentro de los términos en que apareciera planteado el debate. A tal fin, el Tribunal Supremo declara que

“ya se ha visto cómo la sentencia recurrida y ahora casada en ningún momento niega autenticidad a la copia aportada por la recurrente del pliego de aceptación de la oferta de la Administración; es decir, no sostiene que se trate de una falsificación. Toda su argumentación se centra, más bien, en que la falta de firma vicia el acto, que, a su entender, debería considerarse jurídicamente inexistente o inválido. Así las cosas, el hecho de que el documento obrante en autos no es falso debe tenerse ahora por probado. El único problema es la calificación jurídica que debe recibir; pero ésta no es una cuestión de hecho, sino de interpretación jurídica.

Ya ha quedado explicado por qué la falta de firma de funcionario no es, por sí sola, un vicio invalidante del acto administrativo. De aquí sólo puede seguirse que el pliego de aceptación de la oferta de la Administración de 8 de agosto de 1995 constituye un convenio válido y eficaz a efectos del artículo 24 LEF, sin que haya razón alguna por la que la Administración no deba considerarse vinculada por el mismo. La jurisprudencia de esta Sala es clara en el sentido de que, una vez establecido el justiprecio por mutuo acuerdo entre la Administración expropiante y el expropiado, ambas partes quedan obligadas y concluye el procedimiento expropiatorio. A partir de ese momento, la Administración

sólo puede modificar el convenio de fijación del justiprecio mediante la correspondiente declaración de lesividad o, si hubiera una causa de nulidad de pleno derecho, mediante la revisión de oficio; pero de ninguna manera puede ignorar lo acordado ni, como ha ocurrido en el presente caso, iniciar de nuevo el procedimiento expropiatorio mediante una nueva descripción y numeración del terreno afectado por la expropiación”.

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Método de valoración de aprovechamientos mineros de la Sección A de la Ley de Minas

La STS de 24 de febrero de 2009, Ar. 1249, resuelve el recurso de casación deducido contra la sentencia de la Sala contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Galicia de 24 de febrero de 2005, que desestimó el recurso formulado contra el acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa de Pontevedra que fijaba el justiprecio de una finca sobre la que se explotaba una cantera perteneciente a la sección A de la Ley de Minas (rocas destinadas a la construcción de infraestructuras y recursos geológicos de escaso valor económico); que fue expropiada –al igual que el supuesto anteriormente comentado– para la ejecución de la autovía de las Rías Baixas.

Para la valoración de la cantera, el Jurado Provincial de Expropiación manejó los dos criterios que habitualmente utiliza la jurisprudencia para la valoración de los recursos geológicos de la Sección A: el 30% del valor bruto del resto del recurso minero, de un lado, y, de otro, la valoración de las diversas partidas de la Empresa que quedan en poder de la Administración o sin valor alguno, incluyendo el lucro cesante y daño. Las cantidades obtenidas por uno y otro método no divergían en el caso más del 3%, por lo que el Jurado decidió mediar entre ambas cifras y fijar un justiprecio equidistante de uno y otro valor. No conforme con ello, el expropiado formuló un recurso contencioso-administrativo en el que sostuvo que la industria extractiva que explotaba era singular y de difícil reubicación, porque habría que encontrar terrenos adecuados que no abundan y donde otras empresas estaban ya instaladas. Demandaba, en consecuencia, que se debió aplicar un criterio menos restrictivo que el 70% del recurso minero, como sería el 60 o 55%, que podrían encajar en la valoración dada por el perito.

La Sala del Tribunal Superior de Galicia que desestimó el recurso, consideró que el porcentaje del 30% del valor bruto del recurso minero respondía a la aplicación de un criterio jurisprudencial asentado, al igual que lo es el criterio de sustitución que aplicó el Jurado en segundo lugar, con los coeficientes de minusvaloración al estar el yacimiento en la mitad de su explotación y teniendo en cuenta la vida útil de enseres, maquinaria y demás elementos valorados. En este contexto se consideró lícita y no arbitraria la operación del Jurado que buscaba conciliar ambos criterios atendiendo a la escasa diferencia que la aplicación de uno y otro arroja.

El Tribunal Supremo avala la actuación del Jurado y de la Sala de instancia declarando no haber lugar al recurso de casación formulado. Para ello, recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de recursos mineros. En tal sentido, comienza señalando que el aprovechamiento de recursos del grupo A corresponderá al propietario del terreno salvo que el Estado, cumpliendo lo prevenido en los artículos 20 y 21 de la Ley de Minas, decida aprovechar por

VIII. Expropiación Forzosa

sí mismo dichos recursos, sin perjuicio –claro está– de sus facultades expropiatorias. De lo anterior resulta que el propietario de los terrenos tiene derecho a llevar a cabo la explotación, no una mera expectativa; derecho del que no puede ser privado si no es en el caso y con los requisitos de los artículos 20 y concordantes de la Ley de Minas. Para la determinación del justiprecio en estos casos,

“la Jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo unas valoraciones que oscilan entre el 30% y el 10% del valor potencial de los beneficios netos de la explotación, en función de las circunstancias del caso (por todas, Sentencia de 17 de junio de 1981), ello porque como acertadamente señala la Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1986 resulta erróneo sumar el valor del derecho a la explotación con el valor del suelo en su estado natural, pues el valor real resultaría distorsionado si se acumulan ambos valores, ya que la explotación simultánea en el tiempo de los aprovechamientos minero y agrícola es incompatible”.

De lo que se trata, por tanto, es de ajustar la valoración real del inmueble expropiado, atendiendo al valor del suelo rústico y al de la explotación de los recursos minerales, teniendo en cuenta la incompatibilidad de la explotación simultánea del aprovechamiento agrícola y del minero. Es en razón de tal planteamiento que la jurisprudencia señala el referido arco de porcentajes, entre el 10% y el 30%, sobre los beneficios netos de la explotación de recursos mineros del grupo A, según las circunstancias del caso y junto al valor del suelo en su estado natural. Así se refleja en la Sentencia de 20 de octubre de 1999, Ar. 9252, que reconoce el correspondiente porcentaje del beneficio de la explotación minera, que deberá sumarse a la cantidad ya reconocida como valor del suelo.

Distinto es el caso en el que, como el que aquí se examina, para la fijación del justiprecio de la finca expropiada no se atiende a la suma valor del inmueble en su naturaleza rústica y aprovechamiento agrícola y a la explotación de recursos minerales del grupo A de que es susceptible la finca y que corresponden al propietario, sino que se tiene en cuenta este último aprovechamiento en cuanto representa el valor del inmueble, atendiendo a la productividad o beneficio de la explotación de tales recursos mineros, que puede fijarse. Como señalara la STS de 12 de julio de 2001, Ar. 8008:

“el justiprecio ha de fijarse en estos casos atendiendo a un tanto por ciento del valor real de los materiales existentes al momento de la expropiación, conjugando los datos de potencial productividad, como la calidad del material, las características del terreno, costes empresariales, tiempo de explotación y previsiones de futuro”.

Aplicando dicho criterio en el caso de Autos, la Sentencia de 24 de febrero de 2009 dice que

“el Jurado atiende a la observación físicamente por los miembros del mismo del resto de materiales sin explotar y la facturación del último ejercicio, y sobre el valor de tal resto aplica un porcentaje del 30% según criterio de la Sala de instancia en Sentencia de 21 de noviembre de 2001, que fija el valor del bien en dicho porcentaje del valor bruto del resto del recurso minero. No se está, por lo tanto, ante la aplicación de un porcentaje sobre el rendimiento neto de la explotación, a que se refiere la jurisprudencia invocada, sino ante la determinación de ese rendimiento neto mediante un porcentaje sobre el valor bruto del

resto de los recursos minerales susceptibles de explotación, cuyo resultado se considera en su totalidad como cuantía del justiprecio, de manera que no es de aplicación al caso la jurisprudencia que se invoca como infringida, lo que determina la desestimación de tal alegación.

Ha de añadirse al respecto, que el hecho de que la determinación del justiprecio se efectúa atendiendo a la explotación minera de que es objeto el terreno y la incidencia en la misma de la expropiación, se refleja en la llevada a cabo por la Administración en la hoja de aprecio, que desglosa el valor de 5.000 pesetas por metro cuadrado en partidas como traslado y mudanza de maquinaria, instalaciones y materiales o cese de actividad, e igualmente en la propia hoja de aprecio del expropiado, en la que figuran como partidas: obra civil por nuevo emplazamiento, desmontaje y montaje de maquinaria, transporte de maquinaria, transporte de acopios, gastos generales beneficio industrial, gastos técnicos y administrativos, pérdidas comerciales; lo que se traslada al informe técnico aportado en el expediente, al margen de esa hoja de aprecio, en el que se valoran partidas semejantes. Por ello carece de fundamento la alegación relativa al incremento de la valoración efectuada por el perito con el valor del suelo que cifra en la cantidad de 38.834.250 pesetas señalada por la Administración en la hoja de aprecio, que no es una partida más del justiprecio sino la fijación del mismo en atención al aprovechamiento minero y no agrícola del terreno, con el mismo criterio que la propia parte expropiada en su hoja de aprecio, que tampoco incluye esa cantidad como concepto diferenciado.

Por otra parte, la Sala de instancia toma en consideración la valoración del Jurado según el criterio de sustitución, antes indicado, que fija definitivamente el Justiprecio según la media resultante de ambos criterios, por lo que se produce una ponderación de los mismos, que afecta al porcentaje aplicado en el primer caso que resulta corregido al alza, concluyendo el Tribunal *a quo* que la aplicación efectuada no resulta arbitraria ni aconseja otro menos restrictivo como se propone en la demanda, apreciación que ha de prevalecer en cuanto no se justifica por la parte que responda a una valoración arbitraria o irrazonable o contraria a las normas que disciplina la valoración de la prueba”.

B) El derecho de resarcimiento de los afectados por una expropiación declarada nula no puede extenderse a conceptos no solicitados en el proceso contra la decisión expropiatoria

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 19 de septiembre de 2005, Ar. 242932, estimó los recursos promovidos por varios afectados contra el Decreto 142/1993, de 30 de abril, de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias, que declaró la urgente la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa iniciada con motivo de la ampliación de la sede del Parlamento canario. Dicha expropiación contaba con una previa declaración de utilidad pública acordada *ad hoc* por la Ley canaria 2/1992, de 26 de junio.

La anulación del mencionado Decreto conllevó la de los actos realizados con su cobertura, declarando la sentencia el derecho de los propietarios a que se les restituyese en la posesión de

VIII. Expropiación Forzosa

los inmuebles y a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la nulidad decretada. Interpuesto recurso de casación por la Comunidad Autónoma de Canarias, la STS de 2 de marzo de 2009 (recurso 6452/2995), declara haber lugar al mismo, casando y anulando el fallo de instancia en lo relativo a una de las demandantes, arrendataria en el edificio expropiado para la ampliación del Parlamento, a la que también se le reconoce en esta sede el derecho a ser indemnizada por la Administración demandada de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de la expropiación anulada. La arrendataria en cuestión lo era de un local de negocio destinado a la venta y confección de ropa en el inmueble propiedad de quienes actuaron como demandantes en el proceso de instancia, que, por haber llegado a un acuerdo indemnizatorio con la Administración expropiante después del desistimiento parcial de ésta ya no se interesaron en la casación.

En el proceso de instancia se solicitó a la Sala que elevara una cuestión de inconstitucionalidad ante la citada Ley 2/1992, de 26 de junio, a lo que la Sala accedió por Auto de 30 de junio de 1997. La STC 48/2005, de 3 de marzo, que resuelve la cuestión, declara inconstitucional y nulo el artículo 1º de la mencionada Ley que declaraba la concreta necesidad de la ocupación de los indicados inmuebles, decisión que dejó sin cobertura al Decreto impugnado en los recursos contencioso-administrativos resueltos en la instancia, así como los actos adoptados en su ejecución. En esta causa de nulidad justifica su pronunciamiento la sentencia impugnada, que, además de anular dichas actuaciones, reconoció a los actores los derechos a ser restituidos en la posesión de los bienes y de los derechos expropiados, así como a la reparación de los daños y perjuicios que se les hubiesen causado.

Contra esta última decisión indemnizatoria (no contra la restitución) se alza la Comunidad Autónoma de Canarias en vía casacional, pues, aunque la Comunidad recurrente llegó a un acuerdo con los propietarios para pagarles una determinada cantidad en concepto de compensación sustitutoria por ser imposible la devolución del inmueble, y otra para resarcirles los daños y perjuicios ocasionados por la expropiación, mantiene su pretensión de casación únicamente en relación con la arrendataria.

En apoyo de esa pretensión esgrime una incongruencia *extra petita*, ya que la sentencia de instancia otorga a la arrendataria —en opinión de la Comunidad Autónoma recurrente— más de lo que pidió, saltándose los límites del debate procesal. A juicio del Tribunal Supremo.

“Existe incongruencia cuando se produce una inadecuación entre el fallo o parte dispositiva y el *petitum* o los términos en que las partes plantearon sus pretensiones (Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1987, FJ 3º, y 48/1989, FJ 7º). Ese desajuste puede serlo por exceso, ya por conceder más —incongruencia *ultra petitem*— ya algo distinto de lo pedido —incongruencia *extra petitem*—, modificando de forma sustancial el objeto del proceso, con la consiguiente sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes (Sentencia Constitucional 9/1998, FJ 2º). La desviación en que la incongruencia consiste se mide, en consecuencia, comparando el fallo y los términos en que las partes formularon sus peticiones, no concediendo otra cosa o más de lo pedido por el demandante, ni menos de lo admitido por el demandado”.

Pues bien, la sentencia impugnada reconoce a la arrendataria el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la operación expropiatoria que

declara nula, sin embargo dicha demandante no solicitó el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Se limitó a pedir, previo el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, la nulidad del Decreto autonómico 142/1993 y de los actos administrativos dictados a su amparo. Ni más ni menos. En estas circunstancias el Tribunal Supremo se ve abocado a reconocer que la Sala de instancia adoptó una decisión sobre algo que no había sido interesado y que, por ende, no fue objeto de debate, desconociendo el principio que obliga a los jueces a respetar los contornos que encierran el debate y que, por lo tanto, acotan su potestad jurisdiccional en un concreto litigio. Por consiguiente, estima el recurso de casación fundado en tal motivo y revoca la sentencia impugnada en cuanto reconoce a la arrendataria el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios ocasionados por la expropiación anulada.

C) Presupuestos de existencia y de valoración del derecho de ocupación privativa del dominio público

La STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 1570, resuelve el de casación interpuesto por una empresa de explotación de gasolineras contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2005, Ar. 221673. El asunto se refiere a la expropiación de una gasolinera que se hallaba en unos jardines municipales de dominio público.

El recurso viene motivado por que el acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Vizcaya no reconoció derecho a cantidad alguna por ciertos conceptos que recogía la hoja de aprecio de la expropiada, entre los que destacan el valor de la concesión administrativa de uso privativo del dominio público y el lucro cesante. La razón por la que no se tuvieron en cuenta esos conceptos para calcular el justiprecio fue que el Jurado consideró que no existía una concesión administrativa de uso privativo del dominio público, entendiéndolo por el contrario que la expropiada venía utilizando el suelo municipal en virtud de una mera autorización en precario. Al no considerar que la privación del título de utilización del suelo municipal debiera computarse a efectos del justiprecio, desaparecía la base para incluir en el justiprecio los otros conceptos recogidos en la hoja de aprecio de la expropiada.

Siguiendo el parecer del Jurado, la Sala de instancia rechaza que hubiera una concesión demanial; y ello a pesar de dar por probados los extremos siguientes: a) que en el plan de reforma interior que justifica la expropiación se incluye una autorización administrativa de aprovechamiento privativo de dominio público entre los derechos afectados; b) que el Ayuntamiento autorizó la construcción de la gasolinera en 1960, y desde 1963 se ha venido pagando un canon por la ocupación de la vía pública, y c) que en 1973 se inició un expediente de regularización tendente a fijar un plazo máximo de lo que se calificaba de situación de concesión administrativa, no llegándose a adoptar una resolución al respecto. De los autos resulta también que el derecho de uso privativo del dominio público había sido inscrito en el Registro de la Propiedad por el causante de la expropiada, existiendo una segunda inscripción a favor de ésta en el momento de iniciación del expediente expropiatorio. Pues bien, aun admitiendo todos estos datos, el Tribunal *a quo* afirma que no hay una concesión administrativa de uso privativo del dominio público, porque no ha quedado acreditado que aquella fuera otorgada en virtud de una licitación y con establecimiento de un plazo de duración; y así, haciendo sustancialmente suya la argumentación del acuerdo del Jurado, concluye que debe calificarse como una simple autorización en precario que no debe ser tenida en cuenta para la fijación del justiprecio.

VIII. Expropiación Forzosa

Frente a este estricto planteamiento, el Tribunal Supremo estima que la expropiada era titular de una concesión demanial de uso privativo del dominio público cuya extinción por vía expropiatoria ha de indemnizarse, pues

“Durante muchos años, la expropiada ocupó el suelo público del mismo modo externo en que lo hace cualquier concesionario de uso privativo del dominio público; pagó anualmente el canon municipal correspondiente a la ocupación de la vía pública; e incluso tenía su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que es algo propio de las concesiones administrativas con posible eficacia real. Todo presentaba la apariencia de una concesión administrativa de uso privativo del dominio público, por lo que no cabe afirmar su simple inexistencia.”

Problema diferente es que esa situación, que a juicio del Tribunal Supremo presentaba todas las características externas propias de una concesión de uso privativo del dominio público, pudiera ser tachada de ilegal, por no haber surgido en virtud de licitación y con fijación de plazo máximo. No obstante, el Tribunal Supremo advierte que el procedimiento de fijación del justiprecio no es la vía adecuada para depurar la ilegalidad de esa situación, ni tampoco lo es el proceso contencioso-administrativo revisor del justiprecio fijado por el Jurado. Si la Administración consideraba que el otorgamiento del derecho de ocupación del suelo público había vulnerado la legalidad, debió acudir al correspondiente procedimiento de revisión en vía administrativa de los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992. Lo que no cabe es aprovechar un procedimiento expropiatorio como medio atípico de revisión de un acto administrativo. En palabras de la sentencia comentada,

“cuando la Administración ha dado por buena una determinada situación durante un largo período, no puede pretender ignorarla, so pretexto de que es ilegal, a la hora de fijar el justiprecio por su privación para la consecución de un fin de interés público —la ejecución de un plan de reforma interior— que nada tiene que ver con la legalidad o ilegalidad de dicha situación. En resumen, tal vez el derecho de ocupación del suelo público fue otorgado de manera no ajustada a derecho; pero es lo cierto que ese derecho no había sido puesto en cuestión, por las vías adecuadas para ello, antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio, por lo que es preciso incluirlo entre los bienes y derechos expropiados y, por consiguiente, incluir su valor en el justiprecio”.

Lo que hace de este modo el Tribunal Supremo es reconocer que el hecho de que un acto administrativo esté aquejado de ilegalidad no deja de producir efectos ni lo transforma en un acto administrativo distinto del que realmente es. Atinadamente recuerda la sentencia la previsión del artículo 65 de la Ley 30/1992 (“los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste”) para concluir que ni el Jurado ni el Tribunal *a quo* han justificado que concurren los elementos constitutivos de una autorización en precario, pues

“no es realista hablar de precariedad para describir una situación de tan larga duración, con edificación e instalaciones permanentes, y con pago anual de un canon: en estas circunstancias, no puede decirse que la Administración se limitó a tolerar una ocupación de la vía pública, sino que la expropiada tenía un derecho a hacerlo”.

Llegados a este punto, y a mayor abundamiento, la sentencia llama la atención sobre cómo la legislación española ha venido calificando el otorgamiento del derecho de uso privativo del dominio público como “concesión” (artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). Notando que, más allá del *nomen iuris*, hay diferencias entre la concesión de bienes de dominio público para su explotación económica –por ejemplo, una concesión minera– y la concesión de bienes de dominio público para su mera ocupación. En estos últimos supuestos,

“no hay atribución al particular del derecho de aprovechamiento de una fuente de riqueza de titularidad pública, sino sólo el derecho a ocupar establemente una porción de suelo público. Ello explica que a menudo no se use la palabra ‘concesión’ para designar situaciones de esa índole; pero, sean o no concesiones en sentido estricto, es indiscutible que en esas situaciones hay un derecho del particular, que no puede ser ignorado. El artículo 1 LEF, como es bien sabido, define la expropiación forzosa como privación singular de la propiedad privada ‘o de derecho o intereses patrimoniales legítimos’; y en el presente caso, cualquiera que fuera la calificación correcta de la situación de ocupación del suelo público por la expropiada, es innegable que había un interés patrimonial legítimo, cuya legalidad no había sido nunca puesta en tela de juicio por la Administración antes de la iniciación del procedimiento expropiatorio”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. Hepatitis C. Falta de acreditación de una desviación respecto de la *lex artis*, y, por ende, de la existencia de nexo causal. 3. Daño indemnizable. Daño moral por defectos en la ordenación de planes de estudios. Responsabilidad solidaria de la Administración autonómica y de la estatal. 4. Responsabilidad del legislador. Auditores de Cuentas y Censores Jurados afectados por el artículo 28.2 de la Ley Concursal de 2003. 5. Responsabilidad del poder judicial. Funcionamiento anormal consistente en una falta de notificación debida de las actuaciones judiciales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta presentación preliminar siempre hay oportunidad de destacar matices novedosos que los Tribunales van añadiendo al ya riquísimo acervo teórico y conceptual de la institución de la responsabilidad. Tampoco habría razón para no hacer lo mismo esta vez respecto al grupo de Sentencias que se comentan en este número de la Revista, pero en esta ocasión es obligado concentrar la atención en la muy importante Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008, no sólo por la solución que aplica al concreto asunto controvertido, sino porque viene a describir y compendiar toda la evolución jurisprudencial sobre tema tan relevante como el de la responsabilidad del legislador, a propósito de la incidencia que ha tenido la Ley Concursal de 2003 sobre los Auditores de Cuentas y Censores Jurados. La sentencia perfila las sutiles fronteras entre lo que son lesiones a derechos y cargas generales que han de ser soportadas por sus destinatarios, sin derecho a indemnización; así como el propio concepto de confianza legítima frustrada generadora de indemnización, a diferencia de las meras expectativas.

Ya en un segundo plano cabe destacar la Sentencia del TS de 21 de enero de 2009 por la particularidad de que trata de un supuesto de responsabilidad concurrente en el que declara la responsabilidad solidaria de dos Administraciones (estatal y autonómica), cuando la práctica corriente en estos casos es declarar responsable exclusivamente a la Administración que participa con mayor protagonismo en la relación de causalidad. En este mismo asunto es destacable cómo a través del reconocimiento de un daño moral, queda de algún modo compensada la frustración de una persona por una situación irregular generada por la Administración.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. HEPATITIS C. FALTA DE ACREDITACIÓN DE UNA DESVIACIÓN RESPECTO DE LA LEX ARTIS, Y, POR ENDE, DE LA EXISTENCIA DE NEXO CAUSAL

La STS de 9 de diciembre de 2008, Ar. 2009/67, analiza un caso de supuesto contagio de la hepatitis C por una transfusión sanguínea realizada en un centro sanitario público con ocasión de una operación de trasplante de médula a una persona enferma de leucemia. La Administración alegaba que el estudio de la sangre de los donantes había resultado negativo y que la intervención era necesaria, de lo que derivaba la falta de nexo causal. La Sala de instancia acogió esta argumentación y el Tribunal Supremo la reitera, apelando una vez más a la *lex artis* como criterio decisor:

“(...) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia (...) sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o daño producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (...)”

“Debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”.

El reclamante invocaba también la aplicación del artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que declara la responsabilidad objetiva por “daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios cuando, por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”. El Tribunal Supremo descarta esta alegación, estimando que la parte se limita a su invocación sin precisar su aplicación a las circunstancias del caso ni indicar en modo alguno y menos aún acreditar la inobservancia de los niveles de garantía y control establecidos en la ley respecto de la prestación de los servicios sanitarios objeto del proceso.

3. DAÑO INDEMNIZABLE. DAÑO MORAL POR DEFECTOS EN LA ORDENACIÓN DE PLANES DE ESTUDIOS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA Y DE LA ESTATAL

La STS de 21 de enero de 2009, Ar. 772, tiene un presupuesto un tanto complejo, del que es necesario dar cuenta para poder comprender cabalmente el pronunciamiento judicial. Por Decreto 2127/1963, de 24 de julio, se reglamentaron los estudios de las Escuelas de Artes Aplicadas y Oficios Artísticos, diferenciando a tal fin cuatro Secciones con sus correspondientes especialidades. La Sección Cuarta se denominó de Talleres de Artes Aplicadas y Oficios Artísticos y en ella no se incluyó una especialidad que se denominara Restauración. Pese a ello, la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, por Orden de 7 de mayo de 1986, estableció dentro de esa Sección y para una Escuela determinada la especialidad de Restauración. Especialidad cuyos estudios se impartieron desde el curso 1986/1987 al curso 1993/1994 y que luego fue omitida, aunque no expresamente suprimida, en la Orden de dicha Consejería de 16 de marzo de 1994 por la que se establecieron las especialidades autorizadas en las Escuelas de Artes Aplicadas y Oficios Artísticos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El reclamante cursó los estudios de esa especialidad en la mencionada Escuela; los finalizó en el curso académico 1987/1988; y solicitó la expedición del título en la Secretaría de dicha Escuela el 12 de febrero de 1990. En la tramitación de los títulos para los alumnos que superaron aquellos estudios, y dado que la especialidad así establecida carecía de un código asignado a la titulación correspondiente, aquella Consejería asignó uno (el 1402) que correspondía a estudios distintos y de diferente nivel académico (regulados por la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 15 de marzo de 1969, propios de los de “Restaurador de Arqueología”, cuyo título se equiparó por el Real Decreto 440/1994, de 11 de marzo, al de Conservación y Restauración de Bienes Culturales, con equivalencia de Diplomatura Universitaria). Por esa errónea asignación del código a los estudios realizados en aquella Escuela se expidieron y entregaron algunos títulos; otros no fueron tramitados, bien por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, bien por el Ministerio, que consciente de la situación planteada no expidió los títulos por no corresponder con el código asignado; y otros, finalmente, fueron tramitados y expedidos por el Ministerio, pero no fueron entregados a sus titulares. Ambas Administraciones ya tenían conocimiento del problema, al menos desde 1993 en que fue puesto de manifiesto por un informe de la Inspección de la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería de Educación, de 24 de mayo de ese año, y de hecho el Ministerio de Educación paralizó la expedición de los títulos y la Orden subsiguiente de la Junta de Andalucía de 16 de marzo de 1994 omitió ya dicha especialidad, sin que hasta la fecha de interposición del recurso judicial se hubieran adoptado medidas concretas para solucionarlo. El recurrente realizó las gestiones iniciales para la obtención del título, como el pago de las tasas académicas en 1990, pero hasta el 23 de mayo de 2002 no interesó la entrega del título.

El tribunal de instancia denegó la pretensión principal, consistente en que se declarara el derecho del actor a la expedición del título de Restaurador, esto es, del título acreditativo de haber superado todas las materias de estudio establecidas en la Orden de 15 de marzo de 1969. Lo hizo así al estimar que el título al que tenía derecho no podía ser uno que correspondía a estudios distintos de los cursados, tanto por los requisitos para acceder a ellos, como por su nivel académico, como por su contenido; y porque aunque aquel título se entregara a algunos alumnos que cursaron los mismos estudios que el actor, el principio de igualdad sólo puede invocarse dentro de la legalidad. Estimó una de las pretensiones deducidas con

carácter subsidiario, reconociendo el derecho del actor a que se le expidiera y entregara el título que correspondiese a los estudios que cursó, que en ese momento estaban establecidos mediante una disposición que no había sido dejada sin efecto por alguna de las vías previstas legalmente. Y denegó finalmente la pretensión de indemnización de daños y perjuicios. De un lado, porque “no puede admitirse como término de comparación la situación de aquellos a quienes les fue expedido y entregado un título que no les correspondía”, de suerte que “el perjuicio sufrido por el recurrente no puede derivar de la falta de posesión de un título al que legalmente no tiene derecho, ni cabe hablar de perjuicios por no haber obtenido los ingresos que otros poseedores de ese título, legítimos o no, puedan haber obtenido”. Y, de otro, porque durante el largo período de inactividad del actor, esto es, desde el año 1990 en que realizó las gestiones iniciales para la obtención del título hasta 2002 en que interesó la entrega de éste, no existía “constancia alguna de que tal carencia le haya causado concretos perjuicios laborales o de otro tipo”.

Esa denegación de la pretensión indemnizatoria es el único pronunciamiento que fue combatido en casación. El Tribunal Supremo no considera acreditados los perjuicios patrimoniales derivados de la carencia del título, pero sí reconoce la existencia de daño moral. El razonamiento es el siguiente:

“El concepto de ‘daño moral’ (borroso, relativo e impreciso, como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo de fecha 27 de julio de 2006) alude al que es causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral (misma sentencia). De éste, susceptible de subdividirse en tantas subcategorías como bienes y derechos lo integran, forma parte, como valor que sustenta y fundamenta todos los demás, el de la dignidad de la persona, mencionado en primer término en el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Para ésta, la dignidad es un atributo de la persona, un valor, un bien jurídico, un derecho inherente a ella del que es titular siempre y en todo caso por el solo hecho de serlo, de ser persona. Tal valor, como recordó pronto la doctrina del Tribunal Constitucional (STC número 53/1985, en su FJ 8º), se halla íntimamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad; la dignidad, dijo entonces dicho Tribunal, ‘es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida’.

El ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se traduce, se manifiesta en decisiones diversas de muy variado contenido y tipología que la persona adopta o puede adoptar a lo largo de su existencia. Entre ellas, anudándolas el mismo texto constitucional, en su artículo 27.2, al pleno desarrollo de la personalidad, y con indudable trascendencia vital, las decisiones referidas a la propia formación personal como medio e instrumento para encauzar la futura actividad laboral, con las consecuentes satisfacciones de todo tipo, no sólo económicas sino también espirituales, que la persona espera de ella.

Por ello, cuando la Administración ‘llama’ o abre el abanico de esas posibles opciones a través del establecimiento y reglamentación de concretos estudios cuya superación acreditará la posesión de los conocimientos propios de una determinada especialidad profesional, no puede después, sin lesionar el lícito ejercicio de aquel derecho, ‘olvidarse’ de quienes

IX. Responsabilidad Administrativa

acudieron a aquella llamada y superaron esos estudios, manteniéndoles sin entrega del título profesional que les corresponda más allá del tiempo razonable necesario para remediar cualquier anomalía luego detectada en aquella reglamentación. Esto es, cabalmente, lo acontecido en el ‘supuesto de hecho’ que quedó descrito en el primero de los fundamentos de derecho de esta sentencia. Hay en él una obvia frustración, no necesitada como tal de prueba alguna, cual es la propia de quien esforzándose en superar unos determinados estudios ve después la inutilidad del esfuerzo. Acompañada de una sensación no menos obvia de desamparo, de ausencia del amparo debido, prometido o esperado a partir del solo establecimiento y reglamentación de los estudios, pues la inutilidad del esfuerzo, o su inutilidad durante el largo período de tiempo transcurrido desde el año 1990, no surge por cualquier causa o circunstancia, o no por una que el interesado esté obligado a soportar, sino por la incomprensible pasividad de la Administración en remediar una anómala situación sólo creada por ella.”

Considera que el daño antijurídico es imputable tanto a la Administración autonómica como a la estatal, responsables solidarias:

“(…) pues si la situación anómala que padece el actor arranca de una decisión de la Administración Autonómica estableciendo aquella especialidad en aquella Escuela, su mantenimiento a partir del año 1993 en que se detectó ha de anudarse a la falta de ejercicio por la Administración del Estado de las competencias que como exclusivas le atribuye el artículo 149.1.30ª de la Constitución. A partir de ahí y por no ser posible hacer la determinación a que se refiere el artículo 140.2 de la Ley 30/1992, hemos de afirmar, aplicando este precepto, que la responsabilidad de aquellas dos Administraciones es solidaria”.

Fija una indemnización de doce mil euros.

4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. AUDITORES DE CUENTAS Y CENSORES JURADOS AFECTADOS POR EL ARTÍCULO 28.2 DE LA LEY CONCURSAL DE 2003

La STS de 16 de diciembre de 2008, Ar. 2009/90, analiza un supuesto nuevo de reclamación de responsabilidad del legislador por daños derivados de la aplicación de leyes constitucionales, el de los perjuicios sufridos por la profesión de Auditores de Cuentas y Censores Jurados debidos a la entrada en vigor del artículo 28.2 de la Ley Concursal de 2003. Dicho precepto dispone lo siguiente:

“En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anterio-

res, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.”

La sentencia plantea diferentes puntos de interés:

– En lo que hace al *dies a quo* para presentar la reclamación por daños derivados de leyes, se plantea si el plazo comienza a computar desde la fecha de promulgación de la Ley o desde su entrada en vigor. El abogado del Estado alegaba que desde su aprobación el demandante tenía todos los elementos de juicio para ponderar el efecto que la misma tendría en su situación jurídica. Acudiendo al principio de *actio nata* , rebate esta argumentación del siguiente modo:

“Y es el caso que imputándose la producción de los perjuicios, cuya reparación se pretende, a los efectos que sobre la situación jurídica de la interesada produce la aplicación de una concreta Ley, es la entrada en vigor de la misma, que determina su efectividad y aplicabilidad y consiguiente incidencia en la situación jurídica de la interesada, la causa de tales perjuicios, que mientras tanto no tienen realidad alguna, en cuanto la publicación de la Ley no supone su entrada en vigor y queda sujeta a un período de *vacatio legis* en general (artículo 2 del Código Civil) y con más razón cuando dicho período tiene una amplia duración, como es el caso en el que se establece el plazo superior a un año, fijando la fecha del 1 de septiembre de 2004, que evidencia la necesidad de las adaptaciones precisas para la puesta en funcionamiento del nuevo régimen establecido en la Ley Concursal. En definitiva, si el perjuicio no se produce mientras no entra en vigor y se aplica la Ley en cuestión y, por lo tanto, no puede ejercitarse la correspondiente acción de resarcimiento, tampoco puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de tal acción.”

– Ya sobre el fondo, lleva a cabo una exposición de su doctrina sobre responsabilidad del legislador que por su importancia merece la pena reproducir en su literalidad, ya que supone un auténtico recorrido por su construcción pretoriana, que enfatiza en realidad el enfoque restrictivo de la posibilidad de reconocimiento de indemnización por leyes constitucionales:

“En primer lugar y en relación con las apreciaciones de la parte, conviene precisar que la jurisprudencia desde el principio (SS de 30 de noviembre de 1992, 12 de julio de 2001, 5 de febrero de 1996) puso de manifiesto que el marco de la responsabilidad patrimonial, y concretamente la responsabilidad por acto legislativo, exige una configuración legal, de la que carecía esta última, poniendo de manifiesto la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones.

No obstante esa falta de desarrollo normativo, que persistió hasta la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no impidió la formulación de numerosas reclamaciones y la adopción de las correspondientes decisiones por este Tribunal, conformando una jurisprudencia que salvo algunos casos aislados previos (Sentencias de 22 de mayo de 1970, 1 de febrero y 12 de noviembre de 1971, 30 de septiembre de 1972 y 29 de enero de 1974, relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras

IX. Responsabilidad Administrativa

de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966), adquiere relevancia tras la Constitución de 1978, inicialmente con ocasión de la modificación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, Ley 30/1984, de 2 de agosto, y de los Jueces y Magistrados, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dio lugar al planteamiento de diversos recursos de inconstitucionalidad, resueltos por Sentencias del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio y 70/1988, de 19 de abril, en las que se rechazan las infracciones de los artículos 9.3, 33.3 y 35 de la Constitución que se invocaban, en razón de la situación estatutaria a la que están sujetos los recurrentes, que no son titulares de un derecho subjetivo a ser jubilados a la edad establecida en el momento de su acceso a la función. Sin embargo, al examinar la Disposición Transitoria Vigésima Octava.1ª de la LOPJ, que establecía un sistema escalonado de aplicación de la edad de jubilación, señala que 'su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso'.

Ante este planteamiento del Tribunal Constitucional, los interesados advirtieron la posibilidad de indemnización aun en el supuesto de constitucionalidad de la norma, formulando las correspondientes reclamaciones ante el Consejo de Ministros, que fueron desestimadas, acudiendo de nuevo ante este Tribunal Supremo, que resolvió sobre el fondo de la cuestión por primera vez en la citada Sentencia del Pleno de 30 de noviembre de 1992, que entre otros pronunciamientos y por lo que aquí interesa, termina desestimando las reclamaciones al entender que no se había producido la privación de bienes o derechos, categoría jurídica de la que carecen las expectativas de derechos, además de que, admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas que pretendan adaptar la legislación anterior. Criterios que se mantuvieron en numerosas sentencias (1 y 2 de diciembre de 1992, distintas fechas de enero de 1993, 30 de enero de 2001, 1 de julio de 2003, entre otras), que desde esa fecha venían a resolver cuestiones semejantes.

En la evolución jurisprudencial concretas Sentencias como las de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994 estimaron pretensiones de indemnización, en razón de los daños derivados del cambio radical introducido por el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, al disponer la eliminación, a lo largo de un período de siete años, del sistema de cupos de pesca exentos de arancel, considerando tal eliminación 'incluso, y más propiamente como consecuencia de las determinaciones del Poder Legislativo', si bien se parte de 'la existencia de verdaderos derechos adquiridos para obtener los beneficios que elimina'; y en el mismo sentido estimatorio destaca la Sentencia de 17 de febrero de 1998, en cuyo recurso se discutían los perjuicios padecidos, según los recurrentes imputados a un acto de carácter legislativo, concretamente a la Ley del Parlamento de las Islas Baleares de 31 mayo 1984, de Declaración de Es Trenc-Salobrar de Campos como área natural de especial interés (dictada en aplicación de la anterior Ley de Ordenación y Protección de Áreas Naturales de Interés Especial, de 14 de marzo de 1984), consistentes

en que, al establecer un régimen especial de protección de los terrenos en que se había proyectado e iniciado la urbanización, la ley privó a éstos del contenido económico de los derechos pertenecientes a las sociedades recurrentes de urbanización y edificación de los mismos, aunque la indemnización se limitó a los gastos realizados por las sociedades en consideración directa a la actividad empresarial urbanizadora, habida cuenta de que se desarrollaron ante la confianza legítima suscitada por la aprobación de los correspondientes planes parciales.

Pero abundaron las sentencias en sentido desestimatorio, que resolvieron otras reclamaciones como las formuladas por Agentes de Cambio y Bolsa, derivadas de la entrada en vigor de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que suponía la desaparición de dicho Cuerpo, al entender que no se dan las circunstancias que determinan la concurrencia de un sacrificio particular de derechos o intereses legítimos suficiente para dar lugar a la exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de acto legislativo. Por el contrario constituyen genéricas disposiciones de rango legal, que imponen limitaciones que se proyectan sobre el conjunto de los ciudadanos, aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran, y que los afectados tienen la carga de soportar. En el mismo sentido las formuladas por Agentes de Aduanas, afectados por la entrada en vigor del Acta Única Europea. En tales sentencias (v. gr., 18 de septiembre de 1997, 13 de julio de 1999) se recogía la doctrina de la Sala al respecto. Como sintéticamente señala la citada sentencia de 18 de septiembre de 1997, 'bajo el régimen anterior a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños y perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes cuando existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable',

Introducida la regulación positiva en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, según el cual: 'las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos', en las sentencias de esta Sala se mantiene que tal regulación no es contraria a las conclusiones y criterios marcados por la jurisprudencia, si bien hay que determinar el alcance del nuevo requisito establecido, en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su contenido arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión (SS de 18 de septiembre de 1997, 17 de febrero de 1998, 18 de mayo de 2000).

Efectivamente del citado artículo 139.3 se deduce que el presupuesto sobre el que descansa el derecho a la indemnización por la aplicación de actos legislativos es la existencia de una lesión antijurídica, es decir, que los particulares 'no tengan el deber jurídico de soportar', según expresión del precepto, concepto jurídico ya examinado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, plasmado en el artículo 141.1 de la

IX. Responsabilidad Administrativa

Ley 30/1992, que ha de integrarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes y que supone que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación, en cuanto el ordenamiento jurídico no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica.

En tal sentido, Sentencias como la de 11 de junio de 1993, que cita las de 11 de abril y 18 de diciembre de 1986, señalan que existe ese deber jurídico de soportar el daño 'cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin derecho a indemnización'. Más concretamente, la Sentencia de 27 de junio de 1997 establece que 'ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en Sentencias núms. 37/1987, de 26 de marzo, 65/1987, de 21 de mayo, 127/1987, de 16 de julio, 170/1989, de 19 de octubre, y 41 y 42/1990, de 5 de marzo, tiene declarado, en síntesis, que no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o configuración de un régimen jurídico anterior o se reestructuran sus sistemas de gestión.'

En tal sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, que resuelve recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, señala que 'el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria', añadiendo que las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior, 'aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general'. En el mismo sentido expresa la STC 112/2006, de 5 de abril, reflejándose en la ya citada Sentencia de 18 de septiembre de 1997, al indicar que el sacrificio singular no puede identificarse con las limitaciones que la Ley proyecta sobre el conjunto de los ciudadanos, 'aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran'. Es congruente con todo ello la Sentencia de 11 de junio de 2001, que refiriéndose a la jurisprudencia de esta Sala, señala el carácter restrictivo con que se aprecia la responsabilidad patrimonial en estos casos, concluyendo que 'en términos generales

excluye el derecho a indemnización y da prevalencia a 'la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley'."

La aplicación de estos principios generales al caso concreto lleva a la desestimación de la pretensión. La síntesis de la *ratio decidendi* la encontramos en el siguiente párrafo:

"Se trata por lo tanto de medidas legislativas, justificadas en el ámbito procesal en el que se producen, que se imponen con carácter general y por igual a todos en cuanto eventuales interesados o intervinientes en el proceso, proyectándose sobre el conjunto de los ciudadanos, aun cuando puedan afectar desigualmente a determinados grupos, y cuyas consecuencias los afectados tienen la obligación de soportar, respondiendo al ámbito de libertad de configuración normativa que corresponde al legislador y constituyendo una regulación general sobre la intervención de tales profesionales en el proceso, que no les priva de su participación y sin que el régimen de intervención, del que forman parte las limitaciones a que se refiere la recurrente, constituya un sacrificio particular de derechos o intereses legítimos que no deba de soportar y que, por lo tanto, sean susceptibles de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial por acto legislativo, que no puede sustentarse en la invocación del principio de confianza legítima, el cual no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, y cuya virtualidad se viene restringiendo, incluso, en el ámbito del Derecho comunitario al que se acude para determinar su alcance, señalando el propio Tribunal de Justicia que la invocación de dicho principio no puede impedir las nuevas regulaciones hacia el futuro o servir de medio para mantener una determinada situación beneficiosa. En tal sentido establece en reiteradas sentencias, como las de 15 de julio de 2004, C-459/2002 y 18 de mayo de 2000, C-107/97, que 'según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el respeto de la confianza legítima sólo puede ser invocado contra una normativa comunitaria en la medida en que la propia Comunidad haya creado previamente una situación que pueda generar una confianza legítima (véase, por ejemplo, la Sentencia de 15 de abril de 1997, Eusebio y otros, C-22/94, Rec. p. I-1809, apartado 19)'. Por tanto no encuentra fundamento en dicho principio la alegación de la parte de privación de derechos consolidados de futuro, a cuya reparación responde la indemnización que solicita, que parte del mantenimiento de una normativa cuya necesidad de modificación representaba un interés general y era ampliamente conocida, más aun por quien como la recurrente y según sus propias manifestaciones participaba habitualmente en su aplicación, no pudiéndose invocar una actuación administrativa previa que justificara el mantenimiento de dicha situación y la adopción de personales decisiones económicas con fundamento en la pervivencia de un régimen jurídico procesal notoriamente obsoleto, más aun teniendo en cuenta que, como se ha señalado antes, la intervención en el proceso de la interesada no es consecuencia del derecho al libre ejercicio de su profesión sino de la concurrencia de las circunstancias exigidas y nombramiento por el Juez en cada proceso, sin que pueda invocarse un derecho preestablecido a la designación de una concreta persona y menos aún al mantenimiento de una determinada situación o volumen de designaciones, como derecho consolidado y de futuro, que es lo que en definitiva se viene a sostener por la

IX. Responsabilidad Administrativa

recurrente como fundamento de su pretensión indemnizatoria, situación que el legislador no considera la más conveniente para un desarrollo adecuado y objetivo de la función procesal. Finalmente, la recurrente plantea su derecho a la pretendida reparación como si para ella subsistiera no sólo la normativa anterior sino la situación derivada de su aplicación, al solicitar indemnización por la cuantía que seguiría obteniendo como rendimientos hasta su edad de jubilación –lo que evidentemente es una mera eventualidad– y no la reparación de los posibles gastos fundados en la confianza de la vigencia del régimen anterior, como sería lo propio, lo que equivale a sostener la exclusión efectiva de la aplicación de la nueva normativa, a la que está sujeta la recurrente como los demás ciudadanos por mandato constitucional (artículo 9.1 CE).”

5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL.

FUNCIONAMIENTO ANORMAL CONSISTENTE EN UNA FALTA DE NOTIFICACIÓN DEBIDA DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

La STS de 16 de septiembre de 2008, Ar. 2009/88, analiza una reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Los hechos derivan del accidente de circulación de un ciudadano británico al volante de un coche de alquiler. La empresa intentó el cobro por vía judicial, y se le notificó la demanda no a su domicilio de residencia sino al domicilio de su casa de vacaciones en España. Al no hallarse en ella, se procedió a la notificación por vía edictal y publicación en boletín oficial, que culminaron con la subasta de dicha vivienda de vacaciones. El afectado solicitó indemnización alegando que la realización por vía edictal de todas las comunicaciones del proceso le habían impedido tener conocimiento del mismo, por lo que había sido privado de la posibilidad de defenderse. Frente a la negativa en vía administrativa y en vía judicial de su pretensión, el Tribunal Supremo sí declara la existencia de responsabilidad.

Parte de la jurisprudencia constitucional conforme a la cual la comunicación de actos judiciales mediante edictos sólo es ajustada a las exigencias del artículo 24 CE cuando es absolutamente imposible la comunicación personal al interesado. Ello significa que es imprescindible agotar antes cualquier posibilidad existente de hacer la comunicación personalmente, produciéndose, de lo contrario, indefensión al interesado. En este caso, la indefensión se produjo ya que en el propio contrato de alquiler del automóvil siniestrado figuraba el domicilio de la residencia habitual de su conductor en Reino Unido, pero no se hizo ningún intento de notificación al mismo, sino que se prefirió notificar a la vivienda de vacaciones en España. Considera, contra lo apuntado por el tribunal de instancia, que no se trata de un supuesto de error judicial, sino de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Además, apunta que los actos de comunicación son imputables al Secretario, por lo que –al menos, en ausencia de una intervención significativa del Juez o Tribunal– los daños que de ellos puedan derivar deberán ser reclamados por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

EMILIO GUICHOT REINA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Nota preliminar. 2. Bases del régimen estatutario de la función pública. Los preceptos básicos de carácter transitorio tienen una duración temporal que acaba cuando las Comunidades Autónomas hacen uso de sus competencias. 3. Clases de empleados públicos. Funcionarios de interinos. No es discriminatoria la aplicación de regímenes distintos a funcionarios de carrera y funcionarios interinos, pues la diferencia puede estar fundada en la distinta naturaleza del vínculo de cada uno de ellos con la Administración Pública. 4. Acceso. A) Procede admitir en vía de recurso administrativo el justificante de exención de la prueba de gallego que no se acompañó a la solicitud de participación en el proceso selectivo. B) No procede invocar el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, para dejar de aportar documentos exigidos en las bases de la convocatoria de un proceso selectivo. C) Los órganos de selección deben motivar la falta de aptitud física para el acceso al empleo público, concretando la patología que padece el aspirante y la limitación o incapacidad que aquélla supone para el ejercicio de la función pública. D) La coincidencia en el tiempo de cursos selectivos o períodos de prácticas pertenecientes a distintos procesos selectivos no es causa de fuerza mayor que deba estimarse para permitir que el interesado pueda realizar con posterioridad uno de esos cursos. 5. Carrera administrativa. A) Se anula un precepto del Reglamento de Ingreso y Provisión de Puestos en la Función Pública de Castilla y León por vulnerar una disposición de la Ley 30/1984. B) No existe un derecho adquirido a que se aplique un régimen de ascensos vigente en el momento del nombramiento, pero ya derogado cuando se pretende dicho ascenso. C) Provisión de puestos de trabajo. a) La fijación de la libre designación como forma de provisión de determinados puestos de trabajo exige razonar suficientemente el carácter directivo o la especial responsabilidad de las funciones propias de éstos. b) La falta de motivación adecuada del recurso a las modalidades excepcionales (libre designación y concurso específico) de provisión de los puestos de trabajo determina la nulidad de tales previsiones de las Relaciones de Puestos de Trabajo. 6. Derechos fundamentales. A) Derecho a la

intimidad. a) Resulta vulnerado cuando se incorporan informes médicos privados al expediente de jubilación por incapacidad del funcionario. B) Derecho al honor. a) No se atenta contra él cuando en el seno de una petición deducida por el funcionario salen a relucir datos personales que son imprescindibles para adoptar una decisión. C) Derecho de huelga. a) Es vulnerado por la imposición de una sanción al funcionario que ejerce una huelga ilegal cuando la Administración no ha especificado con certeza los motivos de dicha ilegalidad. D) Derecho a la igualdad de los funcionarios transferidos. a) Resulta desconocido por el establecimiento de un período transitorio para la equiparación de las retribuciones de funcionarios transferidos y autonómicos. **7. Derechos de naturaleza colectiva. Derecho a la negociación colectiva.** A) El contenido de las relaciones de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación por afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios.

8. Derechos de naturaleza económica. A) Cuestiones generales. Es inconstitucional la norma autonómica que supedita la aplicabilidad de una norma básica estatal al cumplimiento de alguna condición. B) Derecho de transferencia del equivalente actuarial de derechos pasivos. a) Los funcionarios que pasan al servicio de la Unión Europea no tienen derecho a indemnización por el retraso en la aprobación de las normas internas necesarias para su ejercicio. C) Complemento de productividad. a) La competencia para la fijación de los criterios para su distribución entre los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social corresponde al Ministro. **9. Derechos laborales.** A) Derecho al cargo. a) El funcionario transferido tiene derecho al mantenimiento de su situación estatutaria, pero no a un puesto de trabajo concreto en una localidad determinada. B) Derecho a la reducción de la jornada de trabajo. a) La correlación entre las jornadas de los funcionarios de la Administración del Estado y de las Corporaciones Locales exige que la aplicación de jornadas especiales reducidas se haga en las mismas condiciones para unos y otros. **10. Situaciones administrativas.** A) Es conforme a Derecho que una convocatoria de concurso para la provisión de puestos no compute los servicios especiales como desempeño efectivo. B) La regulación de la excedencia voluntaria fruto de la modificación introducida por el RD 255/2006 no altera el régimen de garantías de los funcionarios de Correos y Telégrafos, SA, ni vulnera, por tanto, la ley. **11. Extinción de la relación funcional.** A) El cese inmediato y simultáneo en el tiempo al nombramiento realizado en ejecución de sentencia implica un incumplimiento de la obligación de su ejecución y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

X. Función Pública

1. NOTA PRELIMINAR

Esta crónica recoge un numeroso conjunto de sentencias relativas a diversos aspectos del ordenamiento del empleo público.

2. BASES DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. LOS PRECEPTOS BÁSICOS DE CARÁCTER TRANSITORIO TIENEN UNA DURACIÓN TEMPORAL QUE ACABA CUANDO LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS HACEN USO DE SUS COMPETENCIAS

La **STC 087/2009, de 20 de abril**, Sala Primera, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en relación con la Disposición Transitoria Primera, apartado 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa, por posible vulneración del artículo 149.1.18 CE. En concreto, se entienden vulnerados el artículo 12 y la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La Disposición Transitoria Sexta de la Ley 53/1984 responde a la finalidad de excepcionar a determinados funcionarios, los farmacéuticos titulares, de la incompatibilidad derivada del artículo 12.2 de la propia Ley 53/1984, relativo a la fijación de los límites máximos de jornada que pueden dedicarse a la actividad privada, en relación con la farmacia abierta con motivo del ejercicio de su función como tales. Esta excepción encuentra su fundamento en la concurrencia que, en el momento de promulgarse la legislación estatal sobre incompatibilidades, se operaba en dichos titulados, los cuales ejercían al tiempo que funciones privadas, las públicas propias de su cargo, lo que determinaba la obligación de disponer de oficina de farmacia abierta a fin de hacer posible el adecuado cumplimiento de éstas (se trata de funciones relacionadas con la salud pública en el ámbito de las entidades locales encomendadas a los entonces denominados Profesores Farmacéuticos Titulares, cuerpo de funcionarios del Estado al servicio de la sanidad local, de conformidad con el Reglamento de personal de los servicios sanitarios locales, aprobado por Decreto de 27 de noviembre de 1953).

Para resolver la cuestión, el TC comienza señalando que, en la medida en que se considere subsistente y necesaria la vinculación entre el cumplimiento de las funciones públicas asignadas a estos farmacéuticos titulares y la obligación de mantener oficina de farmacia abierta en la localidad donde se ejercen las citadas funciones, podrá entenderse justificado el carácter materialmente básico de la excepción contenida en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 53/1984. En este sentido, el TC señala que las funciones en su momento atribuidas a los farmacéuticos titulares en relación con la salud pública se encuentran directamente vinculadas a las competencias autonómicas que en materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos y desarrollo legislativo y ejecución de las previsiones básicas del Estado en materia de sanidad e higiene se proclaman en los artículos 31 y 32.10, respectivamente, del Estatuto de Autonomía de Canarias. Igualmente, la Comunidad Autónoma resulta ser competente (artículo 32.6) para llevar a cabo el desarrollo legislativo del régimen estatutario de sus funcionarios públicos, en cuya virtud le corresponde adoptar las decisiones organizativas relacionadas con

el personal destinado al ejercicio de las atribuciones autonómicas en las materias antes citadas. De acuerdo con ello, los farmacéuticos titulares pasaron a formar parte de la función pública de la Administración autonómica en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera, apartado uno letra, f), núm. 4, de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, integrándose en la escala de Titulados Sanitarios del Cuerpo Superior Facultativo, cuerpo creado por la Disposición Adicional Primera de la misma norma y que comprende a los funcionarios de carrera cuya misión esencial es el ejercicio en favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de una profesión titulada.

No puede obviarse, dice la STC 87/2009, que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 53/1984 es una norma de derecho transitorio que, por su propia naturaleza, es de vigencia temporal limitada, siquiera sea ésta indeterminada, en la medida en que en este caso su pervivencia depende precisamente de la posibilidad de que el desempeño de las funciones que tradicionalmente venían asignadas a los farmacéuticos titulares puedan realizarse de una forma distinta en función de la decisión a tal efecto adoptada por quien ostenta competencia para ello.

Por lo expuesto anteriormente, la STC 87/2009 concluye que es perfectamente posible que el legislador canario no haya considerado conveniente que en el futuro se mantenga en todo caso la atención a la oficina de farmacia y el desempeño de otras funciones relativas a la salud pública sino que, por el contrario, ha dispuesto, a fin de dar respuesta a una necesidad específica ligada a las características de su propia organización, la aplicación de un modelo que prima la cobertura de aquellos puestos por funcionarios de carrera, si bien respetando las situaciones jurídicas consolidadas de los farmacéuticos titulares.

3. CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS. FUNCIONARIOS DE INTERINOS. NO ES DISCRIMINATORIA LA APLICACIÓN DE RÉGIMENES DISTINTOS A FUNCIONARIOS DE CARRERA Y FUNCIONARIOS INTERINOS, PUES LA DIFERENCIA PUEDE ESTAR FUNDADA EN LA DISTINTA NATURALEZA DEL VÍNCULO DE CADA UNO DE ELLOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La STC 87/2009, de 20 de abril, Sala Primera, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en relación con la Disposición Transitoria Primera, apartado 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa, por posible vulneración del artículo 14 CE.

El órgano judicial *a quo* plantea la cuestión de la posible vulneración del artículo 14 CE que el legislador canario podría haber cometido al otorgar a los funcionarios interinos distinto trato que a los funcionarios que ostentaban plaza de farmacéuticos titulares en propiedad.

La STC 87/2009 comienza recordando que, antes de dictarse la normativa autonómica en cuestión, los funcionarios interinos no se encontraban en la misma situación que los funcionarios de carrera con respecto a la tenencia de la oficina de farmacia. A diferencia de lo que ocurría con los funcionarios de carrera, para el desempeño interino de las funciones propias

X. Función Pública

del farmacéutico titular, la tenencia previa de la oficina de farmacia abierta en la localidad en la que fuesen a ejercerse las funciones en cuestión no constituía un deber u obligación sino, por el contrario, un mérito y un requisito para el posterior nombramiento interino.

En consecuencia, el TC estima que, dada la falta de identidad de ambas situaciones, respecto a la obligación de disponer de oficinas de farmacia, nada ha de reprocharse a la opción tomada por el legislador canario, respetuosa con el respeto a las situaciones preexistentes en quienes ya eran funcionarios de carrera, a la vez que tendente a lograr que las funciones en materia de salud pública asignadas con anterioridad a farmacéuticos titulares interinos sean realizadas por personal en régimen de dedicación exclusiva, exigiendo un plus de dedicación expresado en la asignación de los correspondientes complementos específicos y de destino previstos en el propio artículo 18.1 de la Ley canaria 2/1999. En este caso no se trata de situaciones iguales ya que los funcionarios interinos, por la propia transitoriedad en el desempeño de las funciones a ellos asignadas, no han generado situaciones jurídicas consolidadas.

4. ACCESO

A) Procede admitir en vía de recurso administrativo el justificante de exención de la prueba de gallego que no se acompañó a la solicitud de participación en el proceso selectivo

Sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, la STS de 18 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 8926/2004), reitera que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2 CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el mencionado derecho. Ese resultado se dará cuando la estricta aplicación de unas bases dificulten el acceso a la función pública por la aplicación de criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no sean imputables al aspirante que sufriría la exclusión.

Esto es lo que aprecia la STS de 18 de febrero de 2009, pues en el caso enjuiciado la certificación fue expedida por la propia Administración de la Xunta de Galicia en fecha posterior a la de publicación de la lista de admitidos. Por ello, se estima correcta la solución de la Sala de instancia, dirigida a impedir que circunstancias relacionadas con el funcionamiento de la propia Administración y no con la pasividad de la aspirante, pudiesen perjudicar a ésta. Para la Sala, la sentencia recurrida hizo una ponderación adecuada de las singulares circunstancias del caso enjuiciado, permitiendo que el recurso administrativo fuese una posibilidad de completar lo exigido en la convocatoria, al apreciar razones que así lo aconsejaban.

B) No procede invocar el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, para dejar de aportar documentos exigidos en las bases de la convocatoria de un proceso selectivo

La STS de 18 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 8926/2004), subraya que los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la docu-

mentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE).

Pero la STS de 18 de febrero de 2009 también destaca que los criterios de racionalidad y proporcionalidad con que han de valorarse las bases de la convocatoria no permiten valorar como incumplimiento de las mismas los comportamientos de los aspirantes que no responden a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance. En el caso de autos, puesto que correspondía a la propia Administración convocante expedir el certificado que acreditaba la exención de realización de la prueba de lengua gallega, la interesada pudo entender razonablemente que, dada la superior jerárquica que corresponde a las normas con rango de ley, la presentación de documentos se regía preferentemente por lo establecido en el artículo 35.f) de la Ley 30/1992. En un caso como éste, lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber incurrido.

C) Los órganos de selección deben motivar la falta de aptitud física para el acceso al empleo público, concretando la patología que padece el aspirante y la limitación o incapacidad que aquélla supone para el ejercicio de la función pública. Cuerpo Nacional de Policía

La STS de 9 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 2604/2005), hace un juicio negativo sobre el acuerdo del tribunal calificador, por la insuficiencia de la motivación ofrecida al apreciar la falta de aptitud física de uno de los aspirantes para el ejercicio de la función policial. Como señala la Sala, una cosa es que el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 remita la forma en que deba hacerse la motivación cuando de procesos selectivos se trata a las bases de la convocatoria y que éstas, a su vez, reenvíen a la Orden de 11 de enero de 1988 y otra que pueda tenerse por motivación la que aquí se ha ofrecido: la sola referencia a un punto numérico de la Orden que comprende enfermedades muy diferentes y que incluye conceptos indeterminados de imprescindible concreción. A saber, la incapacidad para el ejercicio de la función policial o la limitación para el mismo, derivadas de la patología apreciada.

La STS de 9 de febrero de 2009 destaca la necesidad de motivación debida de las decisiones discrecionales y, por ello, señala también que la Sala de instancia pasó por alto la falta de identificación de la enfermedad y la ausencia de motivación de la decisión administrativa, tanto respecto del carácter circunstancial o definitivo de la patología como de las razones por las que, con los datos disponibles en el momento de resolver, limitaba o incapacitaba al aspirante para el ejercicio de la función policial. La falta de motivación no puede entenderse suplida por la indicación del punto 4.3.7 de la Orden de 11 de enero de 1988, ya que en él se comprenden un conjunto de patologías de bien distinta naturaleza e, insiste la STS de 9 de febrero de 2009, ningún juicio se hizo sobre el carácter del impedimento ni sobre por qué debía tenerse por causa de exclusión.

X. Función Pública

D) La coincidencia en el tiempo de cursos selectivos o períodos de prácticas pertenecientes a distintos procesos selectivos no es causa de fuerza mayor que deba estimarse para permitir que el interesado pueda realizar con posterioridad uno de esos cursos

De conformidad con las bases de la convocatoria de un determinado proceso selectivo, quienes no pudieran realizar el curso selectivo por causa de fuerza mayor debidamente justificada y apreciada por la Administración, podrían efectuarlo con posterioridad, intercalándose en el lugar correspondiente a la puntuación obtenida. La Administración convocante interpretó que la coincidencia en el tiempo de los cursos selectivos o períodos de prácticas correspondientes a diferentes convocatorias para los funcionarios en prácticas no supone causa de fuerza mayor que permita aplicar la previsión mencionada.

Según señala la STS de 25 de marzo de 2003, el concepto de fuerza mayor recogido en nuestro Código Civil requiere un elemento de externalidad en la producción del suceso imprevisible o inevitable que origina causalmente el incumplimiento de la obligación, es decir, la concurrencia de circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada, requisitos cuya prueba incumben al operador.

Aplicando dicho concepto, la SAN de 18 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera (recurso 473/2007), estima que en el supuesto de autos no concurre la causa de fuerza mayor, porque la concurrencia a dos o más procesos selectivos permiten prever la posibilidad de coincidencia en el tiempo de los cursos selectivos o períodos de prácticas correspondientes a diferentes convocatorias para los funcionarios en prácticas. Además tal resultado no es ajeno a la voluntad y comportamiento de los aspirantes u opositores y es algo que puede ocurrir normalmente y en tal sentido no es imprevisible. En consecuencia, concluye la Sala que la interpretación realizada por la Administración sobre un supuesto que excluye del concepto de fuerza mayor es conforme con la doctrina jurisprudencial sobre tal concepto y, por ello, no vulnera lo establecido en las bases de la convocatoria.

5. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Se anula un precepto del Reglamento de Ingreso y Provisión de Puestos en la Función Pública de Castilla y León por vulnerar una disposición de la Ley 30/1984

La STS de 8 de abril de 2009, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 10061/2004), confirma la sentencia de instancia que había anulado el artículo 32.2 del Reglamento General de Ingreso de Personal y Provisión de Puestos en la Función Pública de Castilla y León. El precepto disponía que para participar en la promoción interna debía poseerse la titulación exigida y tener una antigüedad de, al menos, dos años en el Cuerpo o Escala al que se perteneciera. La regulación resultaba claramente contraria a la Disposición Adicional Vigésima Segunda de la Ley 30/1984, de carácter básico, de acuerdo con la cual debería requerirse la titulación correspondiente o una antigüedad de diez años, o de cinco más la superación de un curso específico de formación. La Disposición Adicional empleaba la conjunción disyuntiva “o”, permitiendo vías alternativas, mientras que la norma autonómica utilizaba la conjunción “y”, estableciendo, por tanto, una regulación muy distinta y de contenido abiertamente contrario a la regulación estatal.

B) No existe un derecho adquirido a que se aplique un régimen de ascensos vigente en el momento del nombramiento pero ya derogado cuando se pretende dicho ascenso

La SAN de 6 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso 203/2008), reitera la doctrina sentada en sentencias anteriores (de 25 de febrero, 22 de abril y 29 de abril de 2009), conforme a la cual los Cabos de la Guardia Civil que accedieron a sus puestos de trabajo estando vigente la Orden Ministerial de 23 de junio de 1977, no pueden pretender, una vez derogada ya ésta, que les sea de aplicación el régimen de ascensos previstos en ella. La Audiencia Nacional afirma que no hay ningún derecho adquirido a que el ascenso se rija por la normativa vigente en el momento del acceso al puesto de trabajo y recuerda que es indudable que la relación funcional implica una serie de derechos subjetivos a favor del funcionario que la Ley ha de respetar, tales como el derecho a la jubilación o el paso a determinadas situaciones administrativas. Pero ello no implica que su contenido concreto sea inmodificable, pues “el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo (...) sin que (...) pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en los que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso”.

C) Provisión de puestos de trabajo

a) La fijación de la libre designación como forma de provisión de determinados puestos de trabajo exige razonar suficientemente el carácter directivo o la especial responsabilidad de las funciones propias de éstos. Jefaturas de Servicio y de puestos de Letrado de la Asesoría Jurídica en Diputaciones Forales

En crónicas anteriores hemos hecho referencia a la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 20.1.d) de la Ley 30/1984, que ha sido constante a la hora de recordar el carácter excepcional de esta forma de provisión de puestos de trabajo y de imponer a la Administración la carga de justificar que procedía recurrir al mismo en cada caso. De dichas Sentencias puede extraerse la conclusión de que no se ajusta a las exigencias del artículo 20.1.d) de la Ley 30/1984, la atribución generalizada de carácter directivo o de especial responsabilidad a una pluralidad de puestos de trabajo. Por el contrario, lo que esta Sala viene poniendo de manifiesto es que ha de justificarse, caso por caso, que, respecto de cada puesto de trabajo cuya provisión se pretende realizar por el procedimiento de libre designación, se dan las circunstancias necesarias, en razón de la naturaleza de su cometido, el carácter directivo, la dificultad o especial responsabilidad que implica, para apartarse de la regla constituida por el concurso. A esto se ha de añadir que cuando la Ley 30/1984 contempló que determinados puestos podían ser cubiertos por libre designación cuando así lo determinasen las relaciones de puestos de trabajo, no estaba diciendo que todos los de ese tipo, por ejemplo, de Subdirector General o de Delegado o Director regional o provincial, pueden, por el solo hecho de serlo, ser provistos de ese modo excepcional ya que, también, respecto de ellos rige la exigencia de que la naturaleza de sus funciones comporte carácter directivo o especial responsabilidad. Y, naturalmente, será preciso justificarlo, para lo que se requerirá de una motivación más o

X. Función Pública

menos intensa según cual sea el puesto en cuestión. Así, por ejemplo, no será la misma la que haga falta cuando se trate de la Secretaría de un alto cargo, o de uno de sus asesores, que cuando se trate de una Subdirección General.

Desde estas premisas, y añadiendo precisiones adicionales sobre la forma en que la Administración debe satisfacer las exigencias de motivación de la opción por el sistema de libre designación, enfoca la STS de 11 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 2332/2005), la decisión de la Diputación Foral de cubrir por libre designación las Jefaturas de Servicio no dependientes de puestos reservados a funcionarios y aquellos otros que considera de especial responsabilidad. En las memorias obrantes en el expediente se explica por qué opta la Diputación Foral por la libre designación en cada uno de los puestos. Sin embargo, esa explicación responde en todos los casos a la afirmación del carácter directivo del puesto o de la especial responsabilidad o confianza que implica, de la relación de tareas o funciones que le corresponde y de la referencia a su posición en la organización de la Diputación Foral. A veces se añade la referencia a la “conexión anímica o aptitudinal” con los programas, proyectos y con los objetivos generales del departamento. O, incluso, al *feeling* necesario para participar en las decisiones del órgano político sobre la forma de trabajar. Lo que no hay en esas memorias, a juicio de la Sala, es un razonamiento que lleve desde las funciones y ubicación de los puestos al carácter directivo o especial responsabilidad de los mismos, y éste es precisamente el razonamiento que resulta imprescindible para saber dónde o en qué sitúa la Diputación Foral esos rasgos.

b) La falta de motivación adecuada del recurso a las modalidades excepcionales (libre designación y concurso específico) de provisión de los puestos de trabajo determina la nulidad de tales previsiones de las Relaciones de Puestos de Trabajo

Así concluye la STS de 9 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 7168/2004), ante la falta de memoria técnica justificativa de las determinaciones de la RPT sobre cobertura de puestos por libre designación y concurso específico. Como esa justificación no cabe extraerla de los informes o de la exposición de motivos del Decreto que aprueba la modificación de la RPT sucede que son desconocidas las razones de que se ha servido la Administración para emplear aquellos sistemas de cobertura. Por ello, sostiene la Sala que el ejercicio de las potestades discrecionales de autoorganización es arbitrario y contrario a la legislación autonómica y a los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución.

6. DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Derecho a la intimidad

a) Resulta vulnerado cuando se incorporan informes médicos privados al expediente de jubilación por incapacidad del funcionario

La STC 70/2009, de 23 de marzo, ha concedido el amparo solicitado por el funcionario recurrente ante la actuación de la Administración educativa, que había solicitado un informe a la

inspección sanitaria para que fuera valorada la capacidad laboral de un profesor de enseñanza secundaria. Motiva dicha solicitud la aparición de dos informes médicos psiquiátricos que indicaban que el funcionario padecía un trastorno psíquico, que le habría llevado a pedir la baja desde entonces en distintas ocasiones y que le incapacitaba totalmente para el ejercicio de sus tareas docentes. Se desconocen tanto las razones por las que aparecieron estos dos informes médicos en el expediente, como la vía de acceso a ellos por parte de la Inspección.

En resumen, pues, el objeto del recurso de amparo es determinar si las resoluciones administrativas impugnadas vulneran el derecho a la intimidad del recurrente (artículo 18.1 CE) al haber utilizado la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria dos informes médicos privados –que fueron emitidos por el psiquiatra particular que atendió al funcionario durante ocho años y que formaban parte de su historia clínica– para proceder a su jubilación por incapacidad permanente. Considera el TC que la utilización por parte de la Administración de dichos informes atenta contra el derecho a la confidencialidad de la historia clínica y, correlativamente, contra el derecho a la intimidad en que aquél estaría integrado.

Para llegar a esta conclusión realiza un análisis de los supuestos en que la normativa autonómica (Ley gallega 3/2005, de 7 de marzo), permite el acceso a la historia clínica. Dicho acceso sólo está permitido a los “órganos competentes para tramitar y resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración sanitaria, así como la inspección sanitaria en el ejercicio de sus funciones” (artículo 19.2), y “para la obtención de información estadística sanitaria, para las actividades relacionadas con el control y evaluación de la calidad de la asistencia prestada, las encuestas oficiales, los programas oficiales de docencia e investigación” (artículo 19.4). Sin embargo, considera el Tribunal que esta regulación legal no resulta suficiente para afirmar la constitucionalidad de la medida restrictiva de la intimidad porque falta en sus preceptos una determinación suficiente de los supuestos y los requisitos de la restricción. Tampoco resulta suficiente la cobertura que presta el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, para la declaración de jubilación. Este precepto establece los supuestos en que cabrá incoar tal expediente de jubilación por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, pero nada establece acerca del modo en el que la Administración puede acceder a la información sobre el estado de salud del funcionario, y si alguna alusión al respecto se encuentra en el artículo 7 del Real Decreto 172/1988, de 22 de febrero, de procedimientos de jubilación y concesión de pensión de jubilación de los funcionarios civiles del Estado, notorio es que esta mención de una norma sin rango de ley es, además de formalmente, materialmente insuficiente a los efectos requeridos de habilitación legal de la intromisión administrativa en la intimidad.

Dado que la actuación administrativa no se apoya en una regulación legal que ampare la utilización administrativa de datos médicos relativos a la salud psíquica del recurrente, esta falta de habilitación legislativa para la intromisión llevada a cabo en la historia clínica del demandante de amparo resulta suficiente para proceder al otorgamiento del amparo impetrado.

B) Derecho al honor

a) No se atenta contra él cuando en el seno de una petición deducida por el funcionario salen a relucir datos personales que son imprescindibles para adoptar una decisión

La STS de 26 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, ha desestimado el recurso de casación que había interpuesto el funcionario recurrente. Según el propio relato del funcionario, en virtud de una serie de quejas presentadas por varios compañeros suyos, miembros de la Policía Local, se le incoaron diversos procedimientos sancionadores que terminaron archivados. Ante esta circunstancia, el recurrente solicitó el auxilio del Defensor del Pueblo y esta coyuntura fue aprovechada por su superior jerárquico, que aprovechó para remitir al comisionado parlamentario una relación pormenorizada de los acontecimientos en los que se había visto implicado. Asimismo, inició un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los presuntos daños provocados por la Administración como consecuencia de la violación de su derecho fundamental al honor. Tras dictaminar el Consejo de Estado, el Subsecretario de Interior desestimó la reclamación al considerar que la relación de empleo que une al peticionario con la Administración pública impide que esta última soslaye el conocimiento que tiene de las vicisitudes de esa relación. Sus pretensiones fueron desestimadas en primera instancia, lo que motivó la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Pues bien, entiende el Tribunal que, si algún perjuicio ha causado al actor que el Defensor del Pueblo y la Dirección General de la Policía conozcan su historial profesional, resulta imputable a su propia actuación que, con la solicitud de amparo y la reclamación de responsabilidad, provocó que esas instancias administrativas conocieran con detalle sus peripecias disciplinarias, produciendo la actitud del propio recurrente una ruptura del nexo causal imprescindible entre la actuación de los servicios públicos y el daño irrogado. Entiende que “no existe atentado contra el honor y la intimidad de un funcionario cuando en el seno de una queja o de una petición deducida por él, y sin desbordar los límites de la instrucción o la investigación pertinente para resolverla, salen a relucir datos personales imprescindibles para adoptar una decisión”.

El servidor público, efectivamente, no puede hacer valer su derecho a la intimidad cuando formula una solicitud cuya resolución exige manejar la información que sobre él dispone la Administración a la que sirve. Del artículo 18, apartado 1, de la Constitución se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, pero ese poder de disposición decae cuando, con su actuación, pone de manifiesto su voluntad de que la información se maneje por las instancias a las que pide una decisión, pues en tal caso se habrá producido un consentimiento tácito. Por otro lado, el derecho al honor no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se ponga en cuestión la conducta sospechosa de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta, y ni la Constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus actos.

En un sentido coincidente, la **STS de 11 de febrero de 2009**, Sala de lo Civil, Sección Primera, ha venido también a concretar y delimitar el contenido y alcance de este derecho fundamental. En este caso, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el recurrente al considerar que las declaraciones de unos funcionarios de Justicia en un expediente gubernativo sobre las bajas reiteradas de una compañera de trabajo no suponían una violación del derecho al honor de la funcionaria recurrente, toda vez que en dichas declaraciones no existían descalificaciones ni expresiones insultantes. Reconoce el Tribunal que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se ve vulnerado por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. No obstante, considera la Sala que no es aplicable al caso planteado, pues los demandados se limitaron a declarar como testigos y presentar un escrito de queja ante el superior, pero, tal como mantiene la sentencia de instancia, no atentan al derecho al honor ni puede aceptarse que se menoscabe la dignidad de la recurrente.

C) Derecho de huelga

a) Es vulnerado por la imposición de una sanción al funcionario que ejerce una huelga ilegal cuando la Administración no ha especificado con certeza los motivos de dicha ilegalidad

La **SAN de 23 de enero de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, ha estimado el recurso planteado por el funcionario recurrente, perteneciente al Cuerpo Técnico de Hacienda con destino en la Aduana de Algeciras, y ha anulado la resolución administrativa que lo había suspendido de empleo y sueldo por haber participado en una huelga ilegal. En concreto, el Sindicato GESTHA convocó una huelga y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) comunicó a los funcionarios afectados que la consideraba ilegal porque incumplía requisitos “(...) formales y materiales (...)” del RDL 17/1977, aunque mantuvo ocultos cuáles eran dichos requisitos incumplidos. En concreto, había efectuado el aviso de convocatoria de huelga fuera del plazo establecido por lo que la Agencia, a diferencia de lo que había ocurrido en ocasiones anteriores, no estableció servicios mínimos y se limitó a remitir por correo electrónico a los funcionarios afectados por la convocatoria la comunicación de que consideraba que la huelga no estaba amparada por el ordenamiento jurídico y que podrían exigirse las responsabilidades.

Pues bien, tras analizar los hechos del caso concreto, la Audiencia llega a la conclusión de que la Agencia Estatal no dio a conocer a los funcionarios afectados los defectos de la convocatoria de huelga, de forma que, a la vista de los antecedentes, era difícilmente exigible al funcionario sancionado que adivinara o supusiera los motivos de ilegalidad apreciados por la AEAT. Ello lleva al propio instructor a considerar que “era no sólo posible, sino también probable que los funcionarios que acudieron a la huelga pensaran que su comportamiento venía avalado por el Ordenamiento jurídico”. Todo esto es motivo suficiente, a juicio de la Sala, para considerar que no se cumplió el elemento subjetivo de la culpabilidad del funcionario necesario para imponer una sanción y, en consecuencia, se produjo la vulneración del derecho fundamental a la huelga, al no haberse producido la declaración de ilegalidad de la huelga en que participó

X. Función Pública

el funcionario sancionado, al presumirse lícito el ejercicio del derecho fundamental y ser la huelga en la que participó el funcionario ajustada al ordenamiento jurídico.

D) Derecho a la igualdad de los funcionarios transferidos

a) Resulta desconocido por el establecimiento de un período transitorio para la equiparación de las retribuciones de funcionarios transferidos y autonómicos

El TSJ de las Islas Baleares ha planteado ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma 9/1997, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, por posible vulneración del artículo 14 CE. La **STC 55/2009, de 9 de marzo**, ha estimado parcialmente dicha cuestión y, en su virtud, ha declarado la nulidad del apartado 4 del artículo 11 de dicha Ley, en la medida en que había previsto un período transitorio de equiparación del personal funcionario no docente transferido a la Comunidad Autónoma, que, en el caso de las retribuciones podía llegar a ser hasta de cuatro años. Ello resulta discriminatorio en relación con los funcionarios de la Comunidad Autónoma que realizan las mismas funciones que los transferidos, incluso respecto de aquéllos de nuevo ingreso en la Administración autonómica que, aun incorporándose más tarde que los traspasados a sus puestos de trabajo, perciben con anterioridad a éstos la retribución íntegra correspondiente al puesto de trabajo.

El Tribunal ha considerado que las limitaciones presupuestarias no pueden servir para consagrar un régimen retributivo distinto para determinados empleados públicos dependientes de la misma Administración y que ocupan puestos similares. Los relevantes efectos, orgánicos y presupuestarios, provocados por el traspaso del personal deberían ser tomados en consideración por la Administración autonómica cuando negocia en el marco de la Comisión Mixta de Transferencias, previendo cuál será el proceso lógico de integración de los funcionarios y trabajadores en las respectivas relaciones de puestos de trabajo de la Administración autonómica, pero no puede incidir en los derechos de índole salarial que a éstos les asisten.

7. DERECHOS DE NATURALEZA COLECTIVA. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) El contenido de las relaciones de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación por afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios

El sindicato CESIF impugna la Orden del Ministerio de Justicia de 12 de diciembre de 2007, que aprueba la relación de puestos de trabajo del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses del Ministerio de Justicia. Entre otros motivos, se alega que tal aprobación se ha producido sin respetar el derecho a la negociación colectiva establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, al no haberse constituido la correspondiente mesa de negociación. Las organizaciones sindicales participaron en el proceso de elaboración de la relación de puestos de trabajo simplemente a través de diferentes alegaciones, pero sin constituir formalmente la correspondiente mesa.

En la SAN de 2 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, se interpreta cómo queda afectada esta materia por el nuevo régimen previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público. En concreto, en la elaboración de las RPTs confluyen dos circunstancias. Por una parte, el cambio de redacción introducido por el artículo 37.1 de la citada Ley 7/2007, que parece referirse a la obligación de negociar meramente “las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos”. La redacción cambia respecto a la norma anteriormente vigente recogida en el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas que se refería, sin matices, a “la clasificación de puestos de trabajo”. Ahora, como vemos, la exigencia viene limitada en las normas que fijen los criterios generales. Y, por otra, que las RPTs son una clara manifestación del ejercicio de las potestades autoorganizativas de la Administración y estas potestades quedan excluidas de la obligatoriedad de negociar [ex artículo 37.2.a)].

Pese a estas dos circunstancias, entiende la AN que de tal cambio en la redacción no puede sacarse una conclusión distinta en cuanto a exigencia de la negociación colectiva en este ámbito, conclusión que había tenido acogimiento en reiterada jurisprudencia dictada en el marco de los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987, ya que aun asumiendo que las RPTs son una manifestación de la potestad de autoorganización de la Administración, no hay que olvidar que conforme al artículo 37.2 de la Ley 7/2007 si las decisiones en ejercicio de la potestad de organización tienen repercusión sobre condiciones de trabajo de los empleados públicos contempladas en el artículo 37.1, se ha de proceder a la negociación. Así, fácilmente se puede ver que la RPT que nos ocupa, por su propio y singular contenido sustantivo, exige la negociación colectiva ya que afecta claramente a las condiciones de trabajo, entre otras, las retribuciones y criterios generales sobre la oferta de empleo público pues la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público deben moverse dentro de los límites de la RPT. Además quedan a salvo las potestades autoorganizativas ya que de no existir acuerdo, acuerdo que en todo caso ha de respetar el ordenamiento jurídico, la Administración puede ejercitar sus potestades.

En consecuencia, la falta de negociación, cuando sea procedente y obligatoria, como es el caso de autos, supone la ausencia de un elemento esencial que vicia el procedimiento y hace nulo el acto ex artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, por lo que procede estimar el recurso y anular la RPT impugnada.

8. DERECHOS DE NATURALEZA ECONÓMICA

A) Cuestiones generales. Es inconstitucional la norma autonómica que supedita la aplicabilidad de una norma básica estatal al cumplimiento de alguna condición

La STC 86/2009, de 23 de febrero, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso del artículo 82.2.a) de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, en cuya virtud “en ningún caso el sueldo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos o escalas del grupo E podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional”. El Tri-

X. Función Pública

bunal Superior de Justicia de Canarias plantea una cuestión de inconstitucionalidad respecto de este precepto por entender que esta previsión normativa vulnera lo dispuesto, con carácter básico, en el artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública y, en consecuencia, las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.1, 13 y 18 CE.

A juicio del Tribunal, ha de ser estimada la cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que la nivelación de las retribuciones básicas que figura en el artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se encuadra sin violencia en la competencia exclusiva atribuida al Estado por el artículo 149.1.18 CE para el establecimiento de las bases del régimen jurídico de la función pública, en la medida en que con ella se trata de conseguir “una mínima y fundamental homogeneidad” en un aspecto esencial de dicho régimen jurídico: los derechos económicos de los funcionarios. Un precepto como el cuestionado representa un obstáculo a esa nivelación desde el momento en que supedita la aplicabilidad general de las normas que la concretan y actualizan (particularmente, las disposiciones sobre retribuciones de las leyes anuales de presupuestos generales del Estado) al cumplimiento de una condición: la superación del requisito de que el sueldo de los funcionarios del grupo E deba ser, en todo caso, superior al salario mínimo interprofesional. En la medida en que el inciso final del artículo 82.2.a) de la Ley de la función pública de Canarias desconoce lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, e impide la plena efectividad de las determinaciones estatales en materia de retribuciones de los funcionarios públicos, concretamente de los integrados en el grupo E, procede declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

B) Derecho de transferencia del equivalente actuarial de derechos pasivos

a) Los funcionarios españoles al servicio de la Unión Europea no tienen derecho a indemnización por el retraso en la aprobación de las normas internas necesarias para su ejercicio

La SAN de 22 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, ha desestimado el recurso interpuesto por el funcionario contra la Orden del Ministerio de Presidencia desestimatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial.

Se trataba de un funcionario del Cuerpo de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado que pasó a la situación de servicios especiales, para prestar servicios en las Comunidades Europeas. Tras la aprobación del Real Decreto 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las Comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social españoles, el recurrente solicitó la transferencia de sus derechos pasivos de España a la Caja de Previsión Social de las Comunidades Europeas, solicitud que fue estimada por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. No obstante, al no estar de acuerdo con dicho importe, inició el correspondiente proceso de responsabilidad al entender que el retraso del Estado en la adopción de las medidas necesarias para hacer posible el derecho de transferencia había perjudicado sus derechos económicos de pensión, toda vez que no había podido ejercitar la posibilidad de jubilarse en las condiciones más favorables establecidas en el Ordenamiento comunitario para sus funcionarios, con la consiguiente merma económica, cuya compensación solicita.

La Audiencia ha entendido que no se ha acreditado el daño derivado del retraso en la aprobación de normas de aplicación de derecho comunitario, pues la norma reglamentaria española, además de despejar los obstáculos para la viabilidad de la transferencia actuarial solicitada por el funcionario, había previsto ya reglas específicas para las situaciones generadas con anterioridad a su entrada en vigor, articulando los sistemas de transferencia y compensación procedentes.

C) Complemento de productividad

a) La competencia para la fijación de los criterios para su distribución entre los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social corresponde al Ministro

La STS de 10 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha interpretado que la competencia para la aprobación y fijación de las retribuciones complementarias del personal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social corresponde al Ministro, con independencia de las funciones de jefatura que la norma establece en otras Órdenes a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El proceso de instancia fue promovido por la Unión Profesional de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, mediante recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Instrucción sobre Reglas de Devengo del Complemento de Productividad para los mencionados inspectores, dictada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La sentencia estimó el recurso y la anuló por entender que se había producido un supuesto de incompetencia jerárquica previsto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, pues a través de una Orden Ministerial se había dispuesto la delegación en el Subsecretario de la competencia para la fijación de los criterios para la distribución de la productividad y de otros incentivos al rendimiento legalmente previstos. En consecuencia, concluyó la Sala que hasta la fecha en que se dictó la mencionada Orden no tenía la competencia para la fijación de tales criterios nadie que no fuera el Ministro de Trabajo, y que a partir de dicha publicación y en adelante, si no se modificaba la misma la tendría el Subsecretario por delegación. La sentencia fue recurrida por la Administración al considerar que, a la vista de la estructura y organización del Ministerio, “no se puede admitir que corresponda la fijación de los complementos de todo su personal al titular del Departamento Ministerial, porque lo procedente será que se fije una cantidad máxima y sean los otros órganos, como el Director General, a quienes, respecto del personal sobre el que ostenta la Jefatura, compete dentro de los importes presupuestariamente aprobados fijar los criterios generales a seguir en la atribución del complemento de productividad.

El TS ha rechazado estos argumentos al entender que, aunque esas normas ciertamente reconocen a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la competencia de la jefatura de personal, salvan expresamente las competencias que estén atribuidas a otros órganos por la normativa de la función pública, esto es, apuntan un límite para las competencias que asignan a esa Autoridad Central y disponen que ese límite debe ser dilucidado con lo que se disponga en esa otra normativa a la que se hace una remisión.

9. DERECHOS LABORALES

A) Derecho al cargo

a) El funcionario transferido tiene derecho al mantenimiento de su situación estatutaria, pero no a un puesto de trabajo concreto en una localidad determinada

En la STS de 9 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, se ha tratado la cuestión de hasta dónde puede ampararse la Comunidad Autónoma en sus potestades de autoorganización para alterar los derechos y condiciones de trabajo del personal traspasado desde el Estado. En el presente caso se impugna un Decreto del Gobierno de Aragón por el que se modifican determinadas clases de especialidad de funcionarios, entre ellas la de Farmacéuticos Titulares a la que pertenecen los recurrentes, que pasaban a integrarse en la Escala Facultativa Superior, Clase de especialidad Farmacéuticos de Administración Sanitaria autonómica. Los recurrentes alegaban el sometimiento a un régimen jurídico radicalmente distinto del que se tenía con anterioridad, adscribiendo a los integrados en plazas que son territorial y funcionalmente distintas, y sometidas a un régimen jurídico diferenciado, alterando así los derechos y deberes de estos funcionarios, las funciones, las plazas, su modo de provisión, el régimen de empleo y su derecho de residencia. La Sala considera, no obstante, que esta reestructuración, en lo esencial, en nada les perjudica, sin perjuicio de que no se pueda pretender un derecho al cargo en un puesto de trabajo concreto en una localidad determinada. Respetando los derechos económicos y la antigüedad de los afectados, la Administración tiene libertad para autoorganizarse.

Tampoco puede decirse que se haya desconocido el derecho al cargo funcional de los recurrentes, tal como éstos alegaban, pues han conservado todos los derechos que como Farmacéuticos Titulares les correspondían. La única variación se refiere a su situación administrativa: en activo, la de quienes optaron por integrarse como Farmacéuticos de Administración Sanitaria y excedentes forzosos, para quienes no lo hicieron. Las funciones son las mismas, subraya, y se respetan los derechos económicos, mientras que la adscripción a uno u otro Centro de Salud nada tiene que ver con el derecho al cargo. En definitiva, pues, la Administración debe garantizar a los funcionarios estatales transferidos los derechos adquiridos de cualquier orden y naturaleza, que poseyeran en el momento de la transferencia. Dicha garantía implica el mantenimiento de su situación estatutaria, esto es, los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que correspondan a los funcionarios en servicio activo de los Cuerpos o Escalas de que procedan.

B) Derecho a la reducción de la jornada de trabajo

a) La correlación entre las jornadas de los funcionarios de la Administración del Estado y de las Corporaciones Locales exige que la aplicación de jornadas especiales reducidas se haga en las mismas condiciones para unos y otros

La STS de 13 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Manresa frente a la sentencia de instancia que había declarado la nulidad del artículo 13 del Acuerdo sobre condiciones

económicas, sociales y de trabajo de los funcionarios y el Convenio colectivo del personal laboral de dicho Ayuntamiento para los años 1998-2000. Dicho precepto establece, junto a la jornada completa, la simplificada y la jornada con prolongación. La jornada simplificada tiene asignada una dedicación de 35 horas semanales con una prestación diaria de 7 horas dentro de la franja de 8 a 15 horas y desde las 14 a las 22 horas para la ordinaria de tarde.

La jurisprudencia viene afirmando el carácter imperativo del artículo 94 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y que al haberse fijado para la Administración del Estado la jornada semanal de treinta y siete horas y media, el Acuerdo recurrido era contrario a ese precepto. Además, de no ser así, se podría dar lugar a una multiplicidad de jornadas de trabajo en función de los procesos de negociación colectiva que se celebraran en cada una de las entidades locales. La interpretación que se ha dado al artículo 94 no elimina la posibilidad de que, en el cómputo semanal, haya una jornada distinta a la dispuesta para la Administración General del Estado. La identidad a la que se refiere ese precepto es la que debe existir en el cómputo anual. Efectivamente, si bien no existe obstáculo para que una Administración Pública establezca, junto a la jornada ordinaria, una jornada especial más reducida a la que pueden acogerse determinados funcionarios, la correlación entre las jornadas de los funcionarios de la Administración del Estado y de las Corporaciones Locales exige que la aplicación de jornadas especiales reducidas se haga en las mismas condiciones para unos y otros.

La Resolución de 27 de abril de 1995, permite que el personal que ocupe puestos de trabajo cuyo nivel de complemento sea inferior al 28 solicite al órgano competente el reconocimiento de una jornada reducida, de 9 a 14 horas, en aquellos casos en que esta reducción sea compatible con la naturaleza del puesto desempeñado y con las funciones del puesto de trabajo, percibiendo en ese caso el 75% de sus retribuciones. De esta regulación se desprende que la aplicación de la jornada reducida debe solicitarse individualmente por cada funcionario al órgano competente, y concederse de forma expresa, y que los funcionarios que se acojan a ella experimentan una reducción de su retribución proporcional a la disminución del tiempo de trabajo. En el Acuerdo impugnado, no obstante, no se establecen los requisitos de los puestos de trabajo cuyos titulares pueden acogerse a la jornada reducida, sino que se establece dicha jornada con carácter general, y, por ello, resulta contraria a Derecho.

Al asignarse una jornada de 35 horas semanales a la jornada simplificada, que afecta a 103 funcionarios de 285 del total de la plantilla del Ayuntamiento de Manresa, impuesta directamente por el Convenio, sin necesidad de solicitud de los interesados de acogerse excepcionalmente a una jornada reducida, es evidente que, con carácter general, no se cumple con el cómputo anual de la jornada prevista para la Administración del Estado.

10. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Es conforme a Derecho que una convocatoria de concurso para la provisión de puestos no compute los servicios especiales como desempeño efectivo

La SAN de 18 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección Cuarta (recurso 348/2008), confirma la sentencia de instancia que había afirmado la conformidad a

X. Función Pública

Derecho de la base de una convocatoria de concurso para la provisión de puestos de Subinspector de Empleo y Seguridad Social, que establecía que no se computarían como tiempo de desempeño, a efectos del punto asignado por la permanencia ininterrumpida en el puesto por un mínimo de dos años, el período en el que el funcionario se encontrara en servicios especiales. La AN afirma que la base no vulnera la legislación general, puesto que ni el artículo 29.2 de la Ley 30/1984 ni el artículo 8.2 del RD 865/1995, de Situaciones Administrativas, prevén que el tiempo en situación de servicios especiales haya de computarse como mérito en procedimientos de provisión de puestos de trabajo. Y que tampoco se vulneran el principio de mérito y capacidad ni el principio de igualdad, “pues a efectos de valorar el trabajo desarrollado no se encuentran en idéntica situación aquellos que han estado desempeñando de manera efectiva el mismo en el puesto de trabajo desde el cual concursan, que aquellos que han estado en situación de servicios especiales realizando funciones de distinta naturaleza”.

B) La regulación de la excedencia voluntaria fruto de la modificación introducida por el RD 255/2006 no altera el régimen de garantías de los funcionarios de Correos y Telégrafos, SA, ni vulnera, por tanto, la ley

La STS de 23 de diciembre de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 171/2006), desestima el recurso interpuesto por el Sindicato Libre de Correos y Telecomunicaciones frente al Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo, por el que se modifican el 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 de la Administración General del Estado (RD 364/1995) y el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (RD 365/1995). El Sindicato consideraba que la modificación de la regulación de la excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público, excluyendo de la misma a aquellos que desempeñaran puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal, podía tener como efecto futuro el cese de los funcionarios de carrera destinados en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA, si en algún momento ésta, por venta de las acciones de las que hoy es titular la Administración General del Estado, dejara de formar parte del sector público. El Tribunal Supremo afirma, sin embargo, que “no cabe imputar al nuevo régimen de la excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público –es decir, a la exclusión de la interinidad o de los contratos temporales como circunstancias que la permiten– la consecuencia que teme la demanda”. Y ello porque si en un futuro dejase de estar en manos públicas el porcentaje de acciones de la Sociedad Estatal que determina su inclusión en el sector público, ni de la nueva regulación de la excedencia voluntaria se desprende la transformación en laboral de la relación de servicio de los funcionarios de dicha sociedad estatal, ni la propia regulación legal, contemplada en el artículo 58 de la Ley 14/2000, consiente esa conversión.

11. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) El cese inmediato y simultáneo en el tiempo al nombramiento realizado en ejecución de sentencia implica un incumplimiento de la obligación de su ejecución y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

La STC 92/2009, de 20 de abril, otorga el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la recurrente que había sido nombrada en ejecución de sentencia Jefa de la

Unidad de Enfermería de la Zona Básica de Rochapea-Ansoain, puesto de libre designación, siendo el mismo día también cesada en tal puesto de trabajo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 875/2005, de 15 de noviembre, estimó en el Auto correspondiente, que tal decisión administrativa no implicaba infracción de la obligación de ejecución de la sentencia, puesto que ésta se había cumplido por el simple nombramiento. La demandante recurre en amparo contra la resolución administrativa de cese y contra el auto dictado en incidente de ejecución de sentencia. El Tribunal Constitucional estima que efectivamente dichas resoluciones han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de garantía de indemnidad y derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. En el presente caso, existen serios indicios (el nombramiento y cese inmediato, exactamente en el mismo día, sin solución de continuidad ni desempeño alguno del puesto de trabajo) de que el cese responde a una represalia por las acciones judiciales ejercitadas por la recurrente. Frente a este panorama indiciario, la Administración se había limitado a aducir que había concluido el período de tiempo previsto reglamentariamente para el desempeño del puesto y que, en todo caso, la potestad de cese tenía carácter discrecional. Sin embargo, los datos aportados al proceso demostraban que a otras personas del Servicio se las había mantenido en sus puestos pese al transcurso del período reglamentario y la recurrente había indicado, e intentado probar, que, en realidad, era la única cesada por tal motivo en las Jefaturas de la Unidad de Enfermería.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que, en efecto, la resolución administrativa ha incumplido la obligación de ejecutar la sentencia y vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Y, consiguientemente también el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, al considerar que la sentencia había sido, en dichos términos, debidamente ejecutada.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO**Sumario:**

- 1. Régimen del suelo.** A) El principio de equidistribución no permite imponer al titular del suelo urbano consolidado deberes previstos para otras clases o categorías de suelo.
- 2. Ejecución del planeamiento.** A) Convenio Urbanístico: protocolo. B) Proyecto de Reparcelación: falta de documentación. **3. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas.** A) Para que pueda aplicarse el artículo 29 de la Ley 6/1998 es necesario que el planeamiento no atribuya aprovechamiento lucrativo alguno al suelo expropiado. B) No procede la valoración como suelo urbanizable la del suelo con destino a viales destinados a vía interurbana que no forma parte del entramado urbano. No obstante, sí procedería en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad.

1. RÉGIMEN DEL SUELO**A) El principio de equidistribución no permite imponer al titular del suelo urbano consolidado deberes previstos para otras clases o categorías de suelo**

La STS de 19 de mayo de 2008, Ar. 4096, confirma la sentencia de instancia que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo presentado contra la revisión del PGOU de Córdoba aprobada en 2001, declara procedente la clasificación de una parcela como suelo urbano consolidado, en lugar de suelo urbano no consolidado por la urbanización.

Según la sentencia de instancia, la distinción entre uno y otro suelo responde a una dualidad de categorías contemplada en el artículo 14 de la Ley 6/1998 (vigente al tiempo de aprobarse el plan impugnado), que tiene carácter de legislación básica. No considera de aplicación, por tanto, los criterios de diferenciación sentados en la posterior Ley andaluza 7/2002.

De la prueba pericial se concluye además que la parcela en cuestión reúne las características del suelo urbano consolidado, por los elementos y servicios con que cuenta. Lo que lleva a desestimar el argumento municipal de que ésta debía incluirse en la unidad de ejecución, para que participase en las cargas de urbanización y, en especial, del nuevo vial público del que se beneficiaría o enriquecería injustamente. En palabras del Tribunal:

“Así las cosas, tampoco puede ser acogida la alegación del Ayuntamiento recurrente referida a una supuesta vulneración del principio de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, pues, si la prueba practicada conduce a la conclusión de que los terrenos han de ser considerados como suelo urbano consolidado, el régimen de derechos y deberes aplicable ha de ser necesariamente el legalmente previsto para esa categoría de suelo (artículo 14.1 Ley 6/1998), sin que quepa entonces invocar aquel principio de equidistribución para a su amparo pretender que se impongan los deberes previstos para otras clases o categorías de suelo.”

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Convenio Urbanístico: protocolo

El TS, en su STS de 27 de mayo de 2008, Ar. 5542, debe resolver el problema que se suscita a raíz de un protocolo suscrito entre un Ayuntamiento y un particular por el cual aquél se comprometía a redactar y tramitar un plan parcial y un proyecto de reparcelación, así como a ejecutar las obras para dotar al suelo de todos los servicios requeridos. Dicho protocolo fue declarado nulo por el Tribunal de instancia por ser contraria a la normativa urbanística aplicable.

La recurrente indica que, asumiendo los argumentos del Tribunal de instancia respecto a la ilegalidad del contenido urbanístico del protocolo, se produce la vulneración del artículo 64.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que indica que la nulidad de una parte de un acto administrativo no implica la nulidad de las partes del mismo independientes de aquélla, ya que dicho tribunal ha anulado estipulaciones de naturaleza no estrictamente urbanística sin reparar en que éstas no están condicionadas por las declaradas nulas.

A este respecto, al TS indica que “el compromiso de comprar la finca con el fin de instalar una planta industrial, para lo que se recibe una subvención, tiene como condición ineludible que el suelo, objeto de la compraventa, se clasifique como urbanizable de uso industrial, para lo que es necesario redactar y tramitar un Plan Parcial y un Proyecto de urbanización, así como ejecutar las obras para dotar al suelo de todos los servicios urbanísticos, gastos que el Ayuntamiento asume realizar y que, como se declara con toda corrección en la sentencia recurrida, constituye una estipulación ilegal por no respetar normas imperativas, al igual que es contraria a derecho la estipulación relativa a la licencia provisional de obras por no ajustarse la prevista a la naturaleza jurídica de esta clase de licencias” (FJ 2º).

Y concluye el Tribunal indicando que “es evidente que sin suelo urbanizable, sin Plan Parcial ni Proyecto de urbanización y sin ejecución de ésta para dotar de los servicios necesarios al suelo, no resulta posible instalar la industria para lo que se compra la finca y se recibe la subvención”, de lo que resulta la total vinculación entre sí de todos los pactos suscritos en el protocolo y, por tanto, de la adecuada resolución de la sentencia de instancia, desestimando de esta manera el recurso interpuesto.

XI. Urbanismo

B) Proyecto de Reparcelación: falta de documentación

El TS tiene que resolver en su STS de 3 de noviembre de 2008, Ar. 5851, un conflicto en el cual la recurrente alega vulneración de sus derechos, básicamente, indefensión, porque en la documentación que debe acompañar a un proyecto de reparcelación no aparece una lista de propietarios afectados, lo que determina, a juicio de la recurrente, que sea imposible conocer los propietarios afectados, y, en resumen, del derecho del conjunto de propietarios.

Previamente a entrar en ese tema, el TS resuelve otro asunto en el cual creemos conveniente detenernos de forma breve. La recurrente considera vulnerados los artículos 17 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales 1372/1996, al considerar que el Ayuntamiento recurrido no ha probado el uso público de algunos bienes afectados por el proyecto de reparcelación discutido, tales como varios caminos y otros elementos. El TS alega que es la recurrente la que argumenta la titularidad privada de dichos bienes y, por tanto, es a ella a quien corresponde la carga de la prueba, al decir “que no es al Ayuntamiento a quien corresponde acreditar que los bienes son de titularidad y uso públicos pues la carga de la prueba recae sobre quien pretende que en el seno del procedimiento de reparcelación se les reconozca como bienes de titularidad y uso privativos” (FJ 4º).

En cuanto al asunto principal antes referido, el TS indica que es cierto que la sentencia recurrida no hace un análisis pormenorizado de la documentación obrante en el expediente, pero ello no impide que se puedan conocer los propietarios afectados y, por tanto, que no se haya producido indefensión. Así, tras analizar la documentación existente y reconocer que no existe una lista de propietarios, señala que se pueden conocer los propietarios afectados a través de la ficha correspondiente a cada una de las parcelas, donde figura la identidad del titular del terreno. Por ello, descarta que se haya producido indefensión, lo que se reafirma en el hecho de que, en el transcurso del procedimiento contencioso-administrativo, la recurrente ha impugnado precisamente el contenido del proyecto de reparcelación en lo que se refiere a la superficie de las fincas aportadas. En base a esta argumentación, el TS desestima el recurso interpuesto.

3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Para que pueda aplicarse el artículo 29 de la Ley 6/1998 es necesario que el planeamiento no atribuya aprovechamiento lucrativo alguno al suelo expropiado

Así lo ha puesto de manifiesto el TS en numerosas sentencias, entre otras, tales como las SSTs de 20 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1370), de 11 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1889), de 9 de abril de 2008 (RJ 2008, 768), de 15 de abril de 2008 (RJ 2008, 1772), de 27 de junio de 2008 (RJ 2008, 3286), de 7 de julio de 2008 (RJ 2008, 6616), de 29 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7296) y de 30 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7299), que han reproducido iguales motivos de casación y en las que se ha resuelto en idéntico Fundamento Jurídico lo siguiente:

“Para que hubiera podido procederse a la aplicación de dicho precepto (artículo 29 de la Ley 6/1998), hubiera sido necesario que el planeamiento no atribuyese aprovechamiento lucrativo alguno al suelo expropiado (...)

No cabe, pues, alegar vulneración del artículo 29 de la Ley 6/1998 con la finalidad de impugnar la delimitación de un área de reparto, ni puede argumentarse una vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas cuando en el planeamiento se fija un aprovechamiento tipo teniendo en cuenta lo que se dispone en la Ley, precisamente para respetar tal principio. (...)

Sólo podría aplicarse el artículo 29 de la Ley 6/1998 si concurriesen los presupuestos exigidos en dicho precepto, pero es lo cierto que el Área de reparto de (...) aparece delimitada como tal en el PGOU de Irún y además dicho plan le atribuye un aprovechamiento tipo”. (FJ 6º, **STS de 20 de febrero de 2008**).

B) No procede la valoración como suelo urbanizable la del suelo con destino a viales destinados a vía interurbana que no forma parte del entramado urbano. No obstante, sí procedería en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad

En este sentido, la **STS de 6 de febrero de 2008** (RJ 2008,1354), ha establecido en su FJ 4º lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Sala, como recogemos en Sentencia de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1920) invocando la de 11 de enero de 2006 (RJ 2006, 1156), exige que, cuando se trata de una vía interurbana, como es el caso, la misma ha de estar integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en el Plan de Ordenación del mismo, en cuyo caso ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que la finca está clasificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal, supuesto este concurrente en el presente caso. La doctrina que antes recogíamos se completa con la que establecen las Sentencias de esta Sala de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 705) y 22 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9435); según las cuales la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengan clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción que se fija en las Sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7463), entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas, aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad.”

Asimismo, dicha doctrina se ha visto reiterada en el FJ 2º de la **STS de 4 de junio de 2008** (RJ 2008, 3121), en el FJ 7º de la **STS de 10 de junio de 2008** (RJ 2008, 6355) y en el

XI. Urbanismo

FJ 1º de la STS de 16 de junio de 2008 (RJ 2008, 6392), en la que, a mayor abundamiento, se expresa:

“Nuestra doctrina impide considerar, a efectos de su valoración, como suelo urbanizable unos terrenos que, clasificados como no urbanizables, se expropián para la construcción de un vial interurbano no contemplado en el planeamiento como integrado en la red viaria de interés municipal. La tasación como urbanizable del suelo destinado a sistemas generales, ya venga clasificado como no urbanizable, ya carezca de clasificación específica, procede en aquellos supuestos de sistemas generales que sirvan para ‘crear ciudad’, cualidad predicable de las que integran el entramado urbano, pero no de las vías interurbanas (...)”.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Bienes locales. A) Bienes patrimoniales afectos a fines públicos: normas por las que se rigen. B) Desafectación de los bienes de dominio público: condiciones exigidas para que se produzca. C) Enajenación del patrimonio local: condiciones para la venta de parcelas sobrantes. D) Enajenación del patrimonio local: condiciones para que sea procedente la venta mediante permuta. E) Potestad de recuperación de oficio: condiciones para su ejercicio. F) Potestad de recuperación de oficio: jurisdicción competente. G) Potestad de recuperación de oficio: procedimiento para hacer efectivo el ejercicio de la potestad.

2. Aguas marítimas. A) Deslinde del dominio público costero. a) Su finalidad es declarar demanio marítimo lo que es tal por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo. b) Procedimiento: no cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor original de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992. Los deslindes posteriores a 1 de enero de 2003 caducarán transcurridos veinticuatro meses desde su incoación. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. a) Edificaciones en servidumbre de protección: cabe responsabilidad administrativa por las realizadas al amparo de una certificación errónea de los límites demaniales. Normativa previa: cabían nuevos usos, con condiciones. b) No caben edificaciones en zona de servidumbre de tránsito. c) 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. C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre. a) Disposición Transitoria Primera.4 de la Ley de Costas: los propietarios de terrenos comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación del demanio costero tienen derecho a concesión compensatoria por un plazo de treinta años, prorrogables por otros treinta. b) Cualquier uso privativo del demanio marítimo requiere previa concesión por parte de la Administración costera. c) No existe un derecho previo del solicitante al otorgamiento efectivo de la concesión. D) Puertos. a) Exigencias de responsabilidad patrimonial a la Administración portuaria estatal: desestimaciones por ausencia de nexo causal y de lesión. b) Concesión para construcción y explotación de puerto deportivo. c) Autoridades Portuarias: representación sindical en sus Consejos de Administración.

E) Pesca y cultivos marinos. a) Nulidad parcial de un Reglamento de Cofradías que excede lo establecido en la Ley a la que desarrolla. b) La Capitanía marítima no es responsable por el bloqueo del puerto llevado a cabo por buques pesqueros. c) Infracciones en materia de pesca: incumplimiento de la obligación de entregar a las autoridades las hojas del Diario de Pesca y la declaración de desembarque a la llegada a puerto. **3. Carreteras y caminos.**

A) Como regla general, la valoración del suelo expropiado para la construcción de vías de comunicación interurbanas ha de hacerse como si de suelo no urbanizable se tratara.

4. Minas. A) Para hacer uso (ahora en el ámbito minero), del procedimiento expropiatorio de urgencia previsto en el artículo 52 de la LEF, ha acreditarse efectivamente la existencia de las circunstancias excepcionales que lo justifiquen. B) Cuando los propietarios de

unos terrenos que estén ejercitando el derecho de explotación de recursos de la sección A) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Minas se vean afectados por un expediente expropiatorio, la determinación del justiprecio no resultará de sumar el valor del derecho a la explotación con el valor del suelo en su estado natural, dado que la explotación simultánea en el tiempo de los aprovechamientos minero y agrícola es incompatible. **5. Montes.** A) Distribución de competencias entre el Estado y

las Comunidades Autónomas en materia de montes. **6. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.**

A) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento de agua en baja. B) Aguas marítimas: puertos. C) Dominio público radioeléctrico. D) Otro dominio público: dominio público local. a) Utilización del dominio público local en general.

b) Tasa al 1,5% que se exige a las empresas suministradoras de servicios de interés general.

E) Fiscalidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

1. BIENES LOCALES

A) Bienes patrimoniales afectos a fines públicos: normas por las que se rigen

La STSJ de Navarra 341/2008, de 30 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre las normas aplicables a la venta de una parcela municipal para la construcción de viviendas, que formaba parte del patrimonio municipal del suelo. El Tribunal entiende que se deben aplicar las normas administrativas y el pliego de cláusulas que sirvió a la subasta, en las que se fijaban límites cuantitativos para la venta de las viviendas y las

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

plazas de aparcamiento y otras limitaciones. Dicha discusión surge con motivo de la inclusión en la licencia urbanística de las condiciones que aparecían en el pliego de condiciones antes indicado.

B) Desafectación de los bienes de dominio público: condiciones exigidas para que se produzca

La STSJ de Castilla y León (Burgos) 107/2008, de 22 de febrero, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre las condiciones exigidas para poder desafectar un bien y el control de éstas por los tribunales, reiterando jurisprudencia anterior de la propia Sala y también del Tribunal Supremo.

En este sentido, en la Sentencia comentada se reproduce la doctrina de las Sentencias del TS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de fecha 26 de febrero de 2001 y 14 de noviembre de 2002. En ellas se parte de que en los artículos 81 de la Ley de Bases de Régimen Local y 8 del Reglamento de Bienes de 1986 se establece que la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales requiere expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad. La determinación de la oportunidad es una decisión discrecional. Decisión que es controlable sólo hasta donde lo permite el contraste con el ordenamiento jurídico a través de las plurales técnicas admitidas por la jurisprudencia –fundamentalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y principios generales del Derecho–, si bien, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) justifica, además, la exigencia de una motivación suficiente respaldada en datos objetivos con los que ha de mantener una cierta coherencia lógica la decisión administrativa adoptada, aunque, desde luego, ha de reconocerse que la Administración conserva un ámbito de opción que posibilita alternativas diversas, jurídicamente legítimas, en función del interés contemplado por la norma habilitante de la potestad que ejercita. De esta forma son controlables por los tribunales elementos justificativos de la desafectación como el desuso del bien u otros elementos objetivos utilizados.

C) Enajenación del patrimonio local: condiciones para la venta de parcelas sobrantes

La STSJ de Andalucía (Granada) 366/2008, de 17 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre la obligatoriedad de tramitar el procedimiento legalmente previsto para calificar una parcela como sobrante y poder adjudicarla directamente a su colindante; y las consecuencias que tiene la falta de tramitación de dicho procedimiento de calificación en las ventas realizadas.

En concreto, en la Sentencia citada se afirma que la declaración de nulidad del acuerdo previo por el que se procedió a enajenar directamente, sin subasta pública, el terreno en cuestión, sin comunicarlo a la Comunidad Autónoma, ha de ser analizada en relación a la naturaleza jurídica de dicho bien. El terreno, inicialmente destinado a viales, podría configurarse como sobrante entendido según el artículo 7 del Reglamento de Bienes de 1986, como “aquellas porciones de terreno propiedad de las Entidades Locales que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento, no fueran susceptibles de uso adecuado”, siempre que así se hubiera calificado tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo con todas las garantías formales que exige dicha alteración a los efectos de su enajenación, incluida la valoración técnica de la misma que acredite de forma fehaciente su justiprecio. Así, concretamente el

artículo 8 indica que la alteración de calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales requiere expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad (criterios reproducidos en el artículo 50.13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 1986), y previa una información pública no inferior al mes, dicho expediente deberá ser resuelto por la Corporación local respectiva mediante la adopción del acuerdo correspondiente con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación. La STS de 1 de julio de 1998 hace referencia a estos requisitos. Sólo existe un supuesto en que no se necesita la tramitación del referido expediente, que es el recogido en el número 4, apartado a), del artículo 8, produciéndose automáticamente la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales en el caso de aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios.

La calificación del terreno como sobrante determina la aplicación del artículo 115.1 del citado Reglamento de Bienes de 1986 que establece que serán enajenados por venta directa al propietario o propietarios colindantes o permutados con terrenos de los mismos. Sin embargo, para la Sentencia comentada, de lo obrante en el expediente y de lo actuado en los autos, no se desprende la existencia de la tramitación de un expediente que conlleve a la declaración del terreno en cuestión como terreno sobrante, circunstancia por la que ha de rechazarse esta posibilidad. De ahí que en el caso debatido se anulen los actos de enajenación directa de la parcela.

D) Enajenación del patrimonio local: condiciones para que sea procedente la venta mediante permuta

La STSJ de la Comunidad Valenciana 1739/2007, de 7 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, se pronuncia sobre las condiciones para realizar la permuta de bienes municipales por cosa futura.

En relación con tal posibilidad el Tribunal considera que en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 1986 se dice que no será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor.

Partiendo de esta regulación, a continuación el Tribunal reproduce la interpretación jurisprudencial del citado artículo dada por las SSTS de 31 de enero de 2000 y 2 de julio de 2002 y fundamentalmente del alcance de la exigencia de un expediente previo en el que se acredite la oportunidad de ésta. Así, en ellas se dice que el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales exige, para que sea posible la enajenación mediante permuta de bienes patrimoniales del Municipio, previo expediente “que acredite la necesidad de efectuarla”. En el caso que se enjuicia ha existido un expediente, pero no se ha acreditado la necesidad de tal permuta. En el expediente se justifica la conveniencia, o, si se quiere, la necesidad de adquirir para dedicarlo a una instalación deportiva. Pero lo que falta de manera absoluta son los informes y consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justifiquen la necesidad de efectuar esa adquisición mediante permuta, sistema excepcional de enajenación de los bienes municipales que los excluye de la subasta. Si se consideraba necesaria la adquisición pudo llevarse a cabo

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

por los procedimientos de compra o expropiación forzosa. Pero acudir al régimen excepcional de la permuta requería, por mandato del artículo 112.2, acreditar la necesidad de utilizar esta forma excepcional de enajenar los solares municipales. Éste es el requisito legal incumplido por el Ayuntamiento, que determina la vulneración del citado precepto y, por tanto, la concurrencia de causa de anulación del acto administrativo aprobatorio de la permuta.

Y sigue diciendo la Sentencia comentada, reiterando jurisprudencia del TS anterior, ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a la permuta no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios, circunstancias concurrentes en la cuestión examinada sobre la que en parecidos términos se expresó esta Sala y Sección en la Sentencia de 31 de enero de 2000.

Por último, la Sentencia comentada indica que al valorar esa necesidad se debe tener en cuenta la reiteración con que el Ayuntamiento está haciendo uso de este sistema, que no es un argumento por sí solo que lleve a la Sala a alcanzar un pronunciamiento pero sí un hecho a tener en cuenta en la medida en que proporciona un enfoque más adecuado a la realidad del acto administrativo aislado.

E) Potestad de recuperación de oficio: condiciones para su ejercicio

La STSJ de Castilla y León (Burgos) 154/2008, de 25 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre las condiciones para hacer efectiva la potestad de investigación de oficio, reiterando jurisprudencia anterior de la propia Sala y del Tribunal Supremo.

En concreto, resumiendo la jurisprudencia anterior del TS, en la Sentencia comentada se dice que la STS de 23 de marzo de 1999 señala que tal potestad y no simple facultad no es de índole discrecional sino de obligado ejercicio, ejercicio además que carece de límite temporal pues puede efectuarse en cualquier momento, dada la imprescriptibilidad del dominio público. Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que el ejercicio de esta potestad recuperatoria de los bienes demaniales está sujeto a dos requisitos fundamentales: 1) Demostrar que los bienes usurpados son del dominio de la Administración que ejerce esta facultad, y 2) El uso público debe haber sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria (SSTS de 2 de junio y 17 de julio de 1987, 2 de junio y 30 de diciembre de 1986; 2 de febrero de 1982, y 3 de octubre de 1981). Del mismo tenor es la STS de 19 de junio de 1998 y 14 de mayo de 2002. A estas condiciones la STS de 14 de mayo de 2002 añade seguir el procedimiento previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986.

En relación con la primera condición expuesta, en la Sentencia comentada, haciendo referencia a la STS de 3 de marzo de 2004, se dice que basta con la constancia de la condición

demanial del bien que la Administración local trata de recuperar de oficio, para que aquélla no tenga que acreditar además la efectividad de una posesión pública del bien que, por lo demás, es inherente al carácter y régimen jurídico del bien que constituye un camino público y que se entiende destinado al uso público (artículo 339.1º Código Civil). Sólo cuando no hay reconocimiento o constancia de la demanialidad del bien, resulta aplicable la jurisprudencia, según la cual, basta con la acreditación de una posesión pública anterior y la existencia de una usurpación reciente de tales bienes (artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), sin que la Administración local deba acreditar en sede jurisdiccional contencioso-administrativa la plena titularidad demanial de aquéllos; y ello, naturalmente, sin perjuicio de la acción de quien se crea titular dominical de los bienes sobre los que se ejercita el *interdictum proprium* para reivindicarles ante la jurisdicción civil, ya que ni la Administración por sí, primero, ni esta jurisdicción, después, pueden determinar las titularidades dominicales o resolver las cuestiones de propiedad [artículos 2.a) y 4 LJCA].

F) Potestad de recuperación de oficio: jurisdicción competente.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) 154/2008, de 25 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre la jurisdicción competente para conocer los actos relativos a la potestad de investigación de oficio, reiterando jurisprudencia anterior de la propia Sala y del Tribunal Supremo.

En particular, en la Sentencia comentada se dice que el TS en su Sentencia de 14 de octubre de 1998 señala que es doctrina reiterada de la Sala (Sentencias, entre otras, de 23 de enero de 1990, 15 de octubre de 1997 y 1 de abril de 1998) que la competencia de esta jurisdicción ha de limitarse a enjuiciar el correcto ejercicio por parte de los Entes locales de las facultades recuperatorias que se les atribuye por el artículo 82.a) de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y los artículos 70 y 71 del Reglamento de Bienes de 1986, quedando reservada la decisión sobre la propiedad o posesión definitiva de los mismos a los Tribunales de la jurisdicción civil, por lo que ni la confirmación ni la revocación del acto impugnado han de prejuzgar estas cuestiones, siquiera para dilucidar tanto el carácter presuntivamente público o privado de tales bienes sea preciso analizar en vía contencioso-administrativa los elementos probatorios que *prima facie* pudieran configurarlos como de una u otra clase.

En esta misma línea interpretativa, sigue diciendo la Sentencia comentada, insiste la STS de 9 de mayo de 1997 cuando reseña que corresponde a esta jurisdicción el pleno control de legalidad del referido acto administrativo que acuerda la demolición del cerramiento que, para ajustarse a Derecho, debe encontrar su justificación en el adecuado ejercicio de la potestad administrativa de recuperación de oficio de los bienes demaniales de las Entidades Locales. En efecto, conforme al artículo 82.a) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985 y 44 y 70 del Reglamento de Bienes de 1986, dichas Entidades gozan, respecto de sus bienes, de la prerrogativa de recuperar su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público. Ahora bien, tal prerrogativa se traduce en una medida provisoria orientada a la defensa de la posesión de tales bienes con reserva, en todo caso, a la jurisdicción civil de la determinación definitiva de los derechos de propiedad. Consecuentemente, no ejercita la Administración, en este caso, municipal una acción reivindicatoria sino que utiliza una

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

potestad enmarcada dentro del régimen exorbitante de los bienes de dominio público para su defensa posesoria y siempre a reserva de la eventual decisión sobre la propiedad, la titularidad y extensión del dominio público en relación con las propiedades colindantes.

G) Potestad de recuperación de oficio: procedimiento para hacer efectivo el ejercicio de la potestad

La STSJ de Castilla y León (Burgos) 154/2008, de 25 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre las condiciones que debe cumplir la tramitación del procedimiento administrativo para recuperar de oficio la posesión de un bien, reiterando jurisprudencia anterior de la propia Sala y del Tribunal Supremo.

Así, para poder tramitar este procedimiento es necesario que existan unos indicios de usurpación del bien público acreditados en el mismo. En este sentido, en la Sentencia comentada, reiterando jurisprudencia de la misma Sala, se afirma que el artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de 1986 precisa que la recuperación en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se tratare de repeler usurpaciones recientes, y en el caso enjuiciado no existe acuerdo previo sino que de plano se procede a la recuperación requiriendo a los recurrentes para que dejen libre y expedito el camino y que de no hacerlo se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 70 y siguientes del Reglamento de Bienes, pero esto no es lo que se debe hacer sino que cuando se recibe la denuncia debe practicarse prueba que acredite indiciariamente la posesión pública, oír a los interesados y después en su caso dictar el acuerdo recuperatorio, pero no como se ha hecho, al revés, primero se requiere que se deje expedito el camino porque en su caso se incoará el procedimiento, lo que no resulta de la regulación legal. Por ello y como señala el TS en la Sentencia de 11 de febrero de 1998 el artículo 70 del Reglamento de 13 de junio de 1986 se ha ejercitado de plano y sin seguir el procedimiento administrativo señalado al efecto, puesto que no existe expediente, como no existe la más mínima acreditación de la posesión pública previa, basándose el acuerdo adoptado únicamente en un fragmento de documento, y que no puede formar parte de un Inventario de Bienes, tal como se opone por el Ayuntamiento y se recoge en la sentencia apelada, porque ha quedado demostrado que ese Inventario no existe. Adolece pues el llamado expediente recuperatorio del mínimo elemento de apoyo exigible para acreditar esa previa posesión pública que podría justificar la decisión adoptada según el artículo 70.

2. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del dominio público costero

a) Su finalidad es declarar demanio marítimo lo que es tal por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo

Como en la mayor parte de las crónicas sobre costas publicadas hasta el momento, también en esta ocasión hay que señalar un buen número de Sentencias que resuelven recursos presentados frente a Órdenes aprobatorias de procedimientos de deslinde, en el sentido de ratificar el carácter demanial de los bienes costeros que por su naturaleza y características físicas se acomodan a las determinaciones normativas al efecto. Y ello con independencia de que existan deslindes

previos, que no imposibilitan la realización de otros posteriores si los llevados a cabo resultan incorrectos, incompletos o inexactos (SSAN de 4 de febrero y 3 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso, recursos 287/2006 y 254/2007, FJ 2º). Se mencionan entre otras las SSAN de 11 y 25 de febrero (dos), 4 y 25 de marzo, y 4 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso (recursos 14/2005, 344/2006, 183/2007, 528/2007, 77/2006 y 227/2007), así como la STS de 21 de enero de 2009, Sala Tercera (recurso 7867/2004), referidas a playas, SSAN de 28 de enero y 4 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso (recursos 182/2007 y 407/2006), sobre la zona marítimo-terrestre, y la SAN de 3 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 254/2007, FJ 5º), referida a terrenos inundables por la acción del mar.

b) Procedimiento: no cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor original de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992. Los deslindes posteriores a 1 de enero de 2003 caducarán transcurridos veinticuatro meses desde su incoación

Aunque los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992 fueron objeto de una profunda reforma por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, con el fin de simplificar el régimen del silencio administrativo, a los asuntos enjuiciados por las SSAN de 17 y 25 de febrero, 3 y 25 de marzo, y 1 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso (recursos 810/2008, 344/2006, 254/2007, 77/2006 y 227/2007), les resultaban todavía de aplicación sus tenores originales. Conforme a éstos, el plazo de tres meses para concluir los procedimientos mediante resolución expresa sólo operaba en relación a los iniciados a instancia de parte, permaneciendo los impulsados de oficio al margen de dicha limitación, y cabiendo sólo declaración de caducidad de estos últimos en los casos en que no fuesen susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. Son estas dos razones las que determinan que las pretensiones de los recurrentes en orden a declarar caducados diversos deslindes del demanio costero inconclusos en el plazo señalado sean desestimadas, al argumentar la Sala que, por un lado, no se trataba de procedimientos iniciados a instancia de parte –lo que imposibilita la aplicación del primero de los preceptos citados– y que, por otro, eran susceptibles al tiempo de producir efectos favorables tanto para terceros como para el mismo interés general –impidiendo declaraciones de caducidad automáticas–.

En la actualidad, y tras la modificación del artículo 12.1 de la Ley de Costas efectuada por Ley 53/2002, la cuestión de la caducidad de los procedimientos de deslinde está resuelta expresamente desde la normativa específica: caducan por el transcurso de veinticuatro meses sin resolución. Sin embargo, este precepto sólo resulta de aplicación a los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2003.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) Edificaciones en servidumbre de protección: cabe responsabilidad administrativa por las realizadas al amparo de una certificación errónea de los límites demaniales. Normativa previa: cabían nuevos usos, con condiciones

La Ley de Costas prohíbe las edificaciones destinadas a residencia o habitación en el dominio público marítimo-terrestre y también, con carácter general, en la zona de servidumbre de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

protección. No obstante, si la realización de estas obras se explica en la emisión por el Servicio Provincial de Costas de una certificación errónea sobre los límites de ambas –que hace creer a los actores que edifican sobre terreno externo a ambas–, aunque no procede su legalización, sí ampara una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados, dada la evidente relación de causalidad entre la actuación certificatoria inexacta y la edificación de la vivienda posteriormente demolida (SAN de 11 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 448/2007).

Lo dicho al inicio del párrafo anterior no impedía que, en la redacción de la Disposición Transitoria Tercera.3 de la Ley de Costas anterior a su reforma por Ley 53/2002 (aplicable a los casos enjuiciados por la STS de 26 de enero de 2009, Sala Tercera, recurso 8852/2004 y por la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 543/2006), en terrenos calificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la norma se admitieran excepcionalmente nuevos usos y construcciones. Eso sí, deberían garantizar la efectividad de la servidumbre y no perjudicar el demanio marítimo, además de existir un planeamiento especial que proporcionase un tratamiento urbanístico homogéneo a la fachada urbanística, mantener las nuevas construcciones la misma alineación (siempre que fuera urbanización cerrada y que la longitud de los solares no excediera la cuarta parte de la longitud total de la fachada existente), y se tratase de solares aislados con medianerías de edificación consolidada a uno o ambos lados. Estos requisitos no se cumplen en los supuestos litigiosos.

b) No caben edificaciones en zona de servidumbre de tránsito

Tampoco proceden edificaciones en la servidumbre de tránsito –correspondiente a la zona de servidumbre de protección más próxima a la ribera del mar–, que debe quedar permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de salvamento y vigilancia (STSJ de Galicia de 26 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 4672/2007).

c) 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

Nuevamente hay que hacerse eco de un conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales en torno a las Disposiciones Transitoria Tercera.3 de la Ley de Costas y Transitoria Novena de su Reglamento. 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 la misma 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. Nada de esto sucede en los casos analizados por las SSAN de 11 y 25 de febrero y 25 de marzo de 2009 (dos), Sala de lo Contencioso (recursos 14/2005, 344/2006, 77/2006 y 43/2007), respectivamente, por lo que no proceden las reducciones solicitadas.

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre**a) Disposición Transitoria Primera.4 de la Ley de Costas: los propietarios de terrenos comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación del demanio costero tienen derecho a concesión compensatoria por un plazo de treinta años, prorrogables por otros treinta**

La SAN de 28 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 380/2007), recuerda que, al amparo de la Disposición Transitoria Primera.4 de la vigente Ley de Costas, en los tramos de costa en que estuviese completado el deslinde a su entrada en vigor pero hubiera de practicarse uno nuevo para adecuarlo a las nuevas características de los bienes integrantes del demanio, los terrenos que queden comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación quedarán sujetos al régimen establecido en el apartado primero.1 de la Disposición. A tenor de ésta, los titulares de espacios situados en el dominio público costero que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del demanio durante treinta años prorrogables por otros treinta, respetando los usos y aprovechamientos existentes y sin obligación de abonar canon. Así sucede en el supuesto enjuiciado, procediendo por tanto el mecanismo compensatorio de la expropiación legal que supone la eliminación de los enclaves privados en el demanio costero.

b) Cualquier uso privativo del demanio marítimo requiere previa concesión por parte de la Administración costera

Por su parte, la SAN de 18 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 384/2008), explica con claridad la manera de interpretar conjunta y armónicamente la legislación costera y la del sector eléctrico, en lo que se refiere a los distintos títulos requeridos para las actividades de generación, transporte y distribución de energía eléctrica en cuanto tales y para la instalación de las infraestructuras que la posibiliten, cuando éstas requieran la ocupación de parte del dominio público marítimo-terrestre. Frente a la pretensión de la empresa recurrente –que no consideraba precisa una concesión demanial, sino el mero establecimiento a su favor de una servidumbre de carácter permanente mientras se mantenga la necesidad de suministro, en aplicación de la Ley del Sector Eléctrico y su declaración de utilidad pública de la ocupación de bienes para instalaciones eléctricas–, la Sala recuerda lo dispuesto en el artículo 40 de la misma norma, que dispone que las instalaciones de distribución de energía eléctrica requieren autorización administrativa para su construcción, modificación, explotación y transmisión “sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias, de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables”. Aquí resultan de aplicación, pues, los artículos 64 y siguientes de la Ley de Costas, que supeditan cualquier uso privativo del demanio marítimo a la previa concesión otorgada por la Administración costera.

c) No existe un derecho previo del solicitante al otorgamiento efectivo de la concesión

Si bien es cierto ese requerimiento general, no lo es menos la inexistencia de un derecho previo del solicitante a obtener efectivamente la concesión solicitada, tratándose de una decisión

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

discrecional de la Administración, debidamente motivada. Así han insistido en una pluralidad de ocasiones doctrina y jurisprudencia, y así vuelve a hacerlo la SAN de 11 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 375/2007).

D) Puertos

a) Exigencias de responsabilidad patrimonial a la Administración portuaria estatal: desestimaciones por ausencia de nexo causal y de lesión

La SAN de 23 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 537/2006), se pronuncia sobre la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado por el accidente sufrido por un buque a la entrada de un puerto autonómico. Desbroza la Sala el reparto competencial en la materia, situando las estatales en la determinación de la necesidad de un servicio de practicaaje, sus condiciones y posibles exenciones (ya ejercida y reflejada en su creación) y en la señalización marítima, no obstante fuertemente limitada en beneficio de la titularidad de gestión de las autoridades portuarias autonómicas. En este supuesto concreto, ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia determinó que el accidente fue causado por una deficiente ubicación de las señales marítimas, incardinable en las puras competencias de gestión de titularidad autonómica y no en la labor de coordinación propia del Estado. Por esta razón, se desestima el recurso, no apreciándose nexo de causalidad entre la actuación estatal y el accidente.

También es una exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado el motivo de la demanda que desestima la SAN de 13 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 706/2007). En esta oportunidad, no queda demostrada en sentido técnico-jurídico la lesión pretendida por la recurrente (perjuicios económicos derivados de la aprobación de un Plan de Utilización de Espacios Portuarios que amplía la zona de servicios y que obliga a dejar en suspenso la ejecución del Plan Parcial del que era promotora), entendiendo la Sala que lo que existía era una mera expectativa de ganancia, posible pero de resultado inseguro y contingente.

b) Concesión para construcción y explotación de puerto deportivo

La STS de 20 de enero de 2009, Sala Tercera (recurso 4160/2006), considera procedente la concesión otorgada por la Autoridad Portuaria estatal para construir y explotar un puerto deportivo, toda vez que éste va a situarse en la zona de servicio de un puerto de interés general. Y ello aunque dicho otorgamiento fuera previo a la caducidad de una concesión con el mismo fin otorgada en su día a la recurrente por la Administración autonómica: dado que el Estado ya administraba los terrenos en los que va a situarse –desde la ampliación de la zona de servicio del puerto estatal, en la que se incluyeron los mismos–, esa parte del dominio público no se encontraba adscrita a aquélla.

c) Autoridades Portuarias: representación sindical en sus Consejos de Administración

La gestión, administración y explotación de los puertos de titularidad estatal corresponde a las Autoridades Portuarias, entidades de derecho público actuantes bajo las directrices del ente “Puertos del Estado”, que tienen personalidad jurídica propia, y que sujetan su actividad

al Derecho privado salvo en lo referido al ejercicio de las potestades administrativas que les confiere el ordenamiento jurídico. En su Consejo de Administración, y en consideración a los distintos intereses en presencia, deben tener representación, además de otros colectivos y Administraciones públicas, los sindicatos más relevantes en el ámbito de la Autoridad portuaria; expresión esta que, como recuerda la STSJ de Valencia de 30 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 137/2007), corresponde concretar a cada Autoridad en atención a su realidad precisa. En el supuesto enjuiciado, el Tribunal no aprecia que la decisión de la Autoridad portuaria vulnere la libertad sindical.

E) Pesca y cultivos marinos

a) Nulidad parcial de un Reglamento de Cofradías que excede lo establecido en la Ley a la que desarrolla

El Decreto 261/2002, por el que se aprobaron las normas reguladoras de las Cofradías de Pescadores de Galicia y sus Federaciones es declarado nulo en varios de sus preceptos por la STS de 27 de enero de 2009, Sala Tercera (recurso 5661/2006). Así, la posibilidad de que sean intervenidas por la Comunidad Autónoma mediante Decreto no queda amparada por la Ley 9/1993, de Cofradías de Pescadores de Galicia, a la que desarrolla. Como tampoco lo están las restricciones reglamentarias a la elegibilidad como miembros de sus órganos de dirección de quienes desempeñen otra actividad profesional principal distinta a la de empresario o trabajador del sector extractivo, y a la integración en las Cofradías de los trabajadores de campaña que, aunque temporalmente, son profesionales del mar con habilitación administrativa para la extracción de recursos marinos vivos.

b) La Capitanía marítima no es responsable por el bloqueo del puerto llevado a cabo por buques pesqueros

La SAN de 24 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 290/2008), no reconoce la responsabilidad patrimonial de la Capitanía Marítima de Barcelona por la lesión sufrida por una empresa cuyos buques no pudieron zarpar como consecuencia del bloqueo del puerto llevado a cabo por barcos pesqueros que protestaban por el precio de los combustibles. Si bien resulta evidente que la lesión se deriva de la intervención de terceros, y no del servicio público en cuanto tal, la discrepancia radicaba en la corrección de la actuación de la Administración (nexo de causalidad), que se abstuvo de emplear la fuerza en evitación de males mayores. La recurrente considera que debía haber previsto la situación y adoptado medidas que impidieran el bloqueo; interpretación con la que no está de acuerdo el Tribunal, que entiende que la inactividad administrativa no fue sinónimo de ineficacia, desidia o incuria, sino una decisión de buen juicio, a la vista del alto grado de riesgo que comportaba su intervención.

c) Infracciones en materia de pesca: incumplimiento de la obligación de entregar a las autoridades las hojas del Diario de Pesca y la declaración de desembarque a la llegada a puerto

El incumplimiento de la obligación de entregar a las autoridades competentes las hojas del Diario de Pesca y la declaración de desembarque a la llegada a puerto, en los plazos norma-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

tivamente establecidos, es una infracción administrativa tipificada en el artículo 96.1.t) de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado. La sanción que lleva anudada es multa de 301 a 60.000 euros, cantidad esta última que es confirmada por la SAN de 11 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 99/2008), por estar calculada conforme a los criterios de individualización establecidos.

3. CARRETERAS Y CAMINOS

A) Como regla general, la valoración del suelo expropiado para la construcción de vías de comunicación interurbanas ha de hacerse como si de suelo no urbanizable se tratara

La STS de 17 de febrero de 2009 (recurso 2406/2005), vuelve a plantear el tema de la valoración que corresponde hacer de los suelos que se expropián con la finalidad de ejecutar un sistema general, en concreto la construcción de una carretera, cuando no viene adscrito por el planeamiento a una específica clase de suelo. El recurrente pretende que el Tribunal entienda que la carretera cuya realización motivó la apertura del expediente expropiatorio es una infraestructura de acceso a esa ciudad y, por tanto, que crea ciudad, de ahí que concluye que la expropiación del suelo que ha de realizarse para su construcción ha de valorarse como si de suelo urbanizable se tratara.

El Tribunal rechaza el mantenimiento de esta postura, al menos de forma generalizada. Es así que procede a matizar la doctrina jurisprudencial relativa a la expropiación de suelo con destino a sistemas generales.

A tal efecto precisa el alcance de dicha doctrina en lo que a vías de comunicación se refiere, recordando que las redes viarias, tanto urbanas como interurbanas, se integran en el sistema general de comunicaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento General de Planeamiento Urbanístico de 1978, ha de definir el Plan General cuando esa red viaria tiene trascendencia urbana a efectos expropiatorios, independientemente de la clasificación asignada por el Plan a los terrenos sobre los que se asientan. De tal suerte que sólo y únicamente cuando, tratándose de vías interurbanas, éstas se integran dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en el Plan de Ordenación del mismo, ha de considerarse a los efectos de valorar el suelo expropiado para ejecutarlas como suelo urbanizable, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que la finca expropiada para la ejecución de un sistema general viario está calificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal.

En suma, la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, —ya vengán clasificados en el Plan como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica—, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el caso de vías de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, pero no, en general, de las vías de comunicación interurbanas. Lo contrario conduciría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías

de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión. Sólo cabría admitir, como lo ha hecho alguna jurisprudencia, una excepción a lo anterior y así considerar que ha de valorarse como suelo urbanizable el expropiado para construir una vía de comunicación entre grandes áreas metropolitanas aun cuando afecten a términos municipales distintos. Ahora bien, en tales supuestos, habrá de acreditar casuísticamente si la ejecución de la vía responde a esa finalidad de crear ciudad.

En general, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha venido a señalar en relación con las vías de comunicación, que ha de tenerse un especial cuidado en comprobar que, en efecto, se encontraban realmente al servicio de la ciudad, esto es, que estaban verdaderamente incorporadas al entramado urbano. Si así es, la valoración del suelo expropiado para su construcción sí se podrá valorar como suelo urbanizable, y no en caso contrario. Pero, como se ha indicado, todo dependerá del análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso, que suministran las pautas para emitir un juicio sobre la condición de los terrenos expropiados a efectos de su tasación.

4. MINAS

A) Para hacer uso (ahora en el ámbito minero), del procedimiento expropiatorio de urgencia previsto en el artículo 52 de la LEF, ha acreditarse efectivamente la existencia de las circunstancias excepcionales que lo justifiquen

En materia de minas resulta interesante la STS de 18 de marzo de 2009 (recurso 5476/2005). En ella, el supremo órgano jurisdiccional se pronuncia acerca de la posibilidad de aplicar el procedimiento urgente de expropiación forzosa previsto en los artículos 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa (LEF) y 56 de su Reglamento de desarrollo, a la vista de lo dispuesto en los artículos 105 y concordantes de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas. Para comprender el fondo del asunto resuelto, conviene recordar que de acuerdo con el artículo 105 LM:

“1. El titular legal de una concesión de explotación, así como el adjudicatario de una zona de reserva definitiva, tendrán derecho a la expropiación forzosa u ocupación temporal de los terrenos que sean necesarios para el emplazamiento de los trabajos, instalaciones y servicios.

2. El otorgamiento de una concesión de explotación y la declaración de una zona de reserva definitiva llevarán implícita la declaración de utilidad pública.”

En el caso de autos ocurría que se había declarado la expropiación de unos terrenos de acuerdo con lo preceptuado en el artículo transcrito, pero el Decreto expropiatorio reconocía que a la expropiación debía atribuirse carácter de urgencia y, por tanto, aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 52 de la (LEF).

Al conocer del caso el TS entiende que las razones invocadas en el Decreto, por el que se declaró la urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por las labores, instalaciones y

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

servicios de la concesionaria minera no justifican que se haga uso del especial procedimiento de urgencia previsto en el artículo 52 de la LEF para la ocupación de los terrenos. Y ello sobre la base del abuso que supondría. Alude la Sentencia a que una ya amplia jurisprudencia del Supremo pone de manifiesto que se ha producido una subversión de la institución prevista en el citado artículo 52 de la LEF, en el que se regulan “expropiaciones urgentes”, por virtud de la cual, una unidad jurídica que estaba pensada como una técnica excepcional se ha convertido en una regla general.

En efecto se impone recordar que, en origen, el procedimiento arbitrado en este precepto quiso configurarse como excepcional; esto es, como un remedio de compromiso y coyuntural, que permitiese hacer frente y agilizar las expropiaciones que para la reconstrucción de España se estimaba necesario impulsar en el momento en que esta Ley surge en el panorama normativo, impidiendo que —por las circunstancias de la época— el seguimiento de los trámites del procedimiento ordinario obstruyese, por lo menos en parte, la utilidad y agilidad de éstas. Pese a lo anterior, la realidad de las cosas demuestra que la voluntad del legislador autor de la LEF, ya desde la misma década en que se promulgó, fue mancillada a través de distintas disposiciones sectoriales, que tornaron en general la aplicación de un procedimiento concebido como excepción. Y es por ello por lo que para hacer frente a esta situación se ha ido abriendo paso una corriente jurisprudencial vigorosa que va afrontando con rigor el control de la urgencia en las expropiaciones forzosas así declaradas, tendente a controlar esta excepcional situación, que conduce, en muchos casos, como en el presente, en beneficio de un concesionario, a una situación privilegiada en virtud de la cual puede obtener bienes, sin pago inmediato del justiprecio y por vía de una declaración de urgencia de la expropiación, abonando una cantidad que casi es puramente simbólica en muchos casos en beneficio propio.

En definitiva, considera el Tribunal que para que pueda hacerse uso del procedimiento de urgencia ha acreditarse efectivamente la existencia de las circunstancias excepcionales que lo justifiquen. Aceptar lo contrario equivaldría a convertir el procedimiento de urgencia en la pauta habitual en cualquier expropiación minera —y en otros sectores—. La aplicación de los procedimientos expropiatorios de urgencia exige que se acredite, en definitiva, que, siguiéndose las pautas del procedimiento ordinario, no se puede alcanzar la finalidad perseguida con la expropiación. Es decir, el Tribunal aboga por que no se haga un uso excesivo del recurso al empleo del procedimiento de urgencia, y que quede restringido su empleo a los casos excepcionales en que verdaderamente la Administración ofrezca pruebas que justifiquen la premura.

B) Cuando los propietarios de unos terrenos que estén ejercitando el derecho de explotación de recursos de la sección A) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Minas se vean afectados por un expediente expropiatorio, la determinación del justiprecio no resultará de sumar el valor del derecho a la explotación con el valor del suelo en su estado natural, dado que la explotación simultánea en el tiempo de los aprovechamientos minero y agrícola es incompatible

Asimismo en materia de minas es interesante la STS de 24 de febrero de 2009 (recurso 2471/2005). La sentencia sigue la estela de la doctrina jurisprudencial que reconoce que el propietario de un terreno expropiado para una explotación minera de recursos de la sección A) de la Ley de Minas, tiene derecho a ser indemnizado por el valor potencial de los recursos

que sean susceptibles de apropiación directa por la propiedad, aplicando al efecto un porcentaje de entre el 10% y el 30% de los beneficios netos de la explotación en función de las circunstancias del caso.

En tal sentido, recuerda la resolución seleccionada, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Minas, el aprovechamiento de recursos del grupo A) corresponderá al propietario del terreno salvo que el Estado, cumpliendo lo prevenido en los artículos 20 y 21 de la Ley de Minas, decida aprovechar por sí mismo dichos recursos, sin perjuicio claro está de sus facultades expropiatorias. De lo anterior resulta que el propietario de unos terrenos en los que existan recursos de la sección A) tiene, no una mera expectativa, sino un derecho a llevar a cabo la explotación, derecho del que no puede ser privado si no es en el caso y con respeto a los requisitos mencionados en los artículos 20 y concordantes de la Ley de Minas. Pues bien, cuando los propietarios de los terrenos que están ejercitando el derecho expuesto se vean afectados por un expediente expropiatorio, la jurisprudencia entiende que, por lo que se refiere a la determinación del justiprecio, resultaría erróneo sumar el valor del derecho a la explotación con el valor del suelo en su estado natural, pues el valor real resultaría distorsionado si se acumulan ambos valores, ya que la explotación simultánea en el tiempo de los aprovechamientos minero y agrícola es incompatible, y es por ello que viene admitiendo que han de efectuarse unas valoraciones que oscilan entre el 30% y el 10% del valor potencial de los beneficios netos de la explotación, en función de las circunstancias del caso. Con esta solución, lo que se busca es ajustar la valoración real del inmueble expropiado, atendiendo al valor del suelo rústico y al de la explotación de los recursos minerales de que es susceptible, teniendo en cuenta, como señala la sentencia de referencia, la incompatibilidad de la explotación simultánea del aprovechamiento agrícola y del minero y es en razón de tal planteamiento que la jurisprudencia señala el referido arco de porcentajes, entre el 10% y el 30%, sobre los beneficios netos de la explotación de recursos mineros del grupo A, según las circunstancias del caso, como integrante del justiprecio junto al valor del suelo en su estado natural. De tal forma que el justiprecio de la expropiación quedará fijado en estos supuestos en la cantidad que se obtenga al sumar el correspondiente porcentaje del beneficio de la explotación minera (porcentaje que se sitúa entre el 10% y el 30% del valor potencial de los beneficios netos de la explotación) y la cantidad reconocida como valor del suelo.

Pero no es ésta la forma de evaluar el importe del justiprecio que corresponde en el caso de autos, en el que no se está ante la aplicación de un porcentaje sobre el rendimiento neto de la explotación, a que se refiere la jurisprudencia invocada, sino ante la determinación de ese rendimiento neto mediante un porcentaje sobre el valor bruto del resto de los recursos minerales susceptibles de explotación, cuyo resultado se considera en su totalidad como cuantía del justiprecio.

Por otra parte, esta sentencia también recuerda que es reiterada la jurisprudencia según la cual, los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa gozan de la presunción de veracidad, legalidad y acierto, por lo que sus decisiones merecen ser acogidas con el crédito y autoridad que se desprende de su doble composición técnica y jurídica y de su permanencia y especialización. Recuerda, eso sí, que pese a lo anterior tal presunción es de naturaleza *iuris tantum*, por lo que puede ser revisada en vía jurisdiccional. Sin embargo, como indica la citada sentencia, para que esta presunción sea desvirtuada es necesario que se haga

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

prueba suficiente de que el Jurado al fijar el justiprecio ha incurrido en infracción legal, en un notorio error de hecho o en una desafortunada apreciación de los elementos de prueba existentes en el expediente, acreditación que corresponde a la parte que impugna los acuerdos del Jurado de Expropiación, que es en la que recae el *onus probandi* de las circunstancias. De tal manera que si una parte cuestiona el justiprecio fijado por el Jurado, tiene que demostrar que la apreciación del Jurado al fijar la cuantía fue arbitraria, irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles.

5. MONTES

A) Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de montes

La STS de 2 de marzo de 2009 (recurso 9845/2004), aborda un problema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de montes. De acuerdo con el artículo 149.1.23ª de la Constitución Española vigente, el Estado tiene competencia exclusiva para dictar la “(...) Legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”. Respetando esta premisa, y a partir de ella, todas las Comunidades Autónomas han podido asumir competencias legislativas de desarrollo y de ejecución en relación con este tema. Pues bien, extrayendo con alcance general el fallo de esta sentencia, lo que en ella se hace es recordar que las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia exclusiva para dictar legislación de desarrollo en lo concerniente a los montes, la asumen también para regular los procedimientos administrativos que se prevean en la normativa que dicten sobre el particular. Y a la anterior conclusión no cabe oponer la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común, pues 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. Es decir, se puede cuestionar si la competencia estatal puede incidir más allá del marco básico establecido en la Ley 30/1992 en procedimientos que corresponde regular a las CCAA dentro de sus competencias propias —como en este caso ocurre con la legislación de desarrollo sobre montes—, y a este respecto la sentencia que comentamos ha venido a seguir el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en distintas resoluciones, que ha sido tajante al declarar que cuando la competencia legislativa sobre una materia la tiene atribuida una Comunidad Autónoma, a ésta compete también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla. Cfr. SSTC 175/2003; 227/188, o 98/2001.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento de agua en baja

La naturaleza jurídica de lo que deba exigirse por la prestación del servicio público de abastecimiento de agua, en los casos en que el servicio se presta a través de una sociedad pública o mixta, o una concesionaria, sigue siendo polémica. Lo que se ha intensificado una vez entrado en vigor el siguiente texto de la Ley General Tributaria (LGT), que apuntilla el concepto de

tasa: “Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”. El Tribunal Supremo ha sido defensor de la naturaleza no tributaria de la prestación en estos casos, pero en sentencias recientes como **SSTS de 7 de marzo y 19 de diciembre de 2007** (NR 1727/2002 y 3645/2002, respectivamente), una vez que el Alto Tribunal marca su doctrina relativa a los casos de autos, añade algo que puede ser un avance de cambios en su doctrina: “Por último, a partir de la publicación de la LGT hay que tener en cuenta que a tenor de su artículo 2.2.a) (...) Y este precepto será de aplicación a todas las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en el artículo 1 de la propia Ley”.

Por lo que consta a los Tribunales Superiores de Justicia, la postura es clarísima en la doctrina del TSJ de Castilla y León (Valladolid) y del TSJ de Galicia. El primero, en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de septiembre de 2007** (NR 1667/2005), que anula la llamada Ordenanza Fiscal reguladora de la tarifa del servicio de depuración de la ciudad de Salamanca, respecto de un ejercicio en el que ya se encontraba vigente la nueva LGT, servicio gestionado a través de una concesionaria, entendiendo que la exacción tenía que haberse ordenado como tasa (es perfectamente trasladable el argumentario a la tasa por abastecimiento). El TSJ de Galicia, mediante una **STSJ de Galicia de 29 de junio de 2008** (NR 9051/2005), y unas sesenta sentencias iguales de esa fecha y del día **10 de julio de 2008**, pone de manifiesto la necesidad de que lo que se cobre sea una tasa, aunque intermedie una empresa concesionaria.

Contrario es el parecer del TSJ de Canarias, mediante **STSJ de Canarias (Tenerife) de 4 de julio de 2008** (NR 382/2008), que apuesta por la consideración de un precio sometido al Derecho privado cuando la gestión del servicio es indirecta. Se trataba de una modificación de la ordenación para el ejercicio 2006. La demanda fue interpuesta por la Comunidad Autónoma, en defensa de su potestad autorizatoria de estos precios, para lo que era absolutamente relevante la determinación de la naturaleza jurídico-financiera: en su planteamiento, tratándose de una tasa, no ha lugar tal intervención. Nótese que la Sala ignora de plano el artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, al que no se hace ninguna referencia.

B) 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. Continúan dictándose sentencias estimatorias centradas en esta cuestión, como la **STS de 14 de julio de 2008** (NR 415/2006); las **SSTSJ de Cantabria de 2, 3 y 23 de junio de 2008** (NR 529/2007, NR 528/2007 y NR 746/2007, respectivamente), o la **STSJ de Murcia de 16 de mayo de 2008** (NR 185/2004).

También sentencias más centradas en la legislación más reciente, que consideran que la legislación vigente ha podido zanjar la polémica y rechazan el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Es el caso de las **SSTSJ de Cantabria de 28 de mayo de 2008** (NR 309/2007) y **31 de julio de 2008** (NR 226/2007).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

C) Dominio público radioeléctrico

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestima el recurso planteado por la entidad Sogecable en relación con la tasa de reserva del dominio público radioeléctrico, mediante su **STS de 3 de noviembre de 2008** (NR 343/2006). Se niega por la actora la realización del hecho imponible, alegando que se trata de un mero usuario o, lo que es lo mismo, un titular de una estación “meramente receptora”, excluida de tributación. El Tribunal no está de acuerdo con ello, señalando que ostenta una reserva radioeléctrica para la emisión de su programación y ese uso devenga la tasa: una cosa es que otra entidad como Retevisión le preste los servicios portadores de los servicios de difusión, y otra que Sogecable no sea la titular de las frecuencias, lo que es determinante de la realización del hecho imponible.

Alega en segundo lugar la recurrente que no se ha producido una reserva eficiente del espectro radioeléctrico, contrastándose interferencias generadoras de diversos problemas, que se relacionan. Rechaza la Sala cualquier relevancia de este dato en la realización del hecho imponible.

Finalmente, se discute la cuantía de la tasa, porque –al entender de la actora– los coeficientes utilizados para su determinación no reflejan los factores de aprovechamiento real de las frecuencias utilizadas y mucho menos los valores reales de mercado del uso. Ultima su razonamiento cuestionando el propio texto legal. Pues bien, ante esta fundamentación, el Tribunal se apoya en el Auto del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2005, para ratificar que se trata de una normativa ajustada a derecho. Y concluye que la liquidación está cubierta por dicha normativa.

D) Otro dominio público: dominio público local

a) Utilización del dominio público local en general

La **STS de 19 de junio de 2008** (NR 1841/2006), estima el recurso de casación interpuesto en relación con la legalidad de una Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por utilización del dominio público (Ayuntamiento de Oviedo). En concreto se cuestionaba la tarifa aplicable al vallado de los solares con ocasión de obras de edificación, por haber fijado un único tipo de gravamen para toda la ciudad, sin distinguir en función de las categorías de calle. Se estima el recurso por ese motivo, teniendo en cuenta el reconocimiento de la existencia de distintos valores y rentabilidad de la ocupación en función de la categoría de la calle en la que tiene lugar el aprovechamiento y también por la aplicación de coeficientes extraños al cálculo del valor de la utilidad. También recae sobre tasas de esta naturaleza la **STS de 25 de febrero de 2009** (NR 5517/2006). Se trataba de tasas exigidas a vendedores ambulantes en mercados semanales, etc., dándose la circunstancia de que se bonificaba la tasa a los vendedores residentes en el municipio o en la comarca. La bonificación fue anulada por el TSJ y esa anulación es lo que recurrió el colectivo de comerciantes, no obteniendo éxito. Al entender del Tribunal Supremo, la cuantificación de la tasa debe atender exclusivamente a la idea de mercado.

La **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2008** (NR 107/2007), trata del recurso interpuesto en relación con tasas por ocupación demanial. Se trataba de la ocupación de montes comunales y montes catalogados con infraestructuras emisoras de televisión y torres de telefonía móvil sobre las mismas. El recurso se plantea por lo que afecta a las torres de telefonía móvil.

Se dará la razón al Ayuntamiento, en cuanto a la legalidad de la ordenanza, ya que el monte afectado, de utilidad pública, puede incluirse entre los bienes demaniales y no patrimoniales. Sin embargo, se plantea un problema de fijación del sujeto pasivo, que no es realmente el demandante, sino la entidad a la que se autorizó para ocupar los montes, que es otra, sin perjuicio del “arrendamiento” que haya podido establecer sobre parte de sus instalaciones, para la instalación de torres de telefonía.

b) Tasa al 1,5% que se exige a las empresas suministradoras de servicios de interés general

La STSJ de Madrid de 13 de junio de 2008 (NR 1558/2003), certifica la legalidad de la imposición de esta modalidad de cuantificación a las empresas comercializadoras de energía eléctrica, aunque no sean titulares de la red, para el ejercicio 2003; y ello aunque la Ordenanza se aprobase durante el propio 2003, ya que lo permitía la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 51/2002, que cursó la última gran reforma del sistema tributario local. De igual manera, rechaza el planteamiento de cuestión de inconstitucional, al entender que no se vulneran los principios de justicia tributaria.

La STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2008 (NR 941/2007), trata de la aplicación de estas exacciones a las empresas suministradoras de servicios de telefonía móvil. Sobre la base del texto legal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la demandante pretendía que se excluyeran de los ingresos base de la tasa los correspondientes a los servicios de telefonía móvil. La Sala no comparte esta pretensión, pues una cosa es que no se pueda aplicar el régimen especial de cuantificación al 1,5% y otra que no puedan exigírsele tasas por utilización del dominio a estas empresas, calculadas de acuerdo con los parámetros generales de cuantificación de estas tasas (valor de mercado del uso). Rechaza subsidiariamente la demandante el informe económico-financiero de la tasa. El Tribunal lo analiza y considera que desde la perspectiva formal cumple el requisito de la motivación: parte de una estimación de los ingresos que las empresas pueden obtener por estos servicios en el municipio, así como del análisis del valor catastral del suelo urbano del municipio, así como la estimación de un porcentaje de mínimo aprovechamiento económico que es razonable obtenga el municipio como contraprestación de la cesión demanial. En cuanto al fondo, la demandante no consigue desacreditar el ajuste a valores de mercado del uso de lo derivado de la Ordenanza. Finalmente, el TSJ ratifica que este tipo de Ordenanzas ni vulneran la legislación sectorial de telecomunicaciones, ni el Derecho comunitario.

E) Fiscalidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

Las SSTSJ de Aragón de 23 de junio de 2008 (NR 188/2006) y 30 de junio de 2008 (NR 242/2006), tratan del impuesto de construcciones que se le giró por parte del Ayuntamiento de Huesca a la Comunidad Autónoma de Aragón, con motivo de la construcción de varios aularios de Educación infantil y primaria en colegios públicos. El TSJ estima parcialmente las reclamaciones. Parte el TSJ del reconocimiento de la plena sujeción y no exención de este hecho imponible al ICIO. La Sala refresca el sentido de un artículo como el 80 de la Ley

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de Bases de Régimen Local, en cuanto previene que “Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno”, desacreditando cualquier efecto que se pueda pretender de esto último en contra de la sujeción o no exención a algún tributo. Rechaza asimismo que la Comunidad Autónoma pretenda quedar excluida del concepto “dueño de la obra”. Pero se le da razón en cuanto a la bonificación que por razones de interés general vario puede establecerse por Ordenanza y que se encuentra de hecho fijada por el Ayuntamiento titular de la exacción, en los términos exactos marcados por la Ley de Haciendas Locales (para obras declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, medioambientales, culturales, histórico-artísticas o de fomento del empleo). En el caso concreto, el Pleno del Ayuntamiento no concedió la bonificación. Pues bien, al entender del TSJ faltó motivación en aquella decisión, aclarando acertadamente que puede ser discrecional el reconocimiento de la bonificación en la Ordenanza, pero una vez establecida no es discrecional su concesión, sino que depende de que se cumplan los presupuestos que determinan su concesión, lo que es muy difícil de refutar tratándose de la obra que se trata. Se agravaba la situación para el Ayuntamiento a la vista de precedentes anteriores análogos en los que se había concedido la bonificación.

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Caza. A) La prohibición de cazar especies cinegéticas no catalogadas se justifica por el riesgo acreditado existente para otras sí catalogadas. La no previsión de prohibiciones a la caza en un Convenio de colaboración implica una restricción (y no delimitación) del derecho de propiedad y, por lo tanto, es indemnizable. **2. Recursos naturales.** A) Plan de Ordenación de Recursos Naturales. El cumplimiento del trámite de audiencia requiere la toma en consideración de las alegaciones y su respuesta específica; no basta con su mera formulación y recepción por la Administración. **3. Derechos de emisión de gases de efecto invernadero.** A) La falta de motivación de los Acuerdos del Consejo de Ministros sobre asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es razón suficiente para anular éstos, sin que corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa un juicio sobre la corrección y legalidad de los cálculos matemáticos que llevan a la Administración a asignar una determinada cantidad. **4. Jurisprudencia Comunitaria.** A) Protección de los hábitats naturales. Lista de Lugares de Importancia Comunitaria para la región biogeográfica boreal adoptada mediante Decisión de la Comisión. Criterios de admisibilidad de un recurso de anulación interpuesto por personas físicas o jurídicas contra dicha Decisión. B) Evaluación de las repercusiones de proyectos sobre el medio ambiente. Motivación y publicidad de dicha motivación, de la decisión de no someter un proyecto a evaluación. Directiva 85/337/CEE. C) Aguas: Delimitación de demarcaciones hidrográficas y designación de autoridades competentes. Condena a España por no haber designado a las autoridades competentes por lo que respecta a las Comunidades Autónomas de Galicia, del País Vasco, de Andalucía, de Baleares y de Canarias. Directiva 2000/60/CE. **5. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** A) Derecho a un proceso equitativo. Derecho del público a la información y a la participación en el proceso decisorio cuando se trata de autorizar una actividad que puede entrañar un riesgo para la salud o el medio ambiente. Consideración de una asociación de defensa del medio

ambiente como titular de un derecho. Violación del derecho de acceso a un tribunal.

B) Derecho al respeto de los bienes. Inclusión de la protección del medio ambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas.

C) Derecho al respeto de los bienes. La noción de bien. Inclusión de la protección del medio ambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad.

La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas.

D) Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Instalación de un lugar de descarga de residuos en las proximidades de una prisión. Afectación del derecho al respeto de la vida privada y familiar como consecuencia de las molestias causadas por los olores que emanan de los residuos. Incumplimiento por las autoridades de las obligaciones positivas que al respecto impone el Convenio. **6. Aguas marítimas.** A) Infracciones en materia de

demanio costero: vertido de aguas fecales en la playa. **7. Fiscalidad ambiental.** A) Tributos estatales en materia de aguas: canon de vertido de la Ley de Aguas. a) Normativa reguladora.

b) Determinación de la Administración exactora. c) Hecho imponible. d) Sujetos pasivos.

e) Cuantificación. f) Aplicación del tributo. B) Tributos locales en materia de aguas.

C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos.

a) Utilización de gasóleo bonificado. b) Obligaciones formales. D) Impuestos sobre el

transporte. a) Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. E) Incentivos fiscales

en impuestos ordinarios. a) Impuesto sobre Sociedades.

1. CAZA

A) La prohibición de cazar especies cinegéticas no catalogadas se justifica por el riesgo acreditado existente para otras sí catalogadas. La no previsión de prohibiciones a la caza en un Convenio de colaboración implica una restricción (y no delimitación) del derecho de propiedad y, por lo tanto, es indemnizable

En la STS de 5 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, se resuelve un recurso de casación de la “Comunidad de Regantes Margen Izquierda del Segura”

XIII. Medio Ambiente

contra la Sentencia de 17 de mayo de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la que se desestimaban una serie de recursos interpuestos frente a varias resoluciones de la Consellería de Medio Ambiente, por medio de las cuales se prohibía la caza por motivos biológicos en el coto A 10.239, prohibición que se extendió consecutivamente en los años 1998, 1999 y 2000.

El TS considera que la prohibición se justifica al estar fundamentada en la necesaria protección de dos especies catalogadas como “en peligro de extinción” por el Real Decreto 439/1990, por el cual se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas: la Cerceta Pardilla y la Malvasía Cabeciblanca. Así, pese a que la prohibición de cazar tenía un carácter general (incluyendo también a las especies cinegéticas, no catalogadas), existía riesgo de confusión de la Cerceta Pardilla con la Cerceta Común y la Cerceta Carretona. La prohibición de cazar como medida de protección de dichas especies venía recomendada por la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, el Consejo Municipal de Medio Ambiente de Elche, el departamento de Ecología de la Universidad de Alicante, el CSIC y varias asociaciones ornitológicas, entre ellas, la Sociedad Española de Ornitología, existiendo además una previsión en el Derecho Comunitario sobre la necesidad de medidas de conservación de la Cerceta Pardilla (fundamentadas en el artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE, relativa a la conservación de las aves silvestres).

Cuestión distinta es aquella que versa sobre si la Administración que prohíbe la caza se halla obligada a indemnizar el perjuicio sufrido por la Comunidad de Regantes.

Los recurrentes alegan la existencia de unos Convenios de Colaboración de la Comunidad de Regantes con la Administración en los cuales no existía cláusula alguna que autorizara la supresión de la caza. Consecuentemente, al decretar dicha prohibición, la Consellería de Medio Ambiente habría vulnerado los artículos 1281 y 1119 del Código Civil sobre interpretación de los contratos.

Fundamentándose en su asentada doctrina conforme a la cual la función de interpretar los contratos viene atribuida a los tribunales de instancia, el TS se remite en este punto a la solución aportada por el TSJ de la Comunidad Valenciana y valora únicamente si la solución aportada por este último resulta ilógica, arbitraria o absurda. Llega a la conclusión de que dicha solución fue ilógica, al no haber sido prevista la posibilidad de prohibir la caza en el coto A. 10.239, sino únicamente que el aprovechamiento se realizaría mediante un plan.

El TS se remite entonces a su Sentencia de 3 de noviembre de 2004 (FFJJ 16° y 17°), fruto de un recurso entre las mismas partes y sobre un asunto similar, para afirmar que la prohibición de cazar en el coto A. 10.239 es una restricción al derecho de propiedad del artículo 33 CE, que si bien se halla fundamentada, como este artículo exige, en una causa justificada de utilidad pública o interés social (la protección del Medio Ambiente, artículo 45.2 CE), ello no excluye el deber de la Administración de indemnizar “cuando aquella necesidad de protección acarrea como consecuencia la privación de bienes y derechos de personas concretas”. Así, “la privación del aprovechamiento cinegético que aquella decisión acarrea no constituye una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de ese aprovechamiento por razones de utilidad pública o interés social, que no debe soportar el desposeído sin una congruente remuneración” (STS de 3 de noviembre de 2004, FJ 16°).

El TS fija, finalmente, la cuantía de la indemnización en 85.266,80 euros por cada una de las tres temporadas en las que la caza fue prohibida.

2. RECURSOS NATURALES

A) Plan de Ordenación de Recursos Naturales. El cumplimiento del trámite de audiencia requiere la toma en consideración de las alegaciones y su respuesta específica; no basta con su mera formulación y recepción por la Administración

En la STS de 16 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la misma Comunidad de 13 de julio de 2004 en la que se anulaba el Decreto 164/2001, de 7 de junio, de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León por el que se aprobaba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural Arribes del Duero (Salamanca-Zamora).

El motivo de la demanda inicial, así como del posterior recurso de casación es la omisión total del trámite de audiencia, ya que las alegaciones de más de 80 instituciones y afectados no fueron valoradas ni contestadas. El TSJ constató que la propia Administración reconocía este hecho, al afirmar en su contestación a la demanda que “(...) ninguna obligación impone la Ley acerca de que deban contestarse las citadas alegaciones una a una, y lo cierto es que la respuesta a ellas se encuentra en el propio Plan”.

El TS confirma la sentencia de instancia señalando que el artículo 6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre “no regula un procedimiento concreto para la elaboración de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, pero sí determina de manera expresa que el procedimiento incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados”. Conforme a una asentada jurisprudencia, “el exacto cumplimiento de tales trámites exige no sólo la mera formulación y recepción de los diversos alegatos de esas entidades y particulares, sino la reposada lectura de los mismos por la Administración y su contestación específica sobre las razones que lleven a la aceptación o rechazo de tales alegaciones, para así considerar integrado y realizado el trámite de audiencia pública, que debe posibilitar la corrección de errores, puntos de vista o cambios de enfoque en el contenido del Plan” (SSTS de 25 de febrero de 2003 y de 4 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo). Y añade que “el mero hecho de poner en conocimiento de los afectados el expediente no es cumplimiento del trámite de audiencia. Para que este trámite se entienda cumplido se requiere que se produzca ‘diálogo’, ‘participación’ y ‘respeto’. Pero nada de esto hay cuando la Administración no realiza acto alguno, ni siquiera en trámite de recurso, que demuestre que lo alegado ha sido tomado en consideración de alguna manera en la decisión final”.

De modo que al haberse omitido el trámite de audiencia en su elaboración, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural Arribes del Duero incurre en nulidad de pleno derecho conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/2002, de 26 de noviembre (FJ 3º).

XIII. Medio Ambiente

El TS hace asimismo referencia a otra interesante cuestión relativa al hecho de que los demandantes impugnaron el Plan únicamente en cuanto afectaba al término municipal de Castro de Alcañices y la sentencia de instancia circunscribió el alcance de la nulidad también únicamente a dicho ámbito territorial. Conforme al TS, dicha decisión podría haber sido combatida conforme al artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, “sea por falta de congruencia de la sentencia con lo debatido en el proceso o para señalar la incongruencia interna de la resolución”. Sin embargo, al no haberse planteado tal motivo de casación, no procedía abordar la cuestión (FJ 2º).

Así pues, el TS desestima el recurso de casación, imponiendo 1.500 euros de costas en concepto de honorarios de defensa a la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

3. DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO

A) La falta de motivación de los Acuerdos del Consejo de Ministros sobre asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es razón suficiente para anular éstos, sin que corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa un juicio sobre la corrección y legalidad de los cálculos matemáticos que llevan a la Administración a asignar una determinada cantidad

En la STS de 19 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, se resuelve un recurso interpuesto por la entidad mercantil “LADRI BAILÉN, SL” de producción de ladrillos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero adoptado en su reunión de 21 de enero de 2005, mediante el cual se resolvía asignar a la instalación “Ladri Bailén, SL” un total de 57.033 derechos de emisión (toneladas de CO₂) para el trienio 2005/2007. La Administración desestimó un anterior recurso potestativo de reposición mediante Acuerdo adoptado en su reunión de 9 de junio de 2006, sobre el cual se pronuncia asimismo la sentencia.

La empresa recurrente argumenta que los derechos de emisión asignados no resultaban suficientes, al haber aumentado ésta desde 2002 su capacidad anual de producción de ladrillos mediante la instalación de un horno continuo tipo túnel y nuevas instalaciones de secadero, pasando a unas emisiones de 27.346 toneladas de CO₂ anuales, siendo esta circunstancia reconocida por la Junta de Andalucía, pero desconocida por el Consejo de Ministros, que asignó únicamente derechos por valor de 19.011 toneladas anuales sin explicación alguna.

Conforme a la recurrente, ello implicaría el incumplimiento por parte del Consejo de Ministros del deber de colaborar con las Comunidades Autónomas impuesto por los artículos 3, 4 y 23 del Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

Así, el artículo 3 de la citada norma crea la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático y contiene una obligación de colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas (artículo 3.3).

Por otro lado, en el artículo 4.A.b), relativo a Sectores Industriales, indica que “(...) en la asignación individual se tendrán en cuenta los aumentos de capacidad acometidos con posterioridad al 1 de julio de 2001 que supongan un incremento de al menos el 20% en sus emisiones por entender que anulan la representatividad de las emisiones de referencia”, circunstancia que se dio en el caso particular.

El recurso hace asimismo referencia a la falta de motivación y transparencia en la asignación de derechos, obligación impuesta por el Preámbulo (apartado V) y por el artículo 14.2 del citado Real Decreto de 2004.

Es este último argumento el que el Tribunal Supremo acoge para estimar el recurso, al juzgar la ausencia de motivación suficiente en los Acuerdos del Consejo de Ministros objeto de recurso. Dice que los términos en que el Abogado del Estado se ve obligado a expresarse, en el sentido de que la motivación, fundada en cálculos matemáticos, resulta extensa y complicada y que debido a ello no se encuentra en la propia resolución administrativa objeto de publicación no pueden ser aceptados (FJ 4º).

En cuanto a los cálculos matemáticos que llevan al Consejo de Ministros a asignar 19.001 toneladas anuales en lugar de las 27.346 que requiere “Ladri Bailén SL”, el TS se manifiesta incompetente para pronunciarse sobre la legalidad y corrección de dicha decisión, al no poder “afirmar que a la capacidad productiva verificada por la Junta de Andalucía –y por tanto vinculante– le correspondan efectivamente los derechos de emisión que en concreto se reclaman”. Sin embargo, no requiere pronunciarse al respecto puesto que la falta de motivación por sí misma constituye un vicio de nulidad conforme a los artículos 54 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El TS cita en ese sentido la Sentencia de 7 de noviembre de 2007 (TJCE 2007, 304) del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en relación con la asignación de derechos de emisión en Alemania, en la que se dice que “procede recordar que el cumplimiento de la obligación de motivación en virtud del artículo 253 TCE, tal como la pone de relieve el artículo 9, apartado 3, última frase de la Directiva 2003/87 (LCEur 2003, 3404), relativo a las decisiones de rechazo de un PNA o parte del mismo adoptadas por la Comisión, reviste una importancia aún más fundamental dado que, en el caso de autos, con arreglo al artículo 9, apartado 3, de dicha Directiva, el ejercicio de la facultad de control de la Comisión implica realizar evaluaciones económicas y ecológicas complejas y que el control de la legalidad y el fundamento de estas evaluaciones que efectúa el juez comunitario está restringido”.

Por lo tanto, el TS procede a anular los citados Acuerdos del Consejo de Ministros sin establecer una condena en costas al no existir razones para ello conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Asimismo, llama a la Administración a proceder, a la mayor brevedad, a una nueva asignación de derechos de emisión debidamente motivada.

4. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Protección de los hábitats naturales. Lista de Lugares de Importancia Comunitaria para la región biogeográfica boreal adoptada mediante Decisión de la Comisión. Criterios de admisibilidad de un recurso de anulación interpuesto por personas físicas o jurídicas contra dicha Decisión

La STJCE de 23 de abril de 2009 (Sala Segunda), recaída en el Asunto C-362/06 P, tiene por objeto un recurso de casación interpuesto por el señor Markku Sahlstedt y otros (propietarios de tierras en el lugar declarado), contra el Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 22 de junio de 2006 (Sahlstedt y otros/Comisión) por el que dicho órgano desestimó su recurso dirigido a obtener la anulación de la Decisión 2005/101/CE de la Comisión, de 13 de enero de 2005, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, la Lista de Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) de la región biogeográfica boreal. En el procedimiento comparece también España que solicita que se rechace el recurso de casación formulado.

La clave de la Sentencia que tratamos reside en cuestiones de índole procesal: se trata de determinar los criterios según los cuales puede admitirse, o no, un recurso de personas físicas o jurídicas contra una Decisión de la Comisión. En el caso, la Decisión de la Comisión trataba sobre la inclusión de un territorio finlandés en un LIC. Contra esa decisión recurren unos particulares ante el Tribunal de Primera Instancia y, finalmente, ante el Tribunal de Justicia cuya sentencia examinamos en este lugar. El precepto del derecho originario a considerar va a ser el artículo 230.4 del TCEE que indica lo siguiente:

“Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones (se refiere a la de interposición de recursos de incompetencia), recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.”

El argumento del Tribunal de Primera Instancia (punto 10 de la Sentencia que comentamos) para rechazar su recurso es que la Decisión no contiene ninguna disposición relativa al régimen de protección de los LIC, como medidas de conservación o procedimientos de autorización que deben respetarse, no afecta ni a los derechos y obligaciones de los propietarios de bienes rústicos, ni al ejercicio de esos derechos. El Tribunal declara que la inclusión de un territorio en un LIC no obliga en absoluto a los operadores económicos ni a las personas privadas. Y ello porque el régimen a que se refiere el artículo 6, apartados 1 a 4, de la Directiva 92/43/CEE necesita de un acto del Estado miembro interesado que precise la forma en la que ese Estado se propone dar cumplimiento a la obligación de que se trata, bien sean medidas de conservación necesarias, medidas apropiadas para evitar el deterioro del lugar, o la conformidad preceptiva de las autoridades nacionales con un proyecto que pueda afectar de forma apreciable al lugar (punto 11 de la Sentencia que comentamos). En ese sentido, ni los particulares recurrentes eran destinatarios de la medida ni les afectaba individualmente.

El Tribunal de Justicia va a confirmar la decisión del Tribunal de Primera Instancia recordando, como punto de partida, jurisprudencia anterior sobre la consideración de la “individualidad” del recurrente como criterio de admisibilidad. Así:

“(…) los sujetos distintos de los destinatarios de una decisión sólo pueden alegar que se ven afectados individualmente si ésta les atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que los caracteriza frente a cualquier otra persona y, por ello, los individualiza de manera análoga a la del destinatario de una decisión (véanse, en particular, las Sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, Rec. pp. 197 y ss., especialmente p. 223, y de 13 de diciembre 2005, Comisión/Aktionsgemeinschaft Rect. Und Eigentum, C-78/03 P, Rec. p. I-10737, apartado 33)”.

Esa individualidad no se daría en el caso concreto de los propietarios de tierras de los LIC declarados, pues esta cualidad es una situación objetiva de hecho y de derecho y no el resultado de una individualización en el sentido de una distinción de cualquier otra persona, no hay una característica propia de los propietarios inmobiliarios que los distinga. Ello quiere decir que no se cumplen las características propias especificadas en el artículo 230.4 TCEE para que pudiera ser admisible el recurso.

Por otra parte, los recurrentes planteaban también que se violentaría el derecho a la tutela judicial efectiva si no se admitiera el recurso. Este argumento también es negado por el Tribunal de Justicia que indica que el mecanismo de protección jurisdiccional sería el de los Tribunales nacionales. A esos efectos se concluye en que “conforme al principio de cooperación leal que establece el artículo 10 CE, dichos órganos están obligados a interpretar y aplicar, en la medida de lo posible, las normas procesales internas que regulan el ejercicio de los recursos de forma que permitan que tales personas impugnen judicialmente la legalidad de toda decisión o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario con el controvertido en el presente asunto, alegando la invalidez de ese acto e instando de este modo a dichos órganos jurisdiccionales a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre ese extremo por medio de una petición de decisión prejudicial” (punto 43 de la sentencia comentada).

B) Evaluación de las repercusiones de proyectos sobre el medio ambiente. Motivación, y publicidad de dicha motivación, de la decisión de no someter un proyecto a evaluación. Directiva 85/337/CEE

La STJCE de 30 de abril de 2009 (Sala Segunda), recaída en el Asunto C-75/08, trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por la *Court of Appeal* (England and Wales) (Civil Division) (Reino Unido), mediante resolución de 8 de febrero de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de febrero de 2008, en el procedimiento entre Christopher Mellor/Secretary of State of Communities and Local Government.

En concreto se trataba de la obligación, o no, de motivar la decisión adoptada por el Secretary Of State, de no realizar una evaluación de impacto ambiental durante la tramitación de una solicitud de autorización para la construcción de un hospital, proyecto incluido en el Anexo II de la Directiva 85/337. Previamente había existido un procedimiento ante el órgano local competente (*Harrogate Borough Council*), en el que éste había modificado su decisión inicial de no exigir una evaluación de impacto ambiental para, finalmente, exigirla. Pero según la normativa inglesa, se impone sobre esa decisión lo que diga el *Secretary of State of Communities and Local*

XIII. Medio Ambiente

Government, autoridad que tras constatar que el proyecto estaba en el Anexo 2 (de la normativa inglesa, de configuración semejante a la Directiva 85/337) había decidido que no hubiera evaluación de esta manera:

“(…) tras considerar los criterios de selección enumerados en el Anexo 3 del Reglamento EIA (norma inglesa) y las protestas emitidas por M.C. Mellor en nombre de la agrupación de residentes para la protección de Niderdale, el *Secretary of State* considera que el proyecto no presenta la posibilidad de tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente debido a factores tales como su naturaleza, su dimensión o su ubicación.

Por consiguiente, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 6, apartado 4, del Reglamento EIA, el *Secretary of State* decreta que el proyecto descrito en su solicitud y en los documentos que la acompañan, no es un ‘proyecto EIA’ en el sentido del Reglamento EIA. En consecuencia, no se verá afectado ninguno de los derechos de edificación autorizados que pueden corresponder a su proyecto en virtud de la Town and Country Planning (General Permitted Development) Order 1995 (Orden de 1995 de Ordenación urbana y rural, Desarrollo general permiso).

Habida cuenta de las directrices mencionadas *supra*, la solicitud de licencia urbanística antes mencionada puede seguir su curso sin que se presente un informe ambiental”.

Tras la presentación de unos recursos, desestimados, por el sr. Mellor, llegó el asunto a la *Court of Appeal* (England and Wales) (Civil Division) que suspendió el planteamiento y planteó al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones centradas en la obligación, o no, de motivación de las decisiones de exclusión de un proyecto de la evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal, tras examinar los antecedentes y jurisprudencia anterior, indica que ni de la Directiva 85/337, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la propia decisión de no someter un proyecto a una EIA deba contener las razones por las que la autoridad competente ha decidido que dicha evaluación no es necesaria. Ahora bien, ello no se opone a que los particulares interesados no tengan la posibilidad de comprobar que la autoridad competente ha verificado, efectivamente, si una EIA era o no necesaria. Para ello podrán interponer los recursos pertinentes y ello implica “que el Juez al que se recurre pueda exigir de la autoridad competente la comunicación de esos motivos. Sin embargo, cuando se trata más especialmente de garantizar la protección efectiva de un derecho conferido por el Derecho comunitario, es preciso asimismo que las personas interesadas puedan defender ese derecho en las mejores condiciones posibles y que se les reconozca la facultad de decidir, con pleno conocimiento de causa, si les es útil recurrir al órgano jurisdiccional. Se deduce que, en semejante supuesto, la autoridad nacional competente tiene la obligación de darles a conocer los motivos en los que se basa su negativa, bien en la misma decisión, o bien en una comunicación posterior efectuada a petición de los interesados” (punto 59 de la sentencia comentada).

Luego, en el fondo, sí que existiría la obligación de motivación lo que sucede es que no necesariamente ésta debería contenerse en el mismo acto por el que se excluye a un proyecto de la necesidad de ser objeto de una EIA. A petición de los particulares, la autoridad competente siempre tendría que comunicar sus motivos lo que podría realizarse de forma “no sólo de una

exposición expresa de motivos, sino también de la puesta a disposición de informaciones y documentos pertinentes en respuesta a la solicitud presentada” (punto 60).

C) Aguas: Delimitación de demarcaciones hidrográficas y designación de autoridades competentes. Condena a España por no haber designado a las autoridades competentes por lo que respecta a las Comunidades Autónomas de Galicia, del País Vasco, de Andalucía, de Baleares y de Canarias. Directiva 2000/60/CE

La STJCE de 7 de mayo de 2009 (Sala Séptima), recaída en el Asunto C-516/07, tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 22 de noviembre de 2007, por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, por incumplimiento del artículo 3, apartados 2, 7 y 8, de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

La Comisión imputa a España que en la fecha correspondiente (los dos meses contados a partir del dictamen motivado emitido por la Comisión, que lo fue con fecha 18 de octubre de 2005), el Reino de España no había cumplido algunas de las obligaciones derivadas de la Directiva 2000/60/CE reseñada: en concreto, no se había designado a las autoridades competentes para aplicar las disposiciones de la citada directiva en lo que afecta a las Comunidades Autónomas de Galicia, del País Vasco, de Andalucía, de Baleares y de Canarias.

Para entender la problemática planteada por esta Sentencia es preciso el conocimiento de los conceptos de demarcación hidrográfica o de autoridad competente que fija la Directiva 2000/60/CE y, en su trasposición, el Texto Refundido de la Ley de Aguas española, originalmente aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, a los efectos de la trasposición. Pues bien, para el artículo 16 bis.1 del TRLA “se entiende por demarcación hidrográfica la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas” a lo que sigue una definición de aguas de transición y costeras. Por su parte, el artículo 2.16 de la Directiva dice que “autoridad competente” es la o las autoridades designadas con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 3, debiendo los Estados designarlas (artículo 3.8) a cuyos efectos el Anexo I de la Directiva contiene la información relativa para la designación comenzando el anexo con la siguiente frase: “En aplicación del apartado 8 del artículo 3, los Estados miembros facilitarán la información siguiente sobre todas las autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional, así como en la porción situada en su territorio de cualquier demarcación hidrográfica internacional”. Y siguen las correspondientes especificaciones.

Como se observará, es preciso tanto la delimitación de la demarcación hidrográfica como la designación de las autoridades competentes en cada demarcación (obsérvese el significativo plural a que se refiere el comienzo del Anexo I) no pudiendo llevarse a cabo una delimitación de demarcaciones sin designación de autoridades ni una designación de autoridades sin delimitación de demarcaciones como bien establece la Sentencia (vid. puntos 25, 26, 31 y 32). Pues bien, lo que se va a reprochar a España es que en los dos meses posteriores al dictamen

XIII. Medio Ambiente

motivado no ha tenido lugar en relación a las CCAA que se indica esa determinación de autoridades y delimitación de demarcaciones. Es obvio que con posterioridad se ha dictado por el Gobierno de la Nación el RD 125/2007, de 2 de febrero, que fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas (en referencia a las intercomunitarias, o sea a aquellas en las que ejerce la competencia el Estado) y en lo que conozco también algunas CCAA han realizado lo propio en relación a sus demarcaciones (teniendo el Gobierno que haber comunicado a la Comisión la información correspondiente) pero ello ha sido realizado fuera del marco temporal indicado lo que explica la sentencia condenatoria. Esperemos que la delimitación y designación de autoridades producida, pueda gozar del consenso de la Comisión Europea y no se conozca por este asunto una nueva Sentencia condenatoria.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho a un proceso equitativo. Derecho del público a la información y a la participación en el proceso decisorio cuando se trata de autorizar una actividad que puede entrañar un riesgo para la salud o el medio ambiente. Consideración de una asociación de defensa del medio ambiente como titular de un derecho. Violación del derecho de acceso a un tribunal

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su **STEDH de 24 de febrero de 2009**, en el **Asunto L'Erablière A.S.B.L. contra Bélgica**, en relación con una demanda planteada por una asociación sin fines de lucro cuyo objeto estatutario es la defensa del medio ambiente de una región belga, compuesta por cinco pequeños municipios. La asociación demandante considera que la inadmisión del recurso de anulación de un permiso urbanístico por ella presentado como consecuencia de que no incluía una exposición de motivos, supone una violación de su derecho de acceso a un tribunal garantizado por el artículo 6.1 del Convenio europeo.

El Gobierno belga se opone a la aplicabilidad del citado artículo 6.1 al considerar que la asociación demandante no ha invocado ninguna afectación a su patrimonio por lo que su interés para actuar ante el Consejo de Estado belga reside de forma exclusiva en la defensa de su objeto social. Señala el Gobierno que la asociación demandante no se presenta como una asociación de vecinos tendente a la defensa de los intereses de sus miembros sino que es en realidad una asociación de protección medioambiental cuya misión es la defensa, en un marco geográfico preciso, del interés general frente a toda amenaza susceptible de afectar al medio ambiente. Es decir que la asociación tiene como objetivo estatutario la defensa del interés general y no la de derechos de carácter civil respecto de los que pudiera pretender la titularidad.

El Tribunal responde al respecto recordando el paso dado en el asunto *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox-Collectif stop Melox et Mox contra Francia*, en el que declaró aplicable el artículo 6.1 a un procedimiento entablado por una asociación de protección medioambiental que no se presentaba como una asociación de vecinos tendente específicamente a la defensa de los derechos e intereses de sus miembros. En ese asunto se consideró que si el objeto del procedimiento era esencialmente la defensa del interés general, el recurso planteado por la asociación en cuestión presentaba un nexo suficiente con un derecho del que dicha asociación

ción podía considerarse titular, por lo que el artículo 6.1 no podía ser declarado inaplicable de oficio. El núcleo de las reivindicaciones de la asociación interesada era el derecho del público a la información y a la participación en el proceso decisorio cuando se trata de autorizar una actividad que puede entrañar un riesgo para la salud o el medio ambiente.

El Tribunal reconoce que el presente asunto presenta diferencias respecto del anteriormente citado, basándose en disposiciones distintas a las que se alegaban en aquél. Sin embargo, recuerda que la asociación demandante tiene un fin limitado desde el punto de vista geográfico y material, al limitarse a la defensa del medio ambiente de una región formada por cinco municipios de pequeño tamaño, y que todos los fundadores y administradores de la misma tienen su domicilio en esos municipios, por lo que pueden ser considerados como vecinos directamente afectados por la autorización urbanística concedida, cuyo fin era la ampliación de un depósito de enterramiento de residuos. En consecuencia, la ampliación de dicho depósito hasta cinco veces su tamaño actual entrañaba el riesgo de afectar de manera no desdeñable a su vida privada, por las molestias que ello iba a provocar en su calidad de vida cotidiana, así como por sus consecuencias sobre el valor de sus propiedades situadas en esos municipios, que corrían el riesgo de ver depreciado su valor.

Por todo ello concluye que si bien el Convenio no permite una *actio popularis*, el interés general defendido por el recurso de la demandante no puede ser asimilado a dicha acción popular, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del acto atacado, la calidad de la demandante y de sus fundadores así como el fin material y geográficamente limitado defendido por ella. Por todo ello concluye que la acción de la demandante tiene un nexo suficiente con un derecho que permite considerarla titular en tanto que persona moral del mismo, por lo que resulta aplicable el artículo 6.1 del Convenio.

B) Derecho al respeto de los bienes. Inclusión de la protección del medio ambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en sus SSTEDH de 10 de marzo de 2009, en los Asuntos *Nural Vural contra Turquía* y *Temel Conta Sanayi Ve Ticaret A.S. contra Turquía*, en relación con sendas demandas planteadas por un ciudadano turco, en el primer asunto, y una sociedad, en el segundo, que se ven privados de unos terrenos de su propiedad al ser declarados parte del dominio forestal, siendo atribuidos al erario público. Los demandantes alegan que la anulación de sus títulos de propiedad y el registro de sus propiedades por decisiones judiciales de los tribunales turcos en nombre del erario público sin ninguna compensación constituyen una violación de su derecho al respeto de sus bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio europeo.

El Tribunal constata la existencia de una afectación del derecho de los demandantes a la propiedad de sus bienes que puede considerarse como una privación de propiedad en el sentido

XIII. Medio Ambiente

de la segunda frase del apartado primero del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Además señala que la buena fe de los demandantes en cuanto a la posesión de su propiedad no está sometida a controversia. Afirma que en la fecha de la anulación de su título de propiedad en beneficio del erario público los demandantes eran los propietarios legítimos de los bienes según las disposiciones del Derecho interno en la materia. El Tribunal constata por otra parte que el fin esgrimido por las jurisdicciones nacionales para privar a los demandantes de su propiedad, en concreto la protección de la naturaleza y de los bosques, entra en el marco del interés general en el sentido de la segunda frase del apartado primero de artículo 1 del Protocolo núm. 1. Además, recuerda que, si bien no existe disposición del Convenio destinada de forma especial a asegurar la protección general del medio ambiente, la sociedad actual se interesa cada vez más en su preservación. Recuerda que él mismo ha tratado varias veces de cuestiones ligadas a la protección del medio ambiente y subrayado la importancia de la materia. Asimismo señala que la protección de la naturaleza y de los bosques, y de forma más general del medio ambiente, constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia ante los poderes públicos, un interés constante y elevado. Por ello concluye que no podría atribuirse prioridad a imperativos económicos e incluso ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, frente a esas consideraciones relativas a la protección del medio ambiente, especialmente cuando el Estado ha legislado en esa materia.

Sin embargo, en caso de privación de la propiedad, y con el fin de determinar si la medida litigiosa respeta el justo equilibrio debido y, especialmente, si no hace recaer sobre el demandante una carga desproporcionada, deben tomarse en consideración las modalidades de indemnización previstas en la legislación interna. A este respecto el Tribunal recuerda que ya ha dicho que sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente una afectación excesiva, y que una ausencia total de indemnización no podría justificarse en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 más que en circunstancias excepcionales. En este sentido afirma que el demandante no ha recibido ninguna indemnización por la transferencia de sus bienes al erario público y que el Gobierno no ha invocado ninguna circunstancia excepcional para justificar la ausencia total de indemnización. En consecuencia, estima que se rompe en perjuicio del demandante el justo equilibrio que debe observarse entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguarda de los derechos individuales, por lo que existe violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

C) Derecho al respeto de los bienes. La noción de bien. Inclusión de la protección del medio ambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su STEDH de 10 de marzo de 2009, en el Asunto Rimer y otros contra Turquía, en relación con una demanda planteada por tres ciudadanos turcos que se ven privados de unos terrenos de su propiedad al ser declarados parte del dominio forestal, siendo atribuidos al erario público. Los demandantes alegan que la anulación de su título de propiedad y el registro de sus propiedades en nombre del erario público constituyen una violación de su derecho al respeto de sus bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio europeo.

El Tribunal comienza por rechazar la pretensión del Gobierno de que los demandantes no tenían ni un bien actual ni una esperanza legítima de ver concretarse ningún crédito actual o exigible en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Esa afirmación se basa en el hecho de que desde el 10 de noviembre de 1982, momento en que las conclusiones de la comisión del catastro en cuanto a la naturaleza forestal del terreno se convirtieron en definitivas, las personas privadas no podían ser propietarias de los terrenos litigiosos puesto que la apropiación de los bosques está prohibida en Derecho turco. Por esa razón la adquisición de la propiedad por los demandantes mediante un acto de compraventa el 14 de abril de 1993 era inválida en la medida en que el dominio forestal no puede ser objeto de propiedad privada. El Tribunal señala al respecto que la noción de bienes a la que alude el artículo 1 del Protocolo núm. 1 puede referirse tanto a bienes actuales como a valores patrimoniales, incluidos los créditos en virtud de los cuales el demandante puede pretender tener al menos una esperanza legítima de obtener el disfrute efectivo del derecho de propiedad. Por el contrario, la esperanza de verse reconocido un derecho de propiedad que es imposible ejercer efectivamente no puede ser considerada como un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 y lo mismo ocurre para un crédito condicional que se extingue por el hecho de la no realización de la condición.

En cuanto al caso concreto el Tribunal apunta que el Gobierno no ha aportado ningún elemento objetivo para demostrar que en el momento de la compra del terreno los demandantes hubiesen tenido conocimiento de la delimitación efectuada en 1982, dado que los registros públicos no contenían ninguna anotación al respecto. Lo mismo puede decirse respecto a las conclusiones del catastro de las que no se hizo llegar a los demandantes ninguna notificación en la forma debida. Por otra parte, estima el Tribunal que, en cuanto a la noción de esperanza legítima, cuando el interés patrimonial concernido tiene la naturaleza de un crédito, no puede ser considerado como un valor patrimonial más que cuando tenga base suficiente en Derecho interno, por ejemplo, cuando haya sido confirmado por jurisprudencia bien establecida de los tribunales. Sin embargo, en el caso, el interés patrimonial no tiene la forma de crédito sino de un bien inmueble cuya propiedad se basaba en un título de propiedad válido, siendo incuestionable la buena fe de los demandantes en cuanto a la posesión del bien. Además no fue objeto de contestación que el bien litigioso había sido registrado a nombre de un tercero tras un litigio concerniente a la naturaleza forestal del terreno, ni que hasta la fecha de la anulación de su título de propiedad en beneficio del erario público, los demandantes habían sido los propietarios legítimos del bien, con todas sus consecuencias en Derecho interno. Por todo ello el Tribunal estima que los demandantes habían tenido un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 hasta el momento en que la decisión interna anulando su título de propiedad y transfiriendo ésta al erario público devino definitiva. Por tanto constata que ha existido un ataque al derecho de los demandantes al respeto de sus bienes que se analiza en tanto que privación de la propiedad en el sentido de la frase segunda del apartado primero de artículo 1 del Protocolo núm. 1.

A continuación el Tribunal repite los argumentos expresados en las dos sentencias anteriores en cuanto al fin esgrimido por los tribunales turcos para justificar la privación de propiedad a los demandantes y respecto a la toma en consideración de la protección del medio ambiente en su jurisprudencia, llegando a la misma conclusión en el sentido de que los imperativos económicos e incluso ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, no deberían considerarse como dotados de primacía frente a esas consideraciones relativas a la

XIII. Medio Ambiente

protección del medio ambiente. Y de la misma forma repite el razonamiento de los asuntos anteriores en cuanto a la privación del bien a los demandantes sin indemnización, por lo que se rompe en su contra el justo equilibrio que debe observarse entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguarda de los derechos individuales, existiendo violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

D) Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Instalación de un lugar de descarga de residuos en las proximidades de una prisión. Afectación del derecho al respeto de la vida privada y familiar como consecuencia de las molestias causadas por los olores que emanan de los residuos. Incumplimiento por las autoridades de las obligaciones positivas que al respecto impone el Convenio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su STEDH de 7 de abril de 2009, en el Asunto Brânduse contra Rumanía, en relación con una demanda planteada por un ciudadano de ese Estado que cumple una pena de prisión en un establecimiento penitenciario situado a unos veinte metros de un depósito de descarga de residuos domésticos. Esta circunstancia y la pasividad de las autoridades al respecto le obliga a respirar un aire viciado y pestilente y le somete a un riesgo real de contraer enfermedades, todo lo cual es considerado por el demandante como entrañando una violación de su derecho al respeto de la vida privada contemplado en el artículo 8 del Convenio europeo.

El Tribunal recuerda al respecto los principios desarrollados por su jurisprudencia en relación con ataques graves de carácter inmaterial al derecho al respeto de la vida privada y familiar como consecuencia de molestias sonoras, olfativas o de otra naturaleza sufridas por el particular en su domicilio. En este sentido recuerda que su función debe ser apreciar el contenido material de la decisión en causa, para asegurarse que la misma es compatible con el artículo 8, y verificar que los intereses del individuo han sido debidamente tenidos en cuenta en el procedimiento decisorio. Además recuerda que el artículo 8 no se limita a imponer al Estado la obligación de abstenerse de injerencias arbitrarias sino que impone también obligaciones positivas que, en el caso de una actividad peligrosa, consisten especialmente en adoptar una reglamentación adaptada a las especificidades de dicha actividad, especialmente en relación con el riesgo que ésta puede comportar. El Tribunal advierte que dicha obligación comprende la autorización, la puesta en funcionamiento, la explotación, la seguridad y el control de la actividad en cuestión, además de imponer a toda persona concernida por dicha actividad la adopción de medidas de orden práctico que aseguren la protección efectiva de los ciudadanos cuya vida corre el riesgo de ser expuesta a peligros inherentes a la actividad en causa.

A todo ello añade que el proceso decisorio debe comportar la realización de estudios e investigaciones apropiados para prevenir y evaluar de manera anticipada los efectos de las actividades que pueden afectar al medio ambiente y a los derechos de los individuos y permitir el establecimiento de un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes. En este sentido señala que la importancia del acceso del público a las conclusiones de esos estudios, así como a las informaciones que permitan evaluar el riesgo al que está expuesto, no deja lugar a dudas.

En el presente caso el Tribunal considera que le corresponde señalar si los principios apuntados son aplicables a un caso en que el espacio de vida del demandante está constituido por la

celda donde cumple su pena de prisión y si las molestias olfativas alegadas alcanzan el umbral mínimo de gravedad para que la cuestión entre en el campo de aplicación del artículo 8. A este respecto, el Tribunal observa que los estudios de impacto ambiental redactados por expertos en 2003 y 2006 a petición de las autoridades confirman el nivel muy elevado de contaminación del aire en el perímetro de la descarga de basuras y la total falta de confort sufrida por los habitantes de los inmuebles vecinos, más alejados del lugar de la descarga que la prisión en la que se encuentra recluido el demandante. Esa conclusión es constatada por la Alcaldía y por una organización no gubernamental. Por otra parte, añade que el problema de la neutralización de las descargas de residuos a pocos metros de la prisión en la que el demandante ha pasado alrededor de siete años no parece haber sido resuelto de manera efectiva a día de hoy.

Asimismo señala que, si bien el estado de salud del demandante no ha resultado afectado por la proximidad de la descarga de basuras, este elemento no basta por sí solo para concluir la inaplicabilidad del artículo 8. A este respecto considera que, como consecuencia de los perjuicios apuntados, el demandante ha visto reducidos su calidad de vida y su bienestar de una manera que afecta a su vida privada y que no era una simple consecuencia del régimen privativo de libertad. En este sentido considera que la queja del demandante se refiere a aspectos que el propio Tribunal ya ha examinado en relación con el artículo 8, y que sobrepasan el marco de las condiciones de detención propiamente dichas, concerniendo al único espacio de vida de que dispone el interesado desde hace varios años.

Respecto a la violación del artículo 8 del Convenio el Tribunal apunta que el demandante se queja de la pasividad de las autoridades en relación con la descarga de basuras en las proximidades de la prisión. En este sentido advierte que, tanto si se trata desde el ángulo de una obligación positiva como si lo es desde el de una injerencia de una autoridad pública en el sentido del apartado 2, los principios aplicables son similares. Las autoridades son responsables de las emanaciones y molestias olfativas de que se trata, ya que el ayuntamiento concernido detentó el control de la sociedad que gestiona dicha descarga hasta 2006, y aunque posteriormente esa responsabilidad se trasladó a una sociedad, las autoridades medioambientales establecieron obligaciones a cargo del municipio en cuanto al cierre del depósito de residuos. Se constata además que la descarga de basuras ha funcionado de manera efectiva desde 1998 hasta 2003 y que el volumen creciente de desechos acumulados demuestra que incluso ha continuado siendo utilizado por particulares, sin que las autoridades hayan adoptado medidas efectivas para su cierre. Por otra parte, a lo largo de todo ese período la descarga de residuos no ha contado con las autorizaciones necesarias ni para su funcionamiento ni para su cierre, siendo que las disposiciones aplicables preveían, con anterioridad incluso al inicio de las descargas, la necesidad de autorización así como el respeto de diversas exigencias, por lo que las autoridades locales, al no haber seguido el procedimiento requerido, han podido desconocer varias de estas obligaciones (entre ellas la de la proximidad inmediata del lugar de la descarga a la prisión, así como la ausencia de instalaciones específicas y de control del nivel de contaminación del aire).

A todo de ello se añade que el hecho de que el Ayuntamiento haya obtenido finalmente el 18 de octubre de 2007 el acuerdo de las autoridades de protección medioambiental en relación con el programa de adecuación con las obligaciones respecto del medio ambiente, a la espera

XIII. Medio Ambiente

de una autorización para los trabajos de cierre, no afecta en absoluto la constatación señalada respecto del no respeto de las obligaciones legales en la materia. En todo caso, incluso aunque se considere que las autoridades locales han cumplido con la obligación de obtener una autorización, únicamente podría considerarse que se han ajustado a las disposiciones legales sucesivas en relación con el cierre de depósitos no conformes desde noviembre de 2003. Además debe examinarse si, y en qué medida, en el marco del proceso decisorio en cuestión los derechos e intereses del demandante han sido debidamente tenidos en cuenta. El Tribunal afirma que incumbía a las autoridades competentes efectuar previamente los estudios necesarios para medir los efectos de la actividad contaminante, con el fin de respetar un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes, y no es sino con posterioridad a 2003, y especialmente tras el violento incendio ocurrido en el lugar de las descargas en julio de 2006, cuando las autoridades han cumplido con esa obligación. A eso se añade que esos estudios han concluido que la actividad desarrollada era incompatible con las exigencias medioambientales y que existía una fuerte contaminación que superaba las normas establecidas en 1987, y que las personas que residían en las proximidades debían soportar molestias olfativas significativas. El Tribunal destaca además que las autoridades competentes han sancionado al Ayuntamiento en julio de 2006 por la falta en el lugar de la descarga de cualquier medio de información y advertencia para el público en cuanto a los riesgos generados para el medio ambiente y para la salud por la descarga de residuos. Se apunta además que el Gobierno no ha indicado qué medidas han sido adoptadas por las autoridades para que los detenidos en la prisión en cuestión, y especialmente el demandante que había solicitado a las autoridades información al respecto, puedan haber tenido acceso de manera efectiva a las conclusiones de los mencionados estudios así como a informaciones que permitan evaluar el riesgo sanitario al que estaban expuestos. El Tribunal observa por último que los trabajos de cierre del lugar de descarga están aún pendientes y que el Gobierno no ha proporcionado información en cuanto al avance de éstos, ni siquiera de su comienzo, que deberían finalizar en 2009. Por todo ello concluye que el Estado demandado no ha cumplido con las obligaciones que para él resultan del artículo 8 del Convenio y que existe violación del derecho del demandante al respeto de su vida privada y familiar.

6. AGUAS MARÍTIMAS

A) Infracciones en materia de demanio costero: vertido de aguas fecales en la playa

Como señala la STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 4542/2006), el vertido de aguas fecales en el dominio público marítimo-terrestre constituye una infracción administrativa que, en esta oportunidad, se encuentra tipificada tanto en la Ley 8/2004 de protección, control, infracciones y sanciones en materia marítimo-pesquera de Galicia como en la Ley 8/2001, de protección de la calidad de las aguas de las rías de Galicia y de ordenación del servicio de depuración de aguas residuales urbanas. En la medida en que la primera Ley condiciona dicha tipificación (y su correspondiente sanción) a que el supuesto no esté contemplado en la normativa sectorial o específica sobre la materia, el Tribunal declara nulas las multas impuestas por la Administración pesquera en su aplicación, considerando que la mencionada “normativa específica” venía constituida por la segunda de las normas citadas.

7. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas: canon de vertido de la Ley de Aguas

a) Normativa reguladora

Las SSAN de 17 de noviembre de 2008 (NR 680/2006 y 806/2006), rechazan que el desarrollo reglamentario del ahora artículo 113 del TR de la Ley de Aguas carezca de la suficiente cobertura legal.

b) Determinación de la Administración exactora

Las SSAN de 17 de noviembre de 2008 (NR 680/2006 y 806/2006, citadas), consideran que la competencia para exigir el canon de vertido al río Besaya (Cantabria), corresponde al Estado, y por lo tanto a la Confederación Hidrográfica, y no a la Diputación Regional de Cantabria, dado que aunque dicho río discorra por el territorio de esta Comunidad Autónoma, no consta transferencia alguna a favor de esta Comunidad Autónoma.

c) Hecho imponible

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de abril de 2008 (NR 255/2006), entiende que el vertido susceptible de gravamen es también el realizado a acequias de riego, ya que el RDPH considera como tal el realizado en las aguas continentales y también en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizados. La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de julio de 2008 (NR 912/2007), advierte que queda sujeto a gravamen el vertido también cuando se hace sobre un terreno, dado que acabará filtrándose sobre el terreno, con el consiguiente efecto contaminante para los acuíferos, y como tal se trata de un vertido sometido a autorización. Señala también que, aun pudiendo aceptar la no sujeción de vertidos domésticos aprovechados para riego de olivar, se contrasta que los vertidos procedentes del matadero municipal son contaminantes, pues contienen restos orgánicos de animales sacrificados en dichas instalaciones.

La STSJ de Valencia de 14 de marzo de 2008 (NR 2955/2006), advierte que el tributo debe exigirse aunque se carezca de autorización de vertido, porque eso no forma parte del hecho imponible.

Dice la STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2008 (NR 1248/2004), que no se puede considerar la no sujeción al canon de vertidos por el hecho de que la Comunidad Autónoma haya establecido un impuesto sobre el agua como es el canon catalán del agua.

d) Sujetos pasivos

La STSJ de Andalucía de 11 de marzo de 2008 (NR 2272007), considera que el sujeto pasivo en cuanto al vertido efectuado por un municipio es el propio Ayuntamiento, aunque exista

XIII. Medio Ambiente

una concesión para que el saneamiento lo realice una empresa privada. Advierte la Sala que el Ayuntamiento es quien ha solicitado y obtenido la autorización para realizar el vertido, es la persona que lleva a cabo el vertido y sobre la que debe girarse el canon.

e) Cuantificación

Para adentrarnos en las cuestiones propias de la cuantificación de este tributo conviene explicar que su importe se calcula multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico, y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos podrán revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El coeficiente K de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial), del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5), y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

Las **SSAN de 17 de noviembre de 2008** (NR 680/2006 y 806/2006, citada), penetran en la problemática de la cuantía del tributo. La recurrente plantea numerosas cuestiones referidas a estos complejos elementos. La Sala sólo modifica la liquidación girada en el sentido que ordena reducir el volumen de vertido autorizado, en función de la interrupción de la actividad productiva.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de febrero de 2008** (NR 366/2006), trata de la determinación del volumen de vertidos efectuado por un Ayuntamiento. Se desestima el recurso, señalando el tribunal que el Ayuntamiento se ha desentendido de su obligación de acreditar el verdadero caudal y entidad del vertido, sin que sea admisible que contradiga el cálculo de la Administración con formulaciones genéricas. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de abril de 2008** (NR 255/2006, citada) considera ajustado a derecho que la Confederación, ante la falta de colaboración del sujeto pasivo (un Ayuntamiento, que declaró que el vertido era cero), fijase unilateralmente el volumen de vertido de acuerdo con las dotaciones señaladas en las determinaciones de contenido normativo del plan de cuenca. De igual modo, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de julio de 2008** (NR 912/2007, citada), admite la aplicación de la estimación indirecta para el cálculo del vertido, ante la inverosímil declaración del Ayuntamiento sujeto pasivo de que el vertido contaminante era cero. La **STSJ de Extremadura de 13 de mayo de 2008** (NR 1064/2006), acepta como datos básicos para la cuantificación del tributo los derivados de la autorización del vertido por el organismo de cuenca, que no reci-

bió objeción alguna cuando fue notificado. Finalmente, la **STSJ de Valencia de 28 de mayo de 2008** (NR 592/2006), acepta la aplicación de una fórmula de estimación indirecta, haciendo constar en la sentencia que el Ayuntamiento en cuestión viene produciendo vertidos no autorizados contaminantes desde hace muchos años, con multitud de denuncias del SEPRONA y que cuenta con una depuradora sin funcionar.

Será estimatorio en cambio el sentido de la **STSJ de Andalucía de 24 de abril de 2008** (NR 964/2007), dado que la autoridad de cuenca omite absolutamente indicar y justificar el porqué del dato del volumen del vertido. La Sala pone de manifiesto que no se tuvo en cuenta el volumen de la original autorización provisional de vertidos, ni el volumen que puede desprenderse de la certificación de la empresa pública gestora del abastecimiento en el que se hace constar el abastecimiento total del ejercicio. También lo es la **STSJ de Extremadura de 3 de junio de 2008** (NR 1065/2006), que rechaza la aplicación de los datos de volumen de vertido correspondientes con la revisión de la autorización a ejercicios anteriores.

La **STSJ de Andalucía de 11 de marzo de 2008** (NR 227/2007, citada), analiza dos cuestiones relativas a la cuantía de este tributo. De una parte, a falta de otra prueba, da validez al dato de volumen de vertido aportado en su día por el propio sujeto pasivo. De otra, rechaza que el efecto del número de habitantes en el coeficiente de mayoración pueda ofrecer alguna duda de constitucionalidad: lo explica señalando que a mayor número de habitantes la carga contaminante que acompaña al vertido es superior que un mismo vertido producido por un menor número de habitantes.

La **STSJ de Asturias de 12 de mayo de 2008** (NR 1870/2005), considera que la cuantía del canon de vertido de un hotel-balneario tiene que ser calculada no con los parámetros de los usuarios domésticos, sino industriales. Y es que los residuos generados no son equiparables, dado que la actividad hotelera supone una intensificación de los residuos producidos, no sólo por el elevado número de usuarios, sino también por la propia actividad de balneario, que implica un sustancial aumento de los vertidos sobrantes de la misma. Respecto de la incidencia del control adecuado o no del vertido en el importe final, ha de tenerse en cuenta que al sujeto pasivo se le han impuesto diversas sanciones por incumplimiento de las condiciones en que fue otorgada la autorización del vertido.

La **SAN de 14 de abril de 2008** (NR 739/2006), desestima la demanda interpuesta por una industria azucarera contra liquidación del canon del vertido del ejercicio 2000. Se dio la circunstancia de que, ante la situación de sequía, la recurrente tuvo que cumplir la obligación extraordinaria de desembalsar. Al entender de ésta, en ello estuvo el origen de una duplicidad impositiva, al añadir la Confederación a lo que debía ser la liquidación ordinaria, una complementaria sobre este desembalse, calculando la carga contaminante en función del análisis realizado durante el mismo. Señala a tal efecto que, de no haber existido esta obligación, el vertido se hubiera realizado de igual manera ordinaria y sólo se hubiera pagado la primera parte de la liquidación. La Confederación demuestra, de una parte, que descuenta el canon teórico y, de otra, que el impacto de la carga contaminante del agua desembalsada era especialmente importante, justificando el importe de la liquidación.

XIII. Medio Ambiente

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 29 de febrero de 2008 (NR 958/2005), trata de la aplicación del coeficiente K. Era un caso tortuoso, en el que el Tribunal Económico-Administrativo ya ordenó en su día volver a liquidar por falta de motivación. Ahora el recurso será desestimado, haciendo ver el tribunal algunas incoherencias en la defensa de la parte recurrente, que negaba datos aportados por ella en otro momento.

f) Aplicación del tributo

Las SSAN de 17 de noviembre de 2008 (NR 680/2006 y 806/2006, citada), estudian el significado del artículo 291 del RDPH, que señala que “La obligación de satisfacer el canon tendrá carácter periódico y anual y nace en el momento en que sea otorgada la autorización del vertido. Durante el primer trimestre de cada año natural deberá abonarse el canon correspondiente al año anterior”. La actora pretendía deducir del transcurso de dicho plazo sin liquidación la caducidad del procedimiento, determinante de la imposibilidad de liquidar. Lo que es imposible en lo tributario, ordenamiento que fija un plazo de prescripción de cuatro años de la acción para liquidar el tributo.

Son frecuentes las sentencias anulatorias de las liquidaciones por su falta de motivación. Es el caso de la STSJ de Murcia de 25 de enero de 2005 (NR 3233/2003), en la que se pone de manifiesto que no consta en el expediente administrativo que se hayan tomado muestras de aguas residuales el año en cuestión, ni cuántas se han hecho, ni los lugares donde se realizaron. No se sabe por tanto el procedimiento utilizado por la Administración liquidadora para calcular el volumen anual de vertido. Tampoco consta, en el hipotético caso de que se hayan tomado muestras, que se hayan hecho análisis sobre las mismas, ni el laboratorio que los ha realizado, procedimiento utilizado, titulación del analista que firma, etc. Al no obrar los análisis en el expediente se impide la posibilidad de comprobar que el factor K aplicado es el correcto. En sentido parecido las SSTSJ de Murcia de 25 de enero de 2008 (NR 2328/2003, 3203/2003, 3240/2003 y 3243/2003); de 28 de enero de 2008 (NR 3244/2003); dos, de 31 de enero de 2008 (NR 3249/2003 y 3170/2003); dos de 22 de febrero de 2008 (NR 3238/2003 y 9/2004); de 18 de marzo de 2008 (NR 113/2004); dos de 28 de marzo de 2008 (NR 114/2004 y 3247/2003); dos de 25 de abril de 2008 (NR 3257/2003 y 29/2004); de 30 de abril de 2008 (NR 78/2004) y de 16 de mayo de 2008 (NR 239/2004).

B) Tributos locales en materia de aguas

La naturaleza jurídica de lo que deba exigirse por la prestación del servicio público de depuración de aguas, en los casos en que el servicio se presta a través de una sociedad pública o mixta, o una concesionaria, sigue siendo polémica. Lo que se ha intensificado una vez entrado en vigor el siguiente texto de la Ley General Tributaria, que apuntilla el concepto de tasa: “Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de septiembre de 2007 (NR 1667/2005), anula la llamada Ordenanza Fiscal reguladora de la tarifa del servicio de depu-

ración de la ciudad de Salamanca, respecto de un ejercicio en el que ya se encontraba vigente la nueva LGT, servicio gestionado a través de una concesionaria, entendiéndose que la exacción tenía que haberse ordenado como tasa.

C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

a) Utilización de gasóleo bonificado

El TSJ de Galicia, mediante **STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2008** (NR 1948/2000), considera acreditados los hechos (la utilización de gasóleo bonificado en vehículo no autorizado), a la vista de la denuncia de los agentes de la autoridad, aunque para la denuncia se utilizase un documento ya impreso en el que se rellenan al denunciar los espacios correspondientes.

Por su parte, el TSJ de Castilla y León (Valladolid), señala que el cambio de destino de los productos bonificados sólo puede hacerse de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 6 de junio de 2008**, NR 1411/2003).

b) Obligaciones formales

El TSJ de Cataluña, mediante **STSJ de Cataluña de 10 de julio de 2008** (NR 1128/2004), considera que la falta de consignación del Código de Actividad del Establecimiento en los documentos de acompañamiento no conlleva la nulidad del documento, por lo que no puede sancionarse por circular sin el correspondiente documento.

D) Impuestos sobre el transporte

a) Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte

La **STSJ de Asturias de 30 de abril de 2008** (NR 2017/2005), da la razón al contribuyente en cuanto a que la reducción de la cuota del impuesto para familias numerosas puede ser reconocida con posterioridad a la matriculación del vehículo, siempre y cuando en el momento de la matriculación se hubieran reunido los requisitos legales previstos. En el mismo sentido, el TSJ de Cantabria, mediante **STSJ de Cantabria de 25 de junio de 2008** (NR 523/2007).

La **RTEAC de 23 de julio de 2008** (REA núm. 3918/2007), trata de la posibilidad de que los empresarios dedicados profesionalmente a la reventa de medios de transporte obtengan la devolución del impuesto en relación a vehículos enviados con carácter definitivo fuera del territorio de aplicación del impuesto. En el caso objeto de la reclamación, la devolución no era procedente, porque la solicitud de la baja en el registro expedida por el órgano correspondiente en materia de circulación se había cursado a un nombre diferente del del empresario dedicado profesionalmente a dicha reventa.

XIII. Medio Ambiente

E) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios

a) Impuesto sobre Sociedades

La RTEAC de 26 de junio de 2008 (REA núm. 2360/2008), estima la reclamación económico-administrativa interpuesta contra desestimación de solicitud de rectificación de auto-liquidación del Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2000. El TEAC considera procedente la deducción por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente que pretendía obtener *a posteriori* el sujeto pasivo, relativa a ciertos vehículos adquiridos por una empresa de alquiler. La clave era la exigencia de permanencia en funcionamiento de los activos, concretada por la Ley para bienes muebles en tres años o durante su vida útil si fuera inferior. La inspección entendía incumplido este requisito, considerando que la vida útil de dichos vehículos es superior al tiempo medio de permanencia en la empresa de los vehículos respecto de los que se solicitaba la deducción. La interesada alegaba que el requisito no se incumplía, ya que la vida útil de estos vehículos se extingue cuando tiene que revenderlos. Y es que, por las especiales características de la actividad, no son susceptibles de poderse dedicar para este tipo de actividad de alquiler, no teniendo después utilidad práctica en este tipo de mercado o negocio. El TEAC le dará la razón, admitiendo que el período de vida útil debe ser coincidente con el período de alquiler contratado.

JAVIER DOMPER FERRANDO

ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Nota preliminar. 2. Comercio. A) Horarios comerciales. B) Grandes establecimientos comerciales. **3. Fomento.** A) Subvenciones. Reintegro. **4. Energía eléctrica.** A) Acceso a la red de distribución. B) Gestión técnica del sistema eléctrico. C) Primas al consumo de carbón autóctono. **5. Gas.** A) Conflicto de acceso a las instalaciones gasistas. **6. Industria.** A) Seguridad industrial. Ascensores. B) Seguridad industrial. Competencias autonómicas. Exigencia de mayores requisitos para el ejercicio de la actividad. **7. Mercado de valores.** **8. Planes y fondos de pensiones. 9. Precios y tarifas.** A) Determinación del quantum de las tarifas por “servicios generales” portuarios. **10. Telecomunicaciones.** A) Acuerdos de interconexión y actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. B) Sanción por incumplimiento de un acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. **11. Transporte aéreo. 12. Transporte terrestre.** A) Ferrocarril. Trazado del tren de alta velocidad. B) Transporte por carretera. Concesión de servicio público de transporte de viajeros.

1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recoge el examen de las sentencias publicadas en los Cuadernos Aranzadi números 24 a 33 de 2008 y las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas entre los meses de enero a mayo de 2009.

2. COMERCIO**A) Horarios comerciales**

La Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, ANGED, recurrió la Orden 43/2004 de la Consejería de Agricultura y Desarrollo del Gobierno de La Rioja por la que se determinaban los domingos y días festivos del año 2005 y los períodos de rebajas para el mismo año. El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja estimó el recurso en lo relativo a la

determinación de los horarios comerciales, y frente a dicha sentencia interpuso recurso de casación el Gobierno de La Rioja.

El recurso casacional fue resuelto por la **STS de 15 de octubre de 2008**, Ar. 5728, de la que nos interesa destacar sus consideraciones sobre la motivación de los actos administrativos.

Una primera cuestión que también merece un comentario es la relativa a la naturaleza de la fijación de los horarios comerciales. Si bien las partes enfrentadas en el proceso estimaron que el acuerdo de fijación de horarios tenía naturaleza reglamentaria, la Sala de instancia entendió que se trataba de un acto administrativo. Para el Tribunal Superior de Justicia “se trata de un acto ordenado porque aplica la consecuencia jurídica prevista en la legislación estatal básica (...) no ordena para casos o supuestos repetibles sino que se agota con lo que constituye su contenido, el cual no es otro que un acto administrativo de autorización de apertura de comercios”. El Tribunal Supremo no entra en esta cuestión ya que estima que es irrelevante en relación a los fines del fallo.

Como hemos apuntado lo más relevante de esta sentencia es el examen que se hace del deber de motivar los actos administrativos y, en concreto, un acto de contenido económico como es la fijación de los horarios comerciales.

La sentencia de instancia anuló el acto impugnado al apreciar que no se habían estudiado, analizado y expuesto las características y el modelo comercial, las circunstancias sectoriales, económicas y sociales y del mercado de la distribución comercial de La Rioja.

Frente a esta línea argumental el Tribunal Supremo afirma que la Administración instituyó una Mesa de horarios comerciales con participación de los sectores interesados, en cuyo seno se debatieron los argumentos en los que fundar la orden impugnada. Por ello, añade, sin negar la conveniencia de otros estudios, su omisión no debe determinar la rigurosa consecuencia de la nulidad de la Orden por motivos formales. Así, concluye que “la adición de estudios o informes de uno u otro signo puede, sin duda, contribuir a la toma de postura y a la formación del acuerdo pero no es una exigencia ineludible cuya falta determina la nulidad del resultado final.

B) Grandes establecimientos comerciales

La **STS de 27 de mayo de 2008**, desestima el recurso de casación núm. 2552/2005 (RJ 2008/5540), interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de octubre de 2004.

La sentencia del Tribunal de Instancia se produjo a raíz de los siguientes hechos: por Resolución del Conseller de Industria y Comercio de la Generalidad Valenciana, de fecha 13 de noviembre de 2000, se autorizó a la mercantil “E, SA” la apertura de un centro comercial. Dicha resolución fue impugnada por “A” y el recurso se estimó por la sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia. Es así que la entidad mercantil “E, SA” recurrió en casación tal sentencia de instancia, alegando en síntesis la incongruencia de dicho pronunciamiento judi-

XIV. Derecho Administrativo Económico

cial, que le habría causado indefensión y la vulneración del artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a la subsanación de los errores formales.

El Tribunal Supremo rechaza ante todo el alegado vicio de incongruencia, puesto que constata que hay un razonamiento lógico en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En este sentido, cabe destacar que el artículo 43 de la Ley Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, sobre Actividad Urbanística, y el artículo 4.2 del Decreto autonómico 256/1994, de 20 de diciembre, exigen autorización comercial de la Consellería de Comercio para la aprobación de los instrumentos de planeamiento que prevean, entre otras actuaciones, la implantación de grandes superficies. El Tribunal de Instancia pone de manifiesto que ambas normas fueron impugnadas y los tribunales confirmaron su plena constitucionalidad y legalidad.

La sentencia del Tribunal de Instancia rechaza la tesis de la mercantil “E, SA” de que es irrelevante que la autorización comercial se conceda antes de la aprobación del plan o programa o como requisito previo al otorgamiento de la licencia, a modo de una subsanación posterior. Dicho rechazo es confirmado por el Tribunal Supremo que también acepta el razonamiento que realiza el Tribunal Superior de Justicia, acerca de que la autorización previa para la aprobación de un instrumento de planeamiento persigue evitar que se realice la programación de los terrenos y que “en último término sean inejecutables por falta de autorización comercial”. La regulación del ordenamiento valenciano evita la incertidumbre y es una manifestación del principio de seguridad jurídica, según concluyen el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo.

En cuanto al resto de motivos alegados por la entidad recurrente “E, SA”, el Tribunal Supremo destaca que la alegación del artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no puede prosperar puesto que se trata de un precepto instrumental aplicable a todos los procedimientos administrativos, cualquiera que sea el ordenamiento, estatal o autonómico, en que despliegue sus efectos, según una reiterada y consolidada jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo. Por ello, su mención por la entidad recurrente no deja de ser una cuestión enteramente autonómica que corresponde resolver a los Tribunales Superiores de Justicia.

3. FOMENTO

A) Subvenciones. Reintegro

Dos sentencias del Tribunal Supremo desestiman sendos recursos por los que se había declarado el incumplimiento de las condiciones establecidas al acordar la subvención y el reintegro de lo recibido.

La STS de 21 de octubre de 2008, Ar. 7146, reitera la doctrina ya consolidada sobre el carácter modal de la subvención para justificar la potestad administrativa de exigir la devolución de lo pagado. Frente a los argumentos de la recurrente, según la cual el pago de lo realizado era un acto firme que exigía un procedimiento de revisión de oficio si se quería recuperar lo

en su día entregado, el Tribunal Supremo afirma que “de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala que entre otras en Sentencia de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2250), ha declarado que existe un carácter condicional en la subvención en el sentido de que el otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario cumpla unas exigencias o tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión y con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento CEE/2988 del Consejo y por tanto el solo hecho de haber recibido la ayuda o subvención tras las pertinentes declaraciones no genera un acto firme cual el recurrente pretende, sino que la Administración tiene un plazo de cuatro años para efectuar los controles oportunos y para comprobar si el interesado ha o no cumplido con sus obligaciones y si en ese plazo se acredita que no tenía o no reunía o no había cumplido con sus obligaciones puede iniciar el oportuno expediente de reintegro, como esta Sala ha declarado en la Sentencia de 26 de septiembre de 2008, recaída en el recurso de casación núm. 5239/2005 [RJ 2008, 7111]. Por tanto ni se puede ni se podía hablar de la existencia de un acto firme que precisara de la oportuna declaración de lesividad, pues la Administración dentro del plazo señalado podía, aun a pesar de que el interesado hubiera percibido la totalidad de la ayuda, efectuar los controles oportunos a fin de acreditar si se cumplían o no los presupuestos para la obtención de la ayuda que fue en definitiva lo que la Administración hizo y la sentencia recurrida adecuadamente valora”.

Por otro lado, la sentencia comentada rechaza que en la fase de inspección y comprobación sobre la realidad de las declaraciones efectuadas se hubieran producido vicios procedimentales, y también rechaza que pueda aplicarse al caso el principio de confianza legítima. Sobre esto último el Tribunal recuerda que “una vez concedidas y abonadas las ayudas la Administración tiene por las normas que la regulan el derecho a comprobar la realidad y el cumplimiento de las condiciones y requisitos exigidos”.

La **STS de 25 de noviembre de 2008**, Ar. 6009, examina un supuesto en el que la Dirección General de Fondos Comunitarios y Financiación Territorial del Ministerio de Hacienda declaró el incumplimiento parcial de unas ayudas concedidas a la Diputación Provincial de Sevilla con cargo a fondos FEDER.

La sentencia estima probado el incumplimiento parcial (carácter no subvencionable de determinados gastos y error en la identificación del sujeto beneficiario) y rechaza que al exigir el reintegro de lo abonado se hubieran vulnerado los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima y la prohibición de ir contra los propios actos.

4. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Acceso a la red de distribución

El derecho de acceso de terceros a la red de distribución y transporte de energía eléctrica constituye el objeto principal de la **STS de 8 de octubre de 2008** (recurso 538/2006). En este caso, la Sala, recordando los argumentos expresados en su sentencia de 29 de junio de 2007, desestima el recurso de casación planteado por Iberdrola y, al amparo de la Ley 54/1997,

XIV. Derecho Administrativo Económico

de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, afirma la competencia de la Comisión Nacional de Energía para determinar el derecho de acceso de una empresa distribuidora a las mencionadas redes.

Esta sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado D. Óscar González González, que discrepa del parecer mayoritario de la Sala. En su opinión el recurso de casación debió ser estimado al considerar que el derecho de acceso a la red previsto en la Ley del Sector Eléctrico debe entenderse referido solamente a los productores y comercializadores, pero no a otros distribuidores.

Por su parte, la **STS de 5 de noviembre de 2008** (recurso 1502/2006), se refiere al régimen tarifario de las empresas de distribución eléctrica, en particular, a la metodología para el cálculo de la compensación por pérdidas de ingresos por consumidores cualificados conectados a las redes de las empresas distribuidoras acogidas a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley del Sector Eléctrico.

El recurso de casación planteado por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) aduce, en primer lugar, la ilegalidad de la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 22 de marzo de 2002 por la que se establecía la citada metodología. La recurrente entiende que dicha Resolución vulneraba lo previsto en la Ley del Sector Eléctrico puesto que establecía un régimen de compensación no previsto en la Disposición Transitoria Undécima de dicha Ley. La Sala, sin embargo, rechaza este primer motivo al considerar que la Resolución impugnada encontraba directamente su fundamento en el Real Decreto 2819/1998, dictado al amparo de la habilitación normativa al Gobierno prevista en la Ley del Sector Eléctrico.

En segundo lugar, se denuncia la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad, al entender contraria a Derecho la habilitación a la Dirección General de Política Energética y Minas para resolver cuantas dudas pudieran surgir y dictar a su vez normas de aplicación que se preveía en la Resolución impugnada. El Tribunal Supremo en este caso también rechaza esta argumentación, afirmando que la Resolución no se refiere a “normas” que modifiquen su contenido, puesto que ésta sólo podrá ser modificada por otras disposiciones del mismo rango, pero no por los actos administrativos singulares dictados en su aplicación.

Finalmente, el último motivo de casación se basa en que, según la asociación recurrente, la Resolución impugnada tiene carácter retroactivo, pues se aplica a ejercicios de 1998 a 2001, sin que se ajuste a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en esta materia.

Este motivo tampoco es estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que empieza recordando que el régimen de la Ley 30/1992 está previsto para los actos administrativos pero no para las normas reglamentarias, que habrán de estar a lo que en ellas se disponga, con los límites que hayan fijado las leyes de cobertura además del límite constitucional de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por otra parte, se afirma que en el supuesto de auto no se produce, propiamente, una aplicación retroactiva sino más bien un desarrollo o complemento reglamentario tardío de una compensación que estaba ya prevista explícitamente en el citado Real Decreto 2819/1998 e, implícitamente, en la propia Disposición Undécima de la Ley del Sector Eléctrico.

B) Gestión técnica del sistema eléctrico

La STS de 9 de octubre de 2009 (recurso 561/2006), resuelve el recurso de casación planteado por el Operador del Mercado Ibérico de Energía (OMEL), contra la sentencia de la Audiencia Nacional que encuentra su origen en un conflicto sobre la gestión económica y técnica del Sistema eléctrico planteado por Endesa.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo analiza, en primer lugar, el régimen jurídico de la autorización concedida a Endesa para realizar intercambios de energía eléctrica con sistemas exteriores, subrayando que el papel clave en la fijación de la capacidad de interconexión comunitaria corresponde al operador del sistema y no al del mercado, que debe limitarse a aplicar los límites de capacidad establecidos por aquél, sin crear dificultades adicionales.

Partiendo de esta consideración general, la Sala concluye que la autorización controvertida no vulneraba el marco jurídico por el que se regula y organiza el mercado de producción de energía eléctrica, por lo que desestima este primer motivo de casación.

Seguidamente el Tribunal examina, y rechaza, los restantes motivos de casación que se refieren a cuestiones colaterales a la anterior, en especial en lo que se refiere a la presunta indefensión sufrida por la recurrente en la fase de prueba. Así, se afirma que la indefensión se produce cuando se priva de un modo infundado a una parte de traer al proceso las pruebas sobre las que basar su defensa, pero si las pruebas se han aportado, como sucedía en el caso concreto, el hecho de que el órgano jurisdiccional las valore en un sentido no coincidente con el auspiciado por la parte no supone, en modo alguno, su indefensión.

Igualmente, se reafirma la competencia de la Comisión Nacional de Energía para resolver el conflicto planteado por Endesa frente a los acuerdos de la compañía operadora del mercado de electricidad, lo que le atribuye, por lo tanto, funciones de interpretación de las normas aplicables a los hechos.

La STS de 21 de octubre de 2008 (recurso 880/2006), resuelve el recurso planteado por UNESA en relación con la Resolución de la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y Pequeña y Mediana Empresa de fecha de 12 de febrero de 2004, por la que se aprueba un conjunto de procedimientos de carácter técnico e instrumental para realizar la adecuada gestión técnica del Sistema Eléctrico.

La Sala rechaza el recurso planteado, afirmando que dicha Resolución no vulneraba el principio de jerarquía normativa, al existir habilitación legal suficiente para dictarla, ni tampoco excedía de los límites de la delegación, puesto que las facultades y obligaciones del encargado de la lectura que se recogen en ésta se encontraban dentro del marco legal que representa la Ley del Sector Eléctrico y sus reglamentos de desarrollo.

C) Primas al consumo de carbón autóctono

La STS de 8 de octubre de 2008 (recurso 1570/2005), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “Unión Fenosa Generación, SA” contra la

XIV. Derecho Administrativo Económico

Sentencia de 22 de septiembre de 2005 dictada por la Sección Sexta de Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con la prima al consumo de carbón autóctono establecida para el año 2002, por la Orden del Ministerio de Economía ECO/3146/2002, de 25 de noviembre.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal se pronuncia acerca de la procedencia del fin del procedimiento solicitada por parte de una de las codemandadas “Iberdrola, SA”, que alegaba la pérdida de objeto del recurso, al haberse aprobado con carácter sobrevenido el Real Decreto 1261/2007, por el que se establece la prima al consumo de carbón autóctono para los años comprendidos entre 1999 y 2006. Ciertamente este decreto subsanaba la falta de rango normativo para el establecimiento de la prima al carbón autóctono del que adolecía la Orden impugnada, de conformidad con la doctrina de la Sala establecida desde la Sentencia de 19 de enero de 2005 (recurso 7129/2001), ya comentada en esta Revista. Pero, como advierte el Tribunal, el recurso no pierde por ello su objeto, ya que, al regular las primas para los años 1999 a 2003, dicho decreto se remite, de manera más o menos explícita según el aspecto concreto, a lo establecido en las respectivas órdenes ministeriales hasta entonces vigentes, entre las que –obviamente– se encuentra la del año 2002, controvertida en este caso.

En cuanto al fondo del asunto, la controversia reside en que la cantidad de las primas al carbón autóctono en 2002 era inferior a la establecida por el Gobierno en los años anteriores. En concreto, el primer motivo de casación defiende la infracción de la Directiva comunitaria 96/92/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. La recurrente alega que, desde la perspectiva del Derecho comunitario, la Orden ministerial impugnada no podía imponer la reducción de la prima por ser anterior a la fecha límite para la aplicación de la Directiva, a la vez que, desde la perspectiva del derecho interno, no era posible imponer tal limitación antes del año 2004, fecha a partir de la cual debían respetarse dichos límites según la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley del Sector Eléctrico. De entrada, el Tribunal advierte la necesidad de distinguir entre la fecha de entrada en vigor de la Directiva y el límite temporal concedido a los Estados para su transposición. Para acabar concluyendo la desestimación del recurso en este motivo, puesto que la Ley del Sector Eléctrico de 1997 ya había recogido la limitación establecida en la Directiva y que, por tanto, dicha restricción estaba plenamente en vigor en el momento de aprobarse la Orden impugnada. Además, entiende el Tribunal que es perfectamente ajustado a derecho que el Gobierno acordase una reducción de las primas en el año 2002, para compensar el exceso en las primas de los años anteriores y en cumplimiento, a su vez, de la Decisión de la Comisión Europea de 25 de julio de 2001.

Por otra parte, la entidad recurrente alega que la fijación por parte del Gobierno de una cantidad menor a la de años anteriores vulnera los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, ya que se penaliza lo que en ejercicios anteriores se había fomentado. Confirmando lo dicho por la sentencia de instancia, el Tribunal entiende que, no existiendo obligación legal interna ni de derecho comunitario de que dichas primas alcancen una determinada cantidad ni de que sean constantes en un determinado período de tiempo, cabe la posibilidad de variación de las cantidades en razón de las circunstancias económicas concurrentes cada año, siendo, pues, un motivo de carácter más bien metajurídico, en ejercicio de facultades amparadas por el ordenamiento.

5. GAS

A) Conflicto de acceso a las instalaciones gasistas

La STS de 21 de octubre de 2008 (recurso 1221/2006), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por “Gas Natural Comercializadora, SA” contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2006, que desestimaba la Resolución del Ministro de Economía de 11 de abril de 2003. Dicha resolución había desestimado el recurso de alzada contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 31 de octubre de 2002, que reconoció a tres entidades mercantiles el derecho de acceso a las plantas de gasificación de una cuarta entidad “Enagas, SA”.

En concreto, la recurrente estima que existe vulneración del artículo 70.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en relación con la redacción originaria de los artículos 5 y 8 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema integrado del sector del gas. La cuestión se centra en la interpretación del artículo 8 del RD 949/2001, que dispone que podrá denegarse el acceso de terceros a las instalaciones gasistas en los casos de “falta de capacidad disponible durante el período contractual” excepto “el acceso al sistema de transporte y distribución para el suministro de un consumidor que se encuentre, en el momento de la solicitud, consumiendo gas natural en las cantidades solicitadas”.

Por su parte, interpreta la recurrente que, al estar exceptuada únicamente la denegación del acceso en los supuestos de “transporte y distribución”, sí cabría denegarla en los casos de acceso a la planta de gasificación. Contrariamente, el Tribunal Supremo niega la procedencia de esta interpretación literal, amparando el derecho de acceso preferente a las plantas regasificadoras de un consumidor ya existente, ya consagrado por las instancias judiciales anteriores, y lo hace en base a tres argumentos principales. De entrada, porque la interpretación de la recurrente sería contraria al principio de liberalización del mercado gasista que informa la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos. En segundo término, con fundamento en el principio de eficiente funcionamiento del sistema gasista, al facilitar la solución de los problemas de congestión de capacidad contractual y el principio de libre competencia. Y finalmente, porque dicha interpretación es acorde con la Directiva 98/30/CE, del Parlamento y del Consejo de 22 de junio de 1998, que enfatiza los criterios de tratamiento integrado y homogeneizado del sistema gasista, al establecer un régimen jurídico uniforme para el transporte, almacenamiento y regasificación del gas.

6. INDUSTRIA

A) Seguridad industrial. Ascensores

En la STS de 3 de octubre de 2008, se resuelve el recurso de casación núm. 373/2006 (RJ 2008/5614), interpuesto por una asociación de empresarios de ascensores de Madrid contra

XIV. Derecho Administrativo Económico

la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de octubre de 2005 recaída en materia de mantenimiento, inspecciones y correcciones de deficiencias en ascensores.

Dicha sentencia del Tribunal de Instancia desestimó el recurso que la citada asociación había interpuesto contra la Orden 13235/2000, de 29 de diciembre, de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid. Cuatro son los motivos de casación que alega la asociación recurrente contra la sentencia de instancia.

En primer lugar, la entidad actora considera que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ha vulnerado los artículos 10.2 y 12.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, al estimar conformes a derecho los artículos 3.1 y 4.2 de la Orden impugnada, que establecen supuestos de obligación de las empresas de mantenimiento de ascensores de dejar fuera de servicio los aparatos con determinadas irregularidades.

Concretamente, la asociación actora señala que el artículo 10.2 de la Ley de Industria únicamente prevé un supuesto que permitiría paralizar ascensores (o cualquier instalación, equipo, actividad o producto industrial): el de “defectos o deficiencias que impliquen un riesgo grave e inminente a personas o bienes”. Añade que la mencionada norma legal atribuye la habilitación para paralizar los ascensores directamente y en exclusiva a la administración competente. Por lo tanto, prosigue la parte actora, si los artículos 3.1 y 4.2 de la Orden impugnada imponen nuevas obligaciones de paralización de los ascensores, y las imponen a las empresas de mantenimiento, ambos preceptos vulneran la Ley de Industria.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechazó la alegación, planteada por la asociación recurrente, tras concluir que la obligación que la Orden impone a las empresas mantenedoras no es más que un desarrollo de la Ley de Industria, y que la Comunidad de Madrid es competente para aprobar la Orden en cuestión puesto que tiene la competencia no sólo para ejercer funciones ejecutivas en materia de seguridad industrial, sino también para establecer obligaciones o medidas complementarias o adicionales, siempre que respete, como aquí ocurre, las directrices fijadas en la legislación básica estatal.

El Tribunal Supremo está plenamente conforme con la solución propuesta por el Tribunal de Instancia. En este sentido, el Alto Tribunal constata que el artículo 12.3 de la Ley de Industria autoriza que los Reglamentos de Seguridad puedan “condicionar el funcionamiento de determinadas instalaciones y la utilización de determinados productos a que se acredite el cumplimiento de las normas reglamentarias, en los términos que las mismas establezcan”. Por su parte, el artículo 12.5 de la Ley atribuye al Gobierno de la Nación la potestad para dictar tales reglamentos de seguridad, y habilita a las Comunidades Autónomas con competencias legislativas sobre industria, a “introducir requisitos adicionales sobre las mismas materias cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio”.

Por lo tanto, precisa el Tribunal Supremo, lo que hace la Administración autonómica es imponer a un tercer sujeto, las empresas de mantenimiento de los ascensores, una medida análoga y complementaria a las previstas en el Reglamento de Seguridad estatal sobre la materia para los propietarios y ascensoristas, en ejercicio de su competencia sobre industria. Así pues, concluye el Tribunal Supremo, “la Ley habilita a los reglamentos de seguridad a adoptar medidas de suspensión de aparatos o instalaciones industriales, como efectivamente se adoptaron, y

a las Comunidades Autónomas a aprobar medidas complementarias, como en este caso ha hecho la Comunidad de Madrid en uso de sus competencias en materia de industria”.

Por otra parte, añade el Tribunal en la sentencia, no hay una traslación de responsabilidades de la Administración a terceros sujetos como las empresas de mantenimiento de ascensores, sino que se impone la obligación de paralización de los ascensores a unos sujetos, tal como se ha hecho con propietarios y ascensoristas, siempre que detecten anomalías en los aparatos, lo que constituye una previsión para garantizar de la manera más completa la seguridad de los usuarios. Dicha obligación no excluye las competencias de la Administración sobre inspección y seguridad industrial.

En cuanto al segundo motivo del recurso de casación, indica la asociación recurrente que el plazo de cinco meses que la Orden impugnada concede, para subsanar las irregularidades detectadas (artículo 3.1), es arbitrario. Como prueba de su posición, la parte recurrente había alegado que el perito judicial preveía que el plazo tenía que ser de seis meses. La impugnación de este precepto había sido desestimada por la sentencia de instancia, y el Tribunal Supremo certifica el acierto del Tribunal Superior de Justicia madrileño. En efecto, señala el Tribunal Supremo que la Orden en cuestión prevé que en los casos de averías de mayor gravedad se puede ampliar el plazo hasta los ocho meses una vez seleccionada y contratada la empresa que ha de realizar la reparación; por ello, el plazo concedido por la Orden es razonable, y a ello conduce la misma prueba pericial cuando fija un plazo de reparación de seis meses.

En relación al tercer motivo de casación, la asociación actora expone que la exigencia prevista en el artículo 1.4 de la Orden impugnada de que la empresa de mantenimiento deba prestar asistencia a las inspecciones realizadas por los organismos de control resulta contraria a diversos preceptos en materia de ascensores. Tal argumentación fue rechazada por la sentencia recurrida, y el Tribunal Supremo confirma la resolución del Tribunal Superior de Justicia, al indicar que la Orden añade “un deber de colaboración con la inspección que no puede entenderse que contradice norma alguna de rango superior, sino que complementa la regulación existente precisando que la presencia de la empresa mantenedora en la inspección debe acompañarse de la colaboración que necesiten los inspectores, algo que incluso podría considerarse implícito en la exigencia de presencia de la empresa mantenedora”. En otras palabras, concluye el Tribunal Supremo que la presencia de dicha empresa no ha de ser como mero testigo, lo que es razonable puesto que conocerá mucho mejor la instalación.

Y, finalmente, en el cuarto motivo de casación, la parte recurrente argumenta que los artículos 3.1, párrafo tercero, y 4.2 de la Orden vulneran la reserva de ley establecida en el artículo 25 de la Constitución, al definir como infracción la paralización de los aparatos en los que sus titulares no hayan subsanado las deficiencias detectadas en el plazo de cinco meses. La sentencia de instancia rechazó este argumento, y el Tribunal Supremo confirma la solución del Tribunal de instancia, recordando la Sentencia de 20 de diciembre de 2007 (recurso 1445/2005). En particular, el Tribunal Supremo expone que la Orden establece diversas obligaciones, pero no tipifica ni infracciones ni sanciones y, en cualquier caso, la tipificación deriva de los preceptos legales, esto es, artículo 31.2.h), o bien, 3.a) de la Ley de Industria.

B) Seguridad industrial. Competencias autonómicas.

Exigencia de mayores requisitos para el ejercicio de la actividad

La impugnación por parte de la Asociación Española de Alquiladores e Instaladores de Grúas Torre y Maquinaria para la Construcción de una orden autonómica por la que se establecían requisitos adicionales para la instalación, inspección y puesta en servicio y mantenimiento de grúas torre desmontables para obra, permite al Tribunal Supremo fijar doctrina sobre dos cuestiones de interés: las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad industrial, y el alcance del principio de libertad de establecimiento.

La STS de 4 de noviembre de 2008, Ar. 5854, se pronuncia en primer lugar sobre el alcance de la competencia estatal en materia de industria y de la submateria de seguridad industrial. Esta delimitación competencial le permite fijar a su vez el alcance de la competencia autonómica asumida en el artículo 10.26 del Estatuto de la región de Murcia.

El Tribunal Supremo, amparándose en este punto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/1992, recuerda el carácter compartido de esta materia, lo que le lleva a concluir que la Comunidad Autónoma podía establecer normas complementarias o de desarrollo de la legislación estatal. En este sentido afirma que “el establecimiento por la Comunidad Autónoma de una serie de medidas tendentes a garantizar la seguridad de la grúa consistentes en el sometimiento a inspecciones extraordinarias cuando se sobrepasen los veinte años desde su fabricación, y en limitar los pesos de cargas según la antigüedad de la grúa, tienen la consideración de medidas complementarias de las normas dictadas por el Estado, que entran dentro de las competencias normativas que se atribuyen a la Comunidad Autónoma en materia de seguridad industrial”.

Un segundo motivo de oposición a la orden impugnada se fundamentó en la afirmación de que la misma establecía una regulación diversa dentro del conjunto del Estado, con lo que dificultaba la libre circulación interna y se vulneraba el principio comunitario de libertad de circulación de mercancías y servicios.

Frente a este segundo argumento el Tribunal afirma que “la normativa comunitaria europea no desconoce la existencia de diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad industrial, que pueden dificultar los principios básicos de libre competencia y libre circulación de mercancías y servicios.

La propia Directiva 88/392/CEE lo reconoce en sus Considerandos, y por ello expone que la armonización legislativa ha de limitarse únicamente a las prescripciones necesarias para cumplir los requisitos imperativos y esenciales de seguridad y salud relativos a las máquinas, estableciendo en el artículo 2.2º que sus disposiciones ‘no afectarán a la facultad de los Estados miembros de establecer, respetando el Tratado, los requisitos que consideren necesarios para garantizar la protección de las personas y, en particular, de los trabajadores cuando utilicen las referidas máquinas, siempre que ello no suponga modificaciones de dichas máquinas en relación con las disposiciones de la presente Directiva’.

Con ello se quiere decir que las restricciones a las libertades del Tratado que deriven del establecimiento de medidas de seguridad hay que considerarlas compatibles, siempre y cuando no sean tan restrictivas que constituyan *de facto* la supresión de esas libertades”.

7. MERCADO DE VALORES

La STS de 9 de octubre de 2008, da respuesta al recurso de casación 529/2006 (RJ 2008/5645), que J. interpuso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 13 de octubre de 2005, por la que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo presentado por el mismo J., frente al Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 18 de diciembre de 2001, sobre inscripción de los documentos acreditativos y el folleto informativo correspondiente a la ampliación de capital de la entidad “BSCH, SA”.

La sentencia de instancia inadmitió el citado recurso porque concluyó que el acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores constituía un acto de trámite y no era susceptible de recurso jurisdiccional, de conformidad con el artículo 25.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Según el Tribunal de Instancia, la entidad “comunica” y la Comisión Nacional del Mercado de Valores “registra”, por lo que de la suma de ambas actividades no se observa la existencia de una actividad administrativa que no sea de mera tramitación de la comunicación y registro de la documentación unida.

El Tribunal Supremo rechaza este posicionamiento del Tribunal de Instancia y, tras examinar la normativa del mercado de valores y de las emisiones y ofertas públicas de venta de valores, constata que la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede denegar motivadamente el registro de la documentación correspondiente si aprecia en los acuerdos de emisión infracciones muy graves del ordenamiento jurídico que puedan poner en peligro los intereses de los inversores o implicar discriminaciones entre ellos.

Tal acuerdo denegatorio, prosigue el Tribunal Supremo, necesariamente ha de ser susceptible de recurso judicial, y lo mismo ocurre con el acuerdo favorable al registro, puesto que después de éste no existen otros trámites. Para el Alto Tribunal, dicho acuerdo es “la decisión final del proceso de verificación y registro que la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe acometer tras la comunicación que la entidad emisora de valores le dirija. Una vez registrado el folleto informativo lo que se abre es un período de publicidad y compraventa de valores, de naturaleza diferente al procedimiento administrativo de verificación y registro que corresponde al organismo supervisor de los mercados de valores. El acuerdo favorable al registro, es, en consecuencia, no un mero acto interlocutorio sino el acto final resolutorio del procedimiento administrativo de verificación”.

El Tribunal Supremo precisa que la decisión de registrar, previa verificación del cumplimiento de los requisitos, tiene un significado jurídicamente más relevante que el de mero “acto de trámite”. Supone que el organismo público, al que se confía la importante tarea de defender los intereses generales del mercado de valores, ha concluido que la documentación presentada está exenta de los graves vicios jurídicos que podrían poner en peligro los intereses de los inversores.

Además, el Tribunal Supremo examina la afirmación del Tribunal de Instancia, por la que la decisión de registrar no produce unos efectos que no se vinculan al propio acuerdo impugnado de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sino a la ampliación de capital por sí misma. Para el Tribunal Supremo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores no tiene por

XIV. Derecho Administrativo Económico

qué analizar los acuerdos mercantiles de emisión desde todos sus puntos de vista, incluida su adecuación a la normativa de sociedades anónimas, sino los aspectos formales y la suficiencia de la información facilitada, así como que no se perjudique gravemente los intereses de los inversores. Una vez efectuada esta importante tarea, la función de dicha Comisión concluye.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y, por mandato del artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, resuelve el debate planteado en instancia. Lo cierto es que el Alto Tribunal no llega a entrar en el fondo de la cuestión debatida, puesto que constata que el recurso contencioso-administrativo fue interpuesto fuera del plazo legal de dos meses desde la publicación del acto impugnado. Se trataba de una segunda cuestión de inadmisibilidad que había sido alegada por las partes demandada y codemandada.

Es un aspecto interesante de la sentencia de casación, puesto que el Tribunal Supremo pone de manifiesto que el día 20 de diciembre de 2001, según acreditación mediante acta notarial, se publicó en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores un “hecho relevante”, como es que se daba cuenta de la verificación y registro del folleto informativo de la ampliación de capital, por parte del organismo supervisor del mercado.

El Tribunal Supremo destaca que la Comisión no está obligada a notificar individualmente la decisión de registro a todos y cada uno de los innumerables accionistas de la sociedad emisora, o a los posibles inversores, españoles o extranjeros. Así pues, la “publicación” a partir de la cual se podrá impugnar el acuerdo del registro es la que se produce por el organismo regulador en sus medios de difusión propios y ello incluye su página web. El Tribunal Supremo considera que “dadas las características propias de este mercado y las circunstancias del caso, era exigible al recurrente en cuanto accionista de una sociedad cotizada (...) la diligencia necesaria para estar al tanto de las decisiones del organismo supervisor”. Concluye que el acceso a la información podía hacerse sin esfuerzo, pues constaba en la página web del organismo supervisor.

En definitiva, el Tribunal Supremo señala que sería contrario al principio de seguridad jurídica mantener indefinidamente abiertos los plazos de impugnación, a la espera de que cualquier interesado se diera por informado. Cuando en un sector de la economía, como el del mercado de valores, se da la información por las vías usuales, no cabe aceptar la temporaneidad de la impugnación que la sentencia examina.

8. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

La **STC 88/2009, de 20 de abril**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 8.8, párrafo 3, de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones, en la redacción dada por las Leyes 30/1995 y 66/1997, por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117.3 CE. Concretamente, la previsión legal citada establece que “Los derechos consolidados no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause la prestación o se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración”. Según el órgano judicial que plantea la cuestión, la prohibición temporal de la traba y realización de los derechos consolidados de los planes va más allá de lo que

exige la protección de los valores constitucionales, la cual podría justificar la limitación del derecho fundamental de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido, mediante la ejecución de las sentencias firmes. Y ello porque los planes de pensiones son un activo patrimonial y no garantizan mínimos asistenciales de carácter vital que justifiquen dicha prohibición.

El Tribunal desestima la cuestión en aplicación de su consolidada doctrina en torno a los límites constitucionales a las declaraciones legislativas de inembargabilidad (STC 113/1989, de 22 de junio). Se trata de dilucidar si la medida legal objeto de examen respeta el canon de la proporcionalidad en el sacrificio que impone a los acreedores. En este sentido, aunque los derechos consolidados pueden valorarse en dinero, el partícipe no puede ni enajenar ni gravar ni rescatar a voluntad el derecho porque la ley lo prohíbe. Por otra parte, los planes y fondos de pensiones obedecen a la finalidad de ser un instrumento de ahorro, que cumple una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social, así como también de modernizar y contribuir al desarrollo y estabilidad de los mercados financieros. La inembargabilidad de los derechos consolidados es, pues, una medida idónea y necesaria para asegurar su viabilidad y estabilidad y apoyar las finalidades descritas que persiguen.

La **STC 90/2009, de 20 de abril**, trata la cuestión de inconstitucionalidad relativa a la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, cuyo tenor literal dice: “Los partícipes de planes de pensiones que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, hubieran seguido haciendo aportaciones a los mismos con posterioridad al cese de su actividad laboral, podrán optar entre: Mantener los derechos consolidados correspondientes a dichas aportaciones para cubrir la contingencia de fallecimiento. Recuperarlos en forma de capital, dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, tributando como rendimientos del trabajo en la forma establecida en la sección primera del capítulo I de esta Ley, y, en concreto aplicando la reducción prevista en el artículo 17.2.b) de la misma”. Para el órgano judicial que plantea la cuestión, dicha prescripción legal da por supuesto una prohibición fiscal que antes de la Ley no existía, en el sentido que no se prohibía en el ordenamiento jurídico ser simultáneamente beneficiario y partícipe en distintos planes de pensiones por la contingencia de jubilación o situación asimilada. Por el contrario, según su criterio, esta prohibición se hizo posteriormente, con las debidas garantías, en el artículo 16.2 del RD 1589/1999, de 15 de diciembre, de modificación del Reglamento de planes y fondos de pensiones, en el cual se da el plazo de un año para adaptarlos a las nuevas especificaciones (plazo de regularización que es incompatible con el de la norma enjuiciada) y se añade la necesaria colaboración de las entidades gestoras en la propia adaptación de los mismos, que deben comunicar fehacientemente a los partícipes el cambio legal, así como modificar, de acuerdo con los asegurados, los términos del contrato. Así, concluye que, por dotar a la regularización fiscal de efectos retroactivos, por no prever mecanismos para dar a conocer los cambios legales a los destinatarios de dicha regularización y por ser tratados estos de peor condición que los afectados por el RD 1589/1999, resultan vulnerados los artículos 9.3, 31 y 33 CE.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de los siguientes argumentos. Primeramente, describe de forma detallada el marco normativo regulador de los planes y fondos de pensiones, así como su evolución,

XIV. Derecho Administrativo Económico

con los cambios que ha experimentado desde la Ley 8/1987, de 8 de junio. A continuación, siguiendo la doctrina contenida en la STC 206/1997, de 27 de noviembre, define en qué consisten dichos planes (acuerdo de voluntades, de carácter contractual complejo, con la finalidad de garantizar la percepción por los beneficiarios de una serie de prestaciones económicas cuando se produzcan los acaecimientos previstos para su percepción), y expone una serie de conclusiones para aclarar, entre otras cuestiones, las contingencias que cubren los planes de pensiones; la participación voluntaria en el plan, que supone que el partícipe acepta sus condiciones, entre ellas, la congelación de su aportación o las condiciones para hacer efectivos sus derechos consolidados, y la diferente naturaleza de los derechos consolidados de que son titulares los partícipes respecto de las prestaciones que derivan de la producción de la contingencia cubierta (que tienen diferentes formas: de capital, de renta o mixta).

Seguidamente, en cuanto a la norma objeto de estudio, considera que establece dos previsiones normativas diferentes: por un lado, establece un derecho de opción para los partícipes jubilados a ejercer en el plazo de un año; por otro, las consecuencias tributarias del ejercicio de este derecho. Para el Tribunal, el tema que se plantea es la posibilidad de rescatar los derechos consolidados fuera del plazo previsto, y no el tratamiento fiscal de las aportaciones a un plan de pensiones ni el de las prestaciones que del mismo puedan derivarse. Se trata, pues, de dilucidar la constitucionalidad de una norma de derecho privado, reguladora de un aspecto relativo a las relaciones jurídicas entre las partes de un contrato de previsión, y no de una disposición de derecho público dirigida a hacer efectivo el deber de contribuir a los gastos públicos de acuerdo con un sistema tributario justo (artículo 31.1 CE), por lo que no procede la alegación de vulneración de los principios de capacidad económica, igualdad tributaria o no confiscatoriedad.

Respecto al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), en el sentido de que la regularización fiscal que se analiza es de difícil conocimiento para los ciudadanos, el Tribunal, después de una detallada exposición sobre el contenido de este principio según la doctrina constitucional, concluye que la norma cuestionada no genera confusión sobre la conducta exigible ni sobre sus efectos. Por otra parte, desde otras perspectivas relacionadas con este mismo principio constitucional, tampoco se produce una restricción de los derechos individuales ni de las libertades públicas. Ni tiene lugar una quiebra de la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, pues se establece un régimen jurídico pro futuro, que no es retroactivo y que permite al ciudadano adaptar su conducta a la nueva regulación. Además, difícilmente puede considerarse arbitraria una previsión legal cuyas consecuencias aplicativas dependen enteramente de la voluntad de las partes, pues entiende que la participación en los planes de pensiones es fruto de la voluntad de las partes.

En este mismo orden de cosas, en materia de publicidad, también como elemento inherente a la seguridad jurídica, el Tribunal considera que los requisitos exigidos se han cumplido, pues el hecho de que no se disponga para las entidades gestoras la obligación de comunicación del plazo de opción, no es óbice para que los destinatarios no hayan tenido la oportunidad de conocer la normativa, pues se ha publicado debidamente en el Boletín Oficial del Estado.

Por último, la Sentencia analiza dos aspectos más: si la norma encierra una discriminación, lo que entraña siempre una arbitrariedad del legislador o si, aún no haciéndolo, es arbitraria porque carece de toda explicación racional. La respuesta a la primera cuestión es que no hay

discriminación alguna entre los partícipes que puedan resultar afectados por la disposición enjuiciada y por el RD 1589/1999, pues la primera establece un derecho de opción para los partícipes de un plan de pensiones, mientras que el segundo impone la obligación de las gestoras de adaptar los planes a las nuevas exigencias reglamentarias. Para resolver el segundo tema, el Tribunal, después de constatar que quien alega la arbitrariedad debe aportar una justificación convincente (cosa que considera que no ha hecho de forma suficiente el órgano judicial que ha planteado la cuestión), acude a la tramitación parlamentaria de la ley para concretar la verdadera voluntad del legislador. En dicha documentación encuentra una reveladora referencia a la finalidad de la Disposición Transitoria Decimotercera, que pretende dar una salida a los partícipes que han hecho aportaciones a planes de pensiones para cubrir contingencias que ya se han producido, en la creencia de que la normativa no impedía tal actuación, permitiendo que recuperen las cantidades así aportadas. La explicación racional que justifica la norma obedece tanto a la finalidad legítima de evitar el uso de los planes de pensiones con fines distintos de los que estaban previstos, como a la conveniencia de permitir la recuperación, durante el plazo dado, de los derechos consolidados en dichos planes, a quienes no opten por mantenerlos para cubrir la contingencia de fallecimiento.

9. PRECIOS Y TARIFAS

A) Determinación del *quantum* de las tarifas por “servicios generales” portuarios

La STC 101/2009, de 27 de abril, se ocupa de la cuestión de inconstitucionalidad relativa a los artículos 9 y 10.1.a) y la Disposición Transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modifica la Ley 1/1996, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles. En concreto, la Sentencia estima la cuestión, tras analizar si el sistema de fijación de tarifas por “servicios generales” portuarios (no entra en el estudio de los “servicios especiales”) que establecen dichos preceptos, vulnera el principio de reserva de ley que prescribe el artículo 31.3 CE, porque permite que se cuantifiquen por orden ministerial. De acuerdo con la doctrina constitucional, el Tribunal precisa que los servicios portuarios en cuestión constituyen verdaderas “prestaciones patrimoniales de carácter público” de naturaleza tributaria, sometidas por este motivo al citado principio constitucional. Y ello porque los “servicios generales” portuarios cuya utilización da lugar a las tarifas enjuiciadas (señalización marítima, balizamiento, policía, dársena, canales de acceso, esclusas, obras de abrigo, zonas de fondeo, atraque, amarre, accesos terrestres, vías de circulación, estaciones marítimas, etc.) implican, bien la prestación de servicios o la realización de actividades en los que existe un monopolio de derecho a favor del Estado y respecto de los cuales los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación, bien la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público portuario, que al ser de titularidad del Estado generan “una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir a los mismos” (STC 185/1995, de 5 de diciembre).

XIV. Derecho Administrativo Económico

La simple remisión a la norma gubernamental para la determinación y fijación de las tarifas no supone necesariamente su inconstitucionalidad si la ley establece los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que han de establecer el quantum de las tarifas, desterrando una actuación libre de éstos, no sometida a límites. En este sentido, las normas cuestionadas no establecen ningún límite máximo (implícito o explícito) a la cuantía de las tarifas por servicios generales, ya que simplemente indican que tal cuantía se fijará, actualizará y revisará con sujeción a la “política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno” y a la “normativa general y objetivos anuales”, que se establezcan por el Ministerio. Se deja, por tanto, a la entera libertad de los citados órganos uno de los elementos esenciales del recurso financiero: el quantum de la prestación. En conclusión, las normas examinadas trazan un ámbito de cuantificación que, al dejar un amplísimo margen de libertad al poder ejecutivo, implica una habilitación tan indeterminada que es inconstitucional porque desborda los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley tributaria (artículos 31.3 y 133.1 CE).

10. TELECOMUNICACIONES

A) Acuerdos de interconexión y actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de tratar en dos ocasiones la cuestión del alcance de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, respecto a los acuerdos de interconexión celebrados entre diversos operadores en el ámbito de las telecomunicaciones.

La **STS de 1 de octubre de 2008**, resuelve el recurso de casación 408/2006 (RJ 2008/4601), interpuesto por la sociedad “RM, SA” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 18 de noviembre de 2005, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado por la misma entidad “RM, SA” frente a la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 12 de diciembre de 2002.

El litigio traía causa del escrito presentado por “TME, SA” en el que se pedía a la Comisión que instara a “RM, SA” a modificar el acuerdo general de interconexión vigente entre las partes y que aplicara el principio de simetría de los precios de terminación en sus respectivas redes o, subsidiariamente, determinara los precios que “RM, SA” debía ofrecer a “TME, SA” para el servicio de terminación de llamadas en su red. En virtud de la reseñada resolución de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, se estableció que “RM, SA” debía ofrecer a “TME, SA” una reducción en sus precios de terminación de llamadas.

Tras reproducir ampliamente la sentencia recurrida en casación, el Tribunal Supremo concluye que la Audiencia Nacional cumplió la exigencia constitucional y legal de que las sentencias sean motivadas. Ello permite al Tribunal Supremo rechazar los dos primeros motivos de casación alegados por “RM, SA”.

A continuación, el Alto Tribunal recupera, también ampliamente, una Sentencia suya de 8 de julio de 2008 (recurso de casación 6957/2005), sobre una cuestión parecida a la que plan-

tea “RM, SA” en el presente recurso de casación 408/2006. Con base en dicha sentencia, el Tribunal Supremo rechaza los siguientes tres motivos de casación planteados en el presente recurso de casación, esta vez de naturaleza sustantiva.

En cuanto al primero de ellos, señala el Tribunal Supremo que la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al resolver los conflictos de interconexión entre los operadores de telefonía, no queda limitada a la mera aplicación automática de los preceptos del Código Civil, referentes a la eficacia e interpretación de los contratos. El Alto Tribunal puntualiza que si algún sentido tiene la atribución legal al organismo regulador de las telecomunicaciones de esta competencia específica, distinta de la mera función arbitral sujeta al derecho privado, es precisamente para velar por los objetivos de interés público. A estos efectos, la sentencia destaca la relevancia de la interconexión como elemento clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores.

Además, prosigue el Tribunal Supremo, los preceptos del Código Civil deben ser interpretados con la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite moderar y equilibrar las obligaciones contractuales ante la aparición de determinadas circunstancias extraordinarias sobrevenidas. Especialmente porque se enmarcan en un contexto de prestación de un servicio de interés general, como es la telefonía. El Tribunal Supremo recuerda que el acuerdo de interconexión suscrito entre las dos operadoras en conflicto permitía expresamente su modificación si se producían cambios normativos en la materia, supuesto al que cabe equiparar la circunstancia sobrevenida de que el regulador adopte decisiones administrativas vinculantes, conformes a la norma jurídica y con incidencia en los precios de interconexión.

En cuanto al segundo motivo de casación (cuarto en la enumeración del recurso), el Tribunal Supremo reitera la plena competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para intervenir en los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión. Y respecto al último motivo de casación, también es rechazado por el Tribunal Supremo, con base en que en ningún momento se han intercambiado los papeles de operador dominante o no dominante, sino que simplemente el órgano supervisor exigió el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones. Por todo lo expuesto, el Alto Tribunal declara que no ha lugar al recurso de casación.

El Tribunal Supremo resuelve, en su **STS de 18 de noviembre de 2008**, el recurso de casación 1633/2006 (RJ 2008/5966), interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 27 de diciembre de 2005, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo presentado por la entidad “TE, SAU” contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 23 de octubre de 2003, que zanjó el conflicto de interconexión surgido entre la citada “TE, SAU” y la también entidad “ITS, SL”.

Los hechos se remontan al momento en que “TE, SAU” y la entidad “ITS, SL” celebraron un Acuerdo General de Interconexión el día 1 de marzo de 2001. El 26 de marzo del mismo año, ambas empresas acordaron unos precios más económicos, por medio de una adenda, para los servicios de terminación de tráfico de voz internacional. El 16 de abril de 2003, “TE, SAU”

XIV. Derecho Administrativo Económico

decidió unilateralmente aplicar a “ITS, SL” los precios previstos en el Acuerdo de 1 de marzo de 2001, puesto que durante los últimos cinco meses anteriores a la fecha indicada “ITS, SL” no había satisfecho las facturas debidas a “TE, SAU”. Este conflicto fue el que resolvió el acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Como se ha avanzado, frente al citado acuerdo de la Comisión, “TE, SAU” recurrió a la Audiencia Nacional, que dictó sentencia favorable a “TE, SAU”, con el fundamento de que, cuando los convenios de interconexión establecen cláusulas o tienen un alcance puramente privado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no puede modificar lo convenido por las partes. Si entre éstas surgen diferencias, ha de ser la jurisdicción civil quien decida.

El Tribunal Supremo estima el recurso presentado por la Administración del Estado y casa la sentencia de instancia, con base en las Sentencias del propio Tribunal Supremo de 8 de julio de 2008 (recurso de casación 6957/2005), y de 1 de octubre de 2008 (recurso de casación 408/2006), antes comentada.

La sentencia de casación comparte la doctrina de fondo expuesta por la Audiencia Nacional, en el sentido que la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al resolver los conflictos de interconexión, no puede desligarse de los objetivos públicos cuya salvaguarda tiene encomendada. Entre tales objetivos, destaca el de fomentar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

Pero sentada esta coincidencia con la Sala de instancia en cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal Supremo diverge en la conclusión, ya que destaca que la autonomía contractual de las partes para fijar las condiciones de los acuerdos de interconexión debe realizarse dentro del marco predeterminado de liberalización de las telecomunicaciones, y tales acuerdos están sujetos al escrutinio del organismo regulador, que puede, en caso de conflicto, adoptar las decisiones necesarias sobre la forma y condiciones en que la interconexión debe llevarse a cabo.

Es verdad que en el supuesto concreto la Comisión puso un especial énfasis en la aplicación de las normas civiles que rigen las obligaciones, pero en cualquier caso la finalidad pública que persigue la Comisión está implícita en el texto de la resolución impugnada. En particular, el Tribunal Supremo indica que “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha de velar por el debido equilibrio entre las posiciones e intereses de las partes que suscriben un acuerdo de interconexión, sin olvidar que la existencia de estos acuerdos tiene razón de ser precisamente porque en el sector se da una situación de inicial ventaja para quien es titular de las redes”.

En el caso de autos, “TE, SAU” efectuó una modificación unilateral en el precio del servicio y, además, la llevó a cabo sin acudir al mecanismo de revisión establecido en el mismo acuerdo general de interconexión. Pues bien, el Tribunal Supremo señala, y con ello demuestra su conformidad con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que el operador dominante no puede establecer de forma unilateral el precio del servicio.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no entró en la cuestión del incumplimiento contractual de la otra parte que, por cierto, se resolvió posteriormente por ella misma

con la apertura de un expediente administrativo respecto a los impagos de “ITS, SL”, y que concluyó con la desconexión de las redes como medida cautelar.

B) Sanción por incumplimiento de un acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La STS de 10 de julio de 2008, resuelve el recurso de casación 7144/2005 (RJ 2008/4566), interpuesto por la entidad “TE, SAU” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2005, sobre sanción en materia de telecomunicaciones.

Los hechos se remontan al Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de abril de 2002, por el que se adoptaron diversas medidas cautelares con respecto a la “Oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios” de la entidad “TTP”. En particular, se imputaba a “TE, SAU” que había discriminado a las empresas de un determinado grupo empresarial, a la vez que favorecía a la empresa “TTP” de su propio grupo empresarial. La discriminación se fundaba en que “TE, SAU” había planteado dificultades en la contratación e instalación de nuevas líneas telefónicas.

Ante el incumplimiento del Acuerdo de 29 de abril de 2002, la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de abril de 2003 declaró responsable a “TE, SAU” de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y la sancionó con dos millones de euros.

Contra dicha resolución sancionadora, “TE, SAU” interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, y es contra la sentencia de este órgano judicial, de 14 de septiembre de 2005, desestimando el recurso presentado, que “TE, SAU” interpone el recurso de casación que es resuelto por la presente sentencia del Tribunal Supremo.

El primer motivo de casación alegado por “TE, SAU”, consiste en que la sentencia de instancia habría incurrido en un vicio de incongruencia omisiva. El Tribunal Supremo rechaza esta imputación, puesto que comprueba que la sanción que en su momento se dictó contra “TE, SAU” por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no se basaba, como pretende erróneamente la entidad actora, en criterios más o menos artificiales o fijados discrecionalmente por la misma Comisión, sino que se deducían del contraste de las realidades comprobadas en el expediente, y que ponían de manifiesto las evidentes discriminaciones que se habían efectuado en contra de las entidades competidoras de “TTP”.

En segundo lugar, “TE, SAU” considera que el procedimiento sancionador habría incurrido en caducidad. El Tribunal Supremo también rechaza este motivo de casación, puesto que comprueba que los dos acuerdos dictados para ampliar el plazo para resolver adoptados en el expediente administrativo presentaban una motivación objetiva y razonable, como es la especial complejidad de la instrucción, que justifica el uso de la medida prevista en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo, en concreto, comparte la tesis del Tribunal de Instancia, en cuanto que era evidente el voluminoso expediente tramitado, que requería de un análisis y verificación cuya duración en el tiempo razonablemente sobrepasaba los “normales” expedientes sancionadores, y que legitimaba la decisión. En el citado expediente había más de 500 documentos, y había sido necesario recabar información de más de cien denunciantes.

En tercer lugar, “TE, SAU” alega que la Sala de instancia habría vulnerado los principios de tipicidad y legalidad del artículo 25.1 de la Constitución, en relación con los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El Tribunal Supremo también desestima este motivo de casación, puesto que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tuvo en cuenta la singular situación del mercado de la telefonía de uso público, en el que “TE, SAU” era operador dominante, y se le conminó a abstenerse de discriminar a los nuevos entrantes y de beneficiar a su filial “TTP”, conminación que la Comisión concretaba específicamente en conductas determinadas, tales como la contratación de nuevas líneas telefónicas, el tiempo de entrega de las líneas telefónicas solicitadas, las tarifas cobradas y la exigencia de avales o prepago. No es, pues, un mandato inconcreto, como sostenía la parte recurrente, sino bien preciso y determinado.

Prosiguiendo con la sentencia del Tribunal Supremo, la parte recurrente insiste en la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, porque alega que la medida cautelar fue adoptada para salvaguardar las condiciones de competencia en el mercado, mientras que la resolución sancionadora no decía nada al respecto. El Tribunal Supremo no acoge este otro motivo de casación, tras constatar que la conducta sancionada es la prevista en la norma de tipificación, esto es, la falta de cumplimiento de la medida cautelar que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había adoptado, precisamente, en aplicación de sus atribuciones de salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en el mercado en cuestión.

En quinto lugar, el Tribunal Supremo examina de modo específico una de las modalidades de conducta discriminatoria imputada a la empresa recurrente, cuya apreciación fue corroborada por la sentencia de instancia. Consiste en que “TE, SAU” permitía a TTP el acceso al sistema informático SGIC (“Sistema de Gestión Integral para Clientes”), y lo denegaba a las empresas competidoras. Entiende “TE, SAU” que se vulnera su derecho a la presunción de inocencia, y que se invierte la carga de la prueba, ya que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le exigía razones objetivas justificadoras de la denegación de acceso a dicho sistema informático. “TE, SAU” añade que se vulnera el principio de tipicidad, puesto que el citado sistema SGIC no era esencial para prestar el servicio. Estas alegaciones de la parte recurrente son igualmente rechazadas por el Tribunal Supremo, puesto que recuerda que “TE, SAU” vedó el acceso a las empresas competidoras de su filial, y en cambio se lo facilitó a ésta, sin dar explicaciones sobre el trato discriminatorio. Añade el Tribunal Supremo que la alegación de “TE, SAU” pasa por alto que la infracción se cometió al desobedecer los términos de la medida cautelar.

En sexto lugar, “TE, SAU” considera que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad de la sanción, puesto que la sentencia de instancia no valoró adecuadamente las circunstancias agravantes apreciadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es decir, los perjuicios económicos y la intencionalidad. Estas alegaciones son refutadas por el Tribunal Supremo. En particular, destaca la afirmación del Tribunal Supremo en el sentido que la intencionalidad de la conducta reviste en el caso de autos un “plus”, por lo que es perfectamente

lógico que se valore como elemento configurador del tipo determinante de la imputación de la sanción y también como circunstancia agravante de la responsabilidad (STS de 29 de abril de 2008, recurso de casación 5199/2005).

Finalmente, se examina la aplicación retroactiva de la nueva Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. La compañía actora había instado a la Audiencia Nacional la aplicación retroactiva de dicha norma legal, desde dos puntos de vista.

En cuanto al primero, el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la entidad recurrente, puesto que la infracción muy grave prevista en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 es la misma prevista en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, sin que la adición del término “comunicaciones electrónicas” como especificativo de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones implique lo contrario. Esta denominación viene a poner de manifiesto el cambio en la realidad del sector, pero en cualquier caso la telefonía fija se encuadra sin problemas tanto en el ámbito de las “comunicaciones electrónicas”, como en el de las “telecomunicaciones”.

Desde el segundo punto de vista, la compañía recurrente pretendía que uno de los factores determinantes de la multa impuesta, esto es, el porcentaje de los ingresos de la sociedad sancionada, fuera calculado a partir de la Ley 32/2003. El Tribunal Supremo estima el recurso únicamente en este punto, por lo que anula la sanción e impone a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que dicte nueva sanción pecuniaria con aplicación retroactiva de la Ley 32/2003. En realidad, este aspecto no había sido planteado en instancia, pero el Tribunal Supremo lo estima por la doctrina jurisprudencial sobre aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa para el infractor, tal y como el propio Tribunal Supremo ya había hecho en sus Sentencias de 6 de junio de 2007 (recurso de casación núm. 8217/2004) y 29 de abril de 2008, ya citada.

11. TRANSPORTE AÉREO

Entidad pública “Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea”. Facultad de dirección y control del Gobierno.

Ante los acontecimientos sucedidos el 28 de julio de 2006 en el aeropuerto de El Prat que conllevaron la paralización de la actividad en dicho aeropuerto, el Consejo de Ministros aprobó, con fecha 1 de septiembre del mismo año, un Acuerdo en el que formulaba un mandato a la Entidad pública Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea (AENA) para que adoptase una serie de medidas extraordinarias que facilitasen el ejercicio de los derechos y acciones de los pasajeros afectados. Contra dicho Acuerdo interpuso recurso contencioso-administrativo la entidad “Iberia, Líneas Aéreas de España, SA”. Mediante la **STS de 25 de septiembre de 2008** (recurso 368/2006), que ahora comentamos, el Tribunal Supremo estima dicho recurso y declara la nulidad del citado Acuerdo.

Como cuestión previa, el Tribunal confirma la legitimación de Iberia para interponer dicho recurso contencioso-administrativo, que el Abogado del Estado había puesto en duda. Según la Sala, no hay duda de que la entidad tiene un interés legítimo ya que “se encuentra en íntima conexión con el Acuerdo recurrido, que de antemano establece unos baremos en las indem-

XIV. Derecho Administrativo Económico

nizaciones a satisfacer, impidiendo una negociación particular con los pasajeros damnificados en orden a obtener una cuantía inferior a la prevista”.

En cuanto a la cuestión de fondo, el Tribunal centra la controversia en torno a las relaciones que se establecen entre el Gobierno y AENA. Recordando el sometimiento de los llamados “actos políticos” a la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos del artículo 2 de la Ley 28/1998, el Tribunal reconoce la potestad del Gobierno para desarrollar la función reparadora a la que se refiere el Acuerdo recurrido, calificando incluso de “encomiable” que hubiese procedido a la adopción de dichas medidas. Sin embargo, aclara que lo que debe examinarse en este caso es si se ha utilizado para ello el instrumento adecuado, es decir, si es posible “integrar en las relaciones de tutela entre el Gobierno y AENA, el acto singular que impone la asunción por ésta de las funciones resarcitorias” ya conocidas.

Tras exponer los límites legales en los que se enmarcan las relaciones de tutela entre el Gobierno y AENA, el Tribunal concluye que el Acuerdo recurrido vulnera el principio de legalidad y procede a estimar el recurso, declarando la nulidad de dicho acuerdo. Según la Sala, dicha relación de tutela se refiere a relaciones de dirección y control, a “funciones que entran en el marco de directrices generales, pero en ningún caso a actuaciones concretas en relación con supuestos determinados, respecto de las cuales, tiene AENA su propia autonomía, en función de su propia iniciativa, a través de sus órganos de dirección y bajo el régimen presupuestario por el que se rige”. En consecuencia, se entiende que, al entrar a concretar las medidas que debía adoptar AENA para compensar a los pasajeros afectados, el Acuerdo del Consejo de Ministros limitó de forma singular e injustificada la autonomía de dicha entidad, puesto que se superaban los márgenes de actuación en el régimen de tutela y ello requiere, en opinión del Tribunal, de una norma de igual rango que la Ley de creación de la entidad pública.

La sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado J.M. Bandrés Sánchez-Cruzat, al que se adhiere el presidente de la sección, el Magistrado F. Ledesma Bartret. La discrepancia alcanza al sentido del fallo, entendiendo los magistrados que debió haberse desestimado el recurso. En términos generales, se alega que no cabe hacer una interpretación restrictiva de la potestad de dirección y control del Gobierno como la hecha por la sentencia, de tal manera que la autonomía de AENA debería ceder ante su necesaria armonización con el interés público y los principios de eficacia y coordinación, siendo así innecesaria una norma con rango de ley para aprobar medidas como las previstas en el Acuerdo discutido. Como refuerzo a este argumento, se aduce que dichas medidas están en consonancia con la finalidad y objetivos del Reglamento comunitario (CE) 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o retraso de los vuelos.

12. TRANSPORTE TERRESTRE

A) Ferrocarril. Trazado del tren de alta velocidad

Mediante la STS de 26 de septiembre de 2008 (recurso 260/2006), se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Sant Feliu de Buixalleu contra la Sentencia de 29 de septiembre de 2005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia

Nacional, que desestimó el recurso contra la Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras de 17 de febrero de 2003, por la que se aprobó el expediente de información pública y el trazado del estudio informativo de la línea ferroviaria de alta velocidad Madrid-Barcelona-frontera francesa.

Cuatro son los motivos de casación que componen el recurso. En primer lugar, el Ayuntamiento alega la infracción del procedimiento en la instancia judicial anterior al no habersele dado traslado de la ampliación del objeto del recurso que llevó a cabo la Sala de instancia. El Tribunal Supremo desestima el motivo al no apreciar indefensión del recurrente, quien no había reclamado en ninguno de los momentos procesales anteriores en los que tuvo ocasión dicha vulneración.

Más allá de esta cuestión, el motivo principal de casación reviste también carácter procedimental y se refiere a la vulneración del artículo 228 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre), que contempla un trámite de audiencia específica para las Administraciones Públicas que se vean afectadas por un proyecto de vía férrea. En concreto, reclama el Ayuntamiento que sólo le fue trasladada una parte del estudio informativo. Reiterando los argumentos de la Sala de instancia en este punto, el Tribunal Supremo desestima también este motivo. De entrada, insiste en que la finalidad del estudio informativo, objeto de la resolución impugnada originariamente, es la aprobación del trazado ferroviario y no del proyecto propiamente dicho, que es objeto de un trámite posterior y que goza de un nivel de detalle mucho mayor. Al respecto, se advierte que el Ayuntamiento no se opuso al trazado en ningún momento, sino más bien a la afectación de elementos urbanísticos municipales, lo que supone dirigirse más contra el contenido del proyecto que del estudio informativo. En este sentido, el Tribunal concluye que el trámite específico de audiencia cumplió con la finalidad legalmente prevista, que el municipio tuviese conocimiento del trazado contemplado en el estudio informativo. Además, cabe tener en cuenta que el recurrente tuvo a su disposición el período de información pública general propio de todo procedimiento administrativo. Trámites, que por otra parte, no obligaban a la Administración estatal a aceptar las propuestas formuladas por el ayuntamiento o los particulares, sino que la finalidad de éstos es simplemente la de que “manifiesten sus planteamientos y propuestas al objeto de que la Administración pueda, en su caso, seguir su criterio si lo considera compatible con los intereses generales”.

Como tercer motivo de casación alega el recurrente la conculcación de la autonomía municipal, por infracción de los artículos 137 CE y 25 LBRL. Al igual que hacía la sentencia *a quo*, el Tribunal Supremo desestima dicha alegación por ser excesivamente genérica y sin un apoyo claro en una infracción legal concreta. Dice la Sala que la mera invocación de la autonomía local, como concepto jurídico y político-administrativo, no puede prevalecer sin más frente a las potestades y competencias que el ordenamiento reconoce a otras administraciones ni supone el derecho a que sean atendidas sus peticiones. En la medida en que la alegación de la autonomía local se apoya de nuevo en la vulneración del trámite procedimental examinado anteriormente queda también rechazado este motivo.

Finalmente, se invoca la vulneración del artículo 139 de la Ley 30/1992 por haberse denegado en la sentencia recurrida la responsabilidad patrimonial del Estado que se generaría –según el municipio recurrente– por la realización del trazado y del proyecto al margen del planea-

XIV. Derecho Administrativo Económico

miento general urbanístico. La Sala desestima el motivo de casación argumentando que, al no existir actuación ilegal de la Administración, no cabe afirmar responsabilidad patrimonial y que, en consecuencia, cualquier eventual compensación debería derivarse de las expropiaciones que procedan en la fase de ejecución del trazado.

B) Transporte por carretera. Concesión de servicio público de transporte de viajeros

Mediante su STS de 25 de noviembre de 2008 (recurso 1817/2006), el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la empresa “La Estellesa de Automóviles, SA” contra la Sentencia de 23 de enero de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Director General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera de 1 de diciembre de 1998. Dicha resolución autorizó, bajo determinadas condiciones, a utilizar un mismo vehículo a otras dos empresas (Continental Auto, SA y Compañía Navarra de Autobuses, SA), titulares de dos correlativas concesiones de servicio público para el transporte de viajeros por carretera en los trayectos Madrid-Soria-Logroño con hijuelas y Pamplona-Soria con hijuelas.

Confirmando uno a uno los argumentos de la sentencia de instancia, el Tribunal desestima los motivos de casación, que, según la Sala, se limitan en su mayor parte a reproducir alegaciones ya expuestas en la instancia anterior.

Con carácter previo, se aclara que, contrariamente a lo pretendido por la recurrente, ésta no tenía prioridad alguna para obtener una nueva concesión independiente en la ruta discutida, por el simple hecho de estar pendiente de resolución, a causa de diferentes vicisitudes administrativas, un expediente de concesión de servicio público de transporte regular Madrid-Pamplona que había solicitado junto a otras empresas en 1978, sino que únicamente le asiste el derecho a seguir tramitando ese otro procedimiento. Asimismo, el Tribunal niega que la resolución del procedimiento que es objeto de recurso previamente a este otro todavía pendiente vulnera el artículo 74.2 de la Ley 30/1992, en cuanto al principio general de prioridad temporal en el despacho de los expedientes por su orden de incoación, ya que dicho precepto opera únicamente en los “expedientes de homogénea naturaleza” y, en este caso, aunque coincidan en sus puntos inicial y final (Madrid y Pamplona), existe heterogeneidad en las rutas y, por tanto, también en las concesiones.

Por otra parte, entiende el Tribunal que tampoco existe, como alegaba la recurrente, vulneración del interés público al que debe someterse la actuación administrativa [artículos 103 CE, 3.1 de la Ley 30/1992 y 3.2.f) de la Ley 6/1997], por el hecho de que la resolución discutida redujera, respecto a la situación precedente, el número de plazas disponibles y aumentara el número de años de antigüedad del vehículo autorizado para realizar el transporte. Respetando el marco legal aplicable, la decisión de cifrar en una cantidad u otra los pasajeros de autobuses o la antigüedad máxima de éstos se inserta, según el Tribunal, en el margen de discrecionalidad propio de la Administración y se deriva de lo que la “evolución de los medios de transporte puede aconsejar”.

El motivo sustantivo central del recurso se refiere a la vulneración del artículo 77, apartados 2º y 3º, de la Ley 16/1987, de 30 de julio, sobre Ordenación de los Transportes Terrestres. La recurrente alega que se infringe el artículo 77.2, porque este sólo permite la autorización de

un mismo vehículo para itinerarios distintos cuando sea prestado por un mismo titular, lo que no se da en este caso. A su vez, niega que los solicitantes de la autorización hayan demostrado la improcedencia de establecer como servicio independiente el itinerario correspondiente a las distintas concesiones servidas por el vehículo, tal y como exige el artículo 77.3 de la citada ley. El Tribunal Supremo rebate ambos argumentos, confirmando lo dicho por la Sala a quo. En primer lugar, se reitera que el precepto aplicable al caso es el artículo 77.3, que regula la autorización del uso de vehículos para servir los itinerarios de dos o más concesiones de distintos titulares, y no el apartado precedente relativo a las concesiones de un único titular. En este sentido, dicho precepto establece que esta autorización procederá “con tal que las concesiones presenten puntos de contacto y el servicio se preste sin solución de continuidad en el recorrido”. Circunstancias que, según el Tribunal, corresponde apreciar a las administraciones concedentes en atención, de nuevo, al “notable componente discrecional” de la cuestión y, por tanto, “sólo con prueba –a cargo del actor– que demostrase sin lugar a dudas el error de aquella apreciación administrativa podía estimarse la pretensión de la demandante”. Al no haberse aportado pruebas suficientes del error del Ministerio de Fomento en dicha apreciación, procede la desestimación del recurso en este punto.

Paralelamente, alega la recurrente que la falta del informe del Consejo Nacional de Transportes Terrestres vulnera el artículo 91 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres (Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre). Como hizo el Tribunal de Instancia, el Supremo entiende que la falta de dicho informe es aquí el resultado de aplicar el propio reglamento sectorial, que dispone que, en caso de que un 25% de los miembros con derecho a voto de dicho Consejo votaran en contra, se exigirá mayoría absoluta para concluir un acuerdo formal del Consejo. En este caso, se obtuvieron 11 votos a favor y 7 en contra, lo que suponía un 25% de votos en contra, sin que la mayoría favorable alcanzase el quórum exigido para concluir el acuerdo, por lo que no se emitió dicho informe. Habiéndose cumplido la finalidad de consulta al órgano asesor, el Tribunal recuerda que el artículo 83.3 de la Ley 30/1992 permite proseguir las actuaciones administrativas en caso de que no haya sido emitido el informe en el plazo señalado, para evitar su paralización sólo por el hecho de que, en virtud de circunstancias imputables a los órganos consultivos, éstos no lleguen a evacuar los informes que se les solicitan.

Por último, se plantea la eventual vulneración de las competencias de la Comunidad Autónoma de Navarra por parte del Estado, al ser la concesión administrativa materia autonómica. Como en los motivos anteriores, el Tribunal desestima el argumento de la recurrente. Entiende la Sala que se respeta la distribución de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma en la medida en que la autorización del Ministerio de Fomento se condiciona a la aprobación de la Comunidad Foral en lo que a la concesión se refiere, calificando incluso este supuesto como “un ejemplo elogiado de coordinación de las competencias de las dos Administraciones” para mejorar las condiciones de transporte.

ANGELS ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL

JOSEP MOLLEVÍ BORTOLO

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Derecho del consumidor destinatario de una publicidad engañosa a reclamar judicialmente el premio aparentemente ganado. **2. Deporte.** A) El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte. B) Servicios directamente relacionados con el deporte o la educación física y exención de IVA. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Sanción a centro concertado. **4. Extranjeros.** A) Permiso de residencia y trabajo. B) Denegación de entrada y expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Nacionalidad. **5. Sanidad.** A) Concepto (comunitario) de medicamento “por su función”. B) Consentimiento informado. **6. Seguridad privada.** A) Nulidad del artículo 149.5 del Reglamento de Seguridad Privada, según redacción establecida por el Real Decreto 1123/2001.

1. CONSUMO**A) Derecho del consumidor destinatario de una publicidad engañosa a reclamar judicialmente el premio aparentemente ganado**

La STJCE de 14 de mayo de 2009, As. C-180/06, responde a una cuestión prejudicial, en la que el órgano jurisdiccional austríaco remitente pregunta si el derecho reconocido a los consumidores a poder reclamar judicialmente a las empresas el premio aparentemente obtenido cuando éstas envían (o han enviado) a un consumidor determinado promesas de atribución de un premio u otras comunicaciones similares, cuya formulación puede (o podía) hacer que el consumidor tenga la impresión de que ha ganado un premio determinado –sin hacer depender su obtención de la realización de un pedido de bienes o de un simple pedido de prueba– cuando no se haya producido tal pedido y el premio sea reclamado por el destinatario de la notificación, constituye, con arreglo al Reglamento (...) núm. 44/2001 (...), un derecho en materia de contratos o asimilado, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), [de dicho] Reglamento (...) Asimismo, en caso de respuesta negativa a esta cuestión, ¿existe un derecho en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 44/2001 en el caso de que, aun cuando el derecho a reclamar el premio no dependa de la realización de un pedido de productos, el destinatario de la comunicación hubiera realizado tal pedido?

Por su parte, el Tribunal de Justicia considera que el artículo 15, apartado primero, letra c), del Reglamento núm. 44/2001, en su redacción vigente, no es aplicable a una acción judicial como la controvertida, porque el profesional no se obligó contractualmente a pagar el premio prometido al consumidor y cuyo pago reclama éste. En este caso, la citada disposición sólo es aplicable a dicha acción judicial si la promesa engañosa de premio fue seguida de la celebración de un contrato por el consumidor con la sociedad de venta por correspondencia, materializado en un pedido de mercancías a esta última.

Procede, por tanto, responder a las cuestiones planteadas que, en una situación en la que un consumidor solicita que se condene, en virtud de la legislación de un Estado contratante en el que tiene su domicilio y ante el tribunal del lugar en que éste se halla, a una empresa de venta por correspondencia, con sede en otro Estado contratante, al pago de un premio aparentemente obtenido por él, cuando dicha sociedad, con la intención de incitar al consumidor a contratar, dirigió a este último un envío nominal que le podía hacer pensar que se le atribuiría un premio en cuanto remitiera el “certificado de reclamación del premio” incluido en dicho envío, sin que, por otra parte, la atribución de dicho premio se supeditara a un pedido de productos ofrecidos a la venta por la citada sociedad o a un pedido de prueba.

De forma complementaria, las reglas de competencia previstas en el Reglamento núm. 44/2001 deben interpretarse de la siguiente manera:

- Una acción judicial como la ejercitada por el consumidor está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 15, apartado 1, letra c), de dicho Reglamento si el vendedor se obligó jurídicamente a entregar el premio al consumidor.
- Cuando este requisito no se cumple, dicha acción sólo está comprendida en el ámbito de aplicación de la citada disposición del Reglamento núm. 44/2001 si el consumidor ha hecho efectivamente un pedido al vendedor profesional.

2. DEPORTE

A) El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 69.3.C) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte

La STC 81/2009, de 23 de marzo, declara inconstitucional el artículo 69.3.c) de la Ley del deporte, tras el planteamiento de una cuestión por el Juzgado de lo contencioso de Mérida. Recuérdese que el precepto en su literalidad dispone que “Son infracciones leves: Todas las acciones u omisiones no tipificadas como infracciones graves o muy graves en el presente título y que sean contrarias a las normas y reglamentos aplicables a los espectáculos deportivos”.

Téngase en cuenta que no incide sobre el objeto del proceso constitucional el hecho de que la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (que entró en vigor el 12 de agosto de 2007) derogue los artículos 60 a 69 de

XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, y proceda a regular un régimen sancionador actualizado y referido, exclusivamente, a las conductas que inciden en comportamientos violentos, racistas, xenófobos o intolerantes en el ámbito deportivo. Y ello con la pretensión, como se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley 19/2007, de conseguir, “desde una visión de conjunto, superar algunas de las actuales disfunciones en la aplicación conjunta de ambos ordenamientos, el puramente deportivo y el de seguridad ciudadana que, aunque convivían hasta ahora en un mismo texto normativo, tienen un fundamento diferente y unas reglas, también distintas, de concepción y de aplicación”.

Pues bien, el juicio de constitucionalidad del derogado artículo 69.3.c) se centra en el análisis de las infracciones que sancionaba como leves en el deporte. Por lo tanto, desde el punto de vista material se remite a las prescripciones reglamentarias que no estén incluidas en los apartados que tipifican las infracciones muy graves [apartado 3.A) del artículo 69] y graves [apartado 3.B) del artículo 69]. Constituye ésta una de las prácticas normativas vedadas por el artículo 25.1 CE en cuanto que, aunque el precepto sancionador ostente rango de ley, no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permite una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos, en degradación de “la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña”, lo que determina su declaración de inconstitucionalidad, al efecto de la aplicación del precepto que debe realizar el juzgado que plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

B) Servicios directamente relacionados con el deporte o la educación física y exención de IVA

La STJCE de 16 de octubre de 2008, As. C-253/07, responde a una cuestión prejudicial, en la que el órgano jurisdiccional británico remitente pregunta, respecto a la interpretación de la exención de IVA (establecida para “La prestación a un individuo, por parte de un organismo que cumpla los requisitos establecidos, de servicios directamente relacionados con el deporte o la educación física practicados por dicha persona y esenciales para dicha práctica, exceptuando, en el caso de que dicho organismo funcione como una asociación, los servicios prestados a quienes no sean miembros”). En concreto se pregunta si tal exención, en primer lugar, contenida en el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva, en la expresión “personas que practican el deporte”, ¿el término “personas” comprende también las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad jurídica (*unincorporated associations*) o sólo se refiere a los individuos, en el sentido de personas físicas o seres humanos? En segundo lugar, si en la expresión “personas que practican el deporte” el término “personas” comprende tanto las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad jurídica como los individuos, ¿la expresión “determinadas prestaciones de servicios, directamente relacionadas con la práctica del deporte” autoriza a un Estado miembro a limitar la exención únicamente a los individuos que practiquen un deporte?

El Tribunal de Justicia entiende que en lo que respecta a la práctica del deporte y de la educación física como actividades de interés general, la exención establecida en el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva tiene por objeto promover este tipo de actividades, pero no exime de manera general la totalidad de prestaciones de servicios relacionadas con el deporte. El disfrute de la exención está sujeto a determinados requisitos. En primer

lugar, las prestaciones de servicios directamente relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física deben ser realizadas por uno de los organismos contemplados en el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva. Así, para que tales prestaciones de servicios puedan quedar exentas en virtud de esta disposición, es indispensable que sea un organismo sin ánimo de lucro quien preste estos servicios. En segundo lugar, las prestaciones de servicios realizadas por dichos organismos pueden quedar exentas, en cuanto operaciones de interés general, a condición de que estén directamente relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física y sus destinatarios sean personas que practiquen el deporte o la educación física. Por otro lado, del artículo 13, parte A), apartado 2, letra b), primer guión, de la Sexta Directiva se desprende que las prestaciones de servicios contempladas en el apartado 1, letra m), de dicho artículo 13, parte A), sólo pueden quedar exentas si son indispensables para la realización de la operación exenta, a saber, la práctica del deporte o de la educación física. Así, la exención de una operación se determina, en particular, en función de la naturaleza de la prestación de servicios realizada y de la relación de ésta con la práctica del deporte o de la educación física.

El artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva no pretende reservar la exención establecida en esta disposición únicamente a determinados tipos de deporte, sino que se refiere a la práctica del deporte en general, lo cual incluye también los deportes que los individuos practican necesariamente en agrupaciones o en el seno de estructuras organizativas y administrativas establecidas por asociaciones sin personalidad jurídica o personas jurídicas, como los clubes deportivos. Por lo tanto, debe interpretarse en el sentido de que las prestaciones de servicios efectuadas en relación con deportes practicados en agrupaciones o en estructuras organizativas establecidas por clubes deportivos pueden acogerse, en principio, a la exención mencionada en dicha disposición. De ello se deriva que, para apreciar si unas prestaciones de servicios están exentas, la identidad del destinatario formal de la prestación de servicios y la forma jurídica bajo la cual la recibe no tienen relevancia. Sin embargo, con arreglo al artículo 13, parte A), apartados 1, letra m), y 2, letra b), primer guión, de la Sexta Directiva, para acogerse a dicha exención las prestaciones de servicios deben ser efectuadas por un organismo sin ánimo de lucro, estar directamente relacionadas con la práctica del deporte y ser indispensables para su realización, siendo los beneficiarios efectivos de estas prestaciones personas que practiquen un deporte. En cambio, las prestaciones de servicios que no se ajusten a estos criterios, en particular las relacionadas con los clubes deportivos y con su funcionamiento, como, por ejemplo, la asistencia en materia de *marketing* y de obtención de patrocinadores, no pueden acogerse a esta exención. En último lugar, es importante señalar que, en virtud del artículo 13, parte A), apartado 2, letra b), segundo guión, de la Sexta Directiva, las prestaciones de servicios quedan excluidas de la exención establecida en el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), si estuvieran esencialmente destinadas a procurar al organismo unos ingresos suplementarios por la realización de operaciones efectuadas en competencia directa con las de las empresas comerciales sometidas al IVA. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión planteada que el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que, al referirse a las personas que practican un deporte, incluye también las prestaciones de servicios a personas jurídicas y a asociaciones sin personalidad jurídica, en la medida en que dichas prestaciones estén directamente relacionadas con la práctica del deporte y sean indispensables para su realización, sean suministradas por organismos

sin ánimo de lucro y los beneficiarios efectivos de dichas prestaciones sean personas que practiquen un deporte, circunstancias que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si los Estados miembros están autorizados para limitar la exención establecida en el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva a las prestaciones de servicios destinadas únicamente a los individuos que practiquen un deporte. Según el Gobierno del Reino Unido, los Estados miembros son libres para limitar el alcance de la exención tomando como referencia las prestaciones de servicios destinadas a los individuos, dado que el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva exige únicamente que se eximan “determinadas prestaciones de servicios directamente relacionadas con la práctica del deporte”. A este respecto, procede hacer constar que el contenido del artículo 13, parte A), de la Sexta Directiva define con precisión las distintas categorías de actividades que deben quedar exentas del IVA, las que los Estados miembros pueden declarar exentas y las que no, y los requisitos que los Estados miembros pueden imponer a las actividades susceptibles de exención. Las eventuales limitaciones en la aplicación de las exenciones establecidas en el artículo 13, parte A), de la Sexta Directiva únicamente pueden tener lugar por aplicación del apartado 2 de dicha disposición. Así, cuando un Estado miembro declara exenta una determinada prestación de servicios directamente relacionada con la práctica del deporte o de la educación física y efectuada por organismos sin ánimo de lucro, dicho Estado no puede someter la exención a requisitos distintos de los previstos en el artículo 13, parte A), apartado 2, de la Sexta Directiva. Como esta disposición no establece restricción alguna con respecto a los destinatarios de las prestaciones de servicios en cuestión, los Estados miembros no tienen la facultad de excluir de la exención de que se trata a un determinado grupo de destinatarios de estas prestaciones. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión planteada que la expresión “determinadas prestaciones de servicios directamente relacionadas con la práctica del deporte”, empleada en el artículo 13, parte A), apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva, no autoriza a los Estados miembros a limitar la exención establecida en esta disposición en lo que respecta a los destinatarios de las prestaciones de servicios de que se trata.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Sanción a centro concertado

La STS de 14 de noviembre 2008, Ar. 7008, deja sin efecto una sanción impuesta por la Administración educativa de Galicia, basada en el mantenimiento por parte del centro de una unidad educativa más de las que tenía concertadas, argumentando que, como por una sentencia inmediatamente anterior (se trata de la STS de 6 de noviembre de 2008, Ar. 6663), había quedado anulada la resolución que reducía tal unidad educativa, el principio de tipicidad sancionadora exigía la anulación de tal sanción: si el ilícito administrativo es una conducta que ha dejado de ser contraria a Derecho “decae la existencia de la infracción”.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de residencia y trabajo

La STS de 29 de octubre de 2008, Ar. 6893, ratifica la denegación de un visado de estudios, pero de ésta lo más interesante resulta su interpretación sobre tal tipo de visado y, más específicamente, sobre los requisitos de motivación cuando se deniega.

Por su parte, la STS de 17 de noviembre de 2008, Ar. 6901, resulta también interesante porque, para anular una denegación de visado de residencia sin finalidad laboral en España, analiza exhaustivamente los condicionamientos legales de este tipo concreto de visado.

Finalmente, la STS de 16 de enero de 2009, Ar. 97, anula una inadmisión a trámite de una solicitud de permiso de trabajo, obligando a la Administración a posibilitar el trámite de subsanación de una falta de documentación.

B) Denegación de entrada y expulsión

La STS de 28 de octubre de 2008, Ar. 6892, anula una denegación de visado de entrada, fundamentalmente, por falta de adecuada motivación.

La STS de 17 de octubre de 2008, Ar. 5743, reitera su última interpretación (“superando planteamientos anteriores”) consistente en la impugnabilidad (separada o autónoma) del acto administrativo de iniciación del procedimiento de expulsión de un extranjero, fundamentalmente porque tal acto de trámite posibilita la adopción por la autoridad gubernativa de la medida cautelar de detención del expedientado. En el caso, además, el recurso contencioso-administrativo había sido intentado por la vía especial del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Por todo ello, el Tribunal Supremo anulará el Auto de inadmisión de la Sala.

Por su parte, las SSTs de 17 de octubre y 28 de noviembre de 2008, Ar. 5743 y 6013, respectivamente, anularán sendas órdenes de expulsión aplicando su conocida doctrina de la necesaria motivación específica y adecuada de la citada medida (por existir la posibilidad de otra menos gravosa, como es la multa).

C) Asilo y condición de refugiado

En este ámbito, en primer lugar, conviene destacar lo dicho por el Tribunal de Justicia en su STJCE de 17 de febrero de 2009, C-465/07, As. Elgafaji, dictada en una cuestión prejudicial sobre la interpretación a otorgar a la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional. Pues bien, en lo que aquí interesa, el Tribunal de Luxemburgo interpretará los dos extremos siguientes (apartado 43):

XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

“– la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria no está supeditada al requisito de que éste aporte la prueba de que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal;

– la existencia de tales amenazas puede considerarse acreditada, excepcionalmente, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente –apreciado por las autoridades nacionales competentes a las que se ha presentado una solicitud de protección subsidiaria o por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se ha impugnado la decisión de denegación de tal solicitud– llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir dichas amenazas.”

Sendas SSTS de 18 de julio y 28 de noviembre de 2008, Ar. 6875 y 7023, respectivamente, pueden tener interés porque reconocen el estatuto de apátridas a dos ciudadanos saharauís.

Por su parte, la STS de 14 de octubre de 2008, Ar. 6887, en contra de lo decidido por la Administración, le reconoce al solicitante de asilo –de conformidad con lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo– el derecho por razones humanitarias a permanecer en España, ya que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político y étnico, se vio obligado a abandonar su país.

Las SSTS de 31 de octubre y 28 de noviembre de 2008, Ar. 5849 y 6016, respectivamente, ordenan ambas la retroacción de las actuaciones al detectarse que en el expediente no constaba la comunicación y solicitud de informe al ACNUR.

La STS de 11 de diciembre de 2008, Ar. 79 de 2009, anula la denegación de asilo a un nacional turco de origen kurdo, y eso que el Tribunal Supremo “llega a la conclusión de que, desde luego, no existe una prueba plena y concluyente sobre la veracidad del relato del recurrente, como suele ser, por lo demás, habitual en esta materia, habida cuenta que los sujetos perseguidores no suelen dejar constancia documental de sus actos; empero, todos esos datos de los que hemos dado cuenta, conjuntamente analizados y sopesados, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son ‘indicios suficientes’, según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquél cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma”.

En fin, las SSTS de 16 de septiembre, 28 de noviembre y 4 de diciembre de 2008, Ar. 7081, 6014 y 7164, respectivamente, ratifican la denegación de solicitudes de asilo, todas ellas de ciudadanos colombianos (aunque por diversas razones cada una de ellas), lo que aquí se menciona por los vínculos existentes entre España y Colombia.

D) Nacionalidad

En esta materia han sido varias las resoluciones que podemos traer a colación. Así, la STS de 19 de junio de 2008, Ar. 6478, para ratificar la legalidad de la denegación de la nacionalidad

solicitada por un polígamo, reitera lo ya dicho en su previa STS de 14 de julio de 2004, en el sentido de que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española (exigido ex artículo 22.4 CC), “ya que no es lo mismo residir en España –algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese– que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas”.

Tres SSTs de 22 de septiembre y 2 y 19 de diciembre de 2008, Ar. 7226, 6019 y 245 de 2009, respectivamente, tienen en común que anulan sendas denegaciones, por no considerar determinante algún dato negativo aislado (detención...), frente a otros, a los efectos del requisito de la buena conducta cívica.

La STS de 15 de octubre de 2008, Ar. 7783, ratifica la concesión de la nacionalidad a una ciudadana marroquí casada con español, que no sabía leer ni escribir en castellano (pues era analfabeta), pero de la que constaban otros datos que probaban el suficiente arraigo.

Por su parte, la STS de 29 de octubre de 2008, Ar. 5844, reitera su interpretación de que nada tiene que ver el concepto jurídico indeterminado de la buena conducta cívica a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales, “ya que la ‘buena conducta cívica’, además del suficiente grado de integración en la sociedad española, constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende, envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo período de tiempo de permanencia en España, sin que pueda identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales”.

La STS de 14 de noviembre de 2008, Ar. 5953, en relación al requisito de la residencia legal y continuada, interpreta que no lo empece el que durante algunos meses no constase su residencia legal, pues “resulta evidente que, más allá de algún retraso puntual, hay una voluntad firme y manifiesta por parte del actor de mantener su residencia legal y continuada en España, como efectivamente hace no sólo durante el tiempo necesario para la concesión de la nacionalidad, sino de acuerdo con el informe del Juez Encargado del Registro Civil, durante 21 años, en los que ha tramitado hasta veinticuatro permisos de permanencia, de trabajo y de residencia, siéndole siempre concedidos los permisos que solicitaba”.

5. SANIDAD

A) Concepto (comunitario) de medicamento “por su función”

La STJCE de 5 de marzo de 2009, C-88/07, As. Comisión c. España, en un proceso por incumplimiento, se enfrenta, nuevamente, con el problema de la calificación de un producto

XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

como medicamento, sobre todo en el caso de los productos a base de plantas medicinales (en lo que no hay una armonización comunitaria). Por lo que aquí más interesa, podemos destacar lo siguiente:

“72. Para determinar si un producto debe calificarse de medicamento por su función con arreglo a la Directiva 2001/83, las autoridades nacionales deben decidir caso por caso, bajo el control de los tribunales, teniendo en cuenta todas las características del producto, entre ellas su composición, sus propiedades farmacológicas, inmunológicas o metabólicas —en la medida en que puedan determinarse en el estado actual de los conocimientos científicos, su modo de empleo, la amplitud de su difusión, el conocimiento que de él tengan los consumidores y los riesgos que pueda ocasionar su uso (Sentencias HLH Warenvertrieb y Orthica, antes citada, apartado 51, y Comisión/Alemania, antes citada, apartado 55, y Sentencia de 15 de enero de 2009, Hecht-Pharma, C-140/07, Rec. p. I-0000, apartado 32).

73. Según las propias explicaciones de la Comisión, las plantas medicinales son especies vegetales que, precisamente a causa de sus propiedades y efectos fisiológicos, pueden utilizarse como ingredientes en los medicamentos o en otro tipo de productos, en particular en los complementos alimenticios.

74. No obstante, el mero hecho de que una o varias plantas medicinales entren en la composición de un producto no basta para concluir que dicho producto permite restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o establecer un diagnóstico médico, en el sentido del artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva 2001/83.

75. En efecto, es posible que un producto a base de plantas medicinales, en particular por la escasa cantidad de sustancia activa que contiene o por su modo de empleo, no afecte a las funciones fisiológicas o produzca efectos insuficientes para ser calificado de medicamento por su función (véase por analogía, en lo que respecta a los preparados vitamínicos o que contienen sales minerales, la Sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 63; véase igualmente, en este sentido, la Sentencia Hecht-Pharma, antes citada, apartado 42). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que no deben calificarse de medicamentos por su función las sustancias que, si bien tienen cierta influencia en el cuerpo humano, no producen efectos significativos sobre el metabolismo y, por tanto, no modifican en sentido estricto sus condiciones de funcionamiento (véanse las Sentencias antes citadas Comisión/Alemania, apartado 60, y Hecht-Pharma, apartado 41).

76. Por lo tanto, la práctica administrativa española criticada, en la medida en que se aplica sistemáticamente a todos los productos a base de plantas medicinales no incluidas en el anexo de la Orden de 1973, puede tener como consecuencia que algunos de estos productos se clasifiquen como medicamentos a pesar de que no serían capaces de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas del ser humano.”

Por su parte, la **STJCE de 30 de abril de 2009, C-27/08, As. Bios**, resuelve una cuestión prejudicial, y de ella destacaremos su interpretación consistente en que “un producto en cuya

composición entra una sustancia que tiene un efecto fisiológico cuando se usa en determinada dosis no es un medicamento por su función cuando, habida cuenta de su dosificación en sustancias activas y en condiciones normales de uso, constituye un riesgo para la salud, sin poder sin embargo restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas del hombre” (apartado 27).

B) Consentimiento informado

Siempre en relación con una acción de indemnización, la STS de 19 de junio de 2008, Ar. 6479, reitera su conocida doctrina:

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.”

6. SEGURIDAD PRIVADA

A) Nulidad del artículo 149.5 del Reglamento de Seguridad Privada, según redacción establecida por el Real Decreto 1123/2001

La STS de 15 de enero de 2009, Ar. 469, resuelve la cuestión de legalidad planteada. En concreto se examina la habilitación legal del artículo 25 de la Ley 23/1992, de Seguridad Privada que dispone que las reglamentaciones de las materias comprendidas en el ámbito de la ley “podrán determinar los cuadros específicos de infracciones leves, graves y muy graves...”. De modo que se debe acudir, dentro del capítulo IV “Régimen sancionador”, a la Sección Primera “Infracciones”, donde se ubica sistemáticamente el indicado artículo 25 para determinar si en los artículos precedentes, concretamente en el artículo 22 que describe los cuadros de infracciones atendiendo a su gravedad, distinguiendo en leves, graves y muy graves, se proporciona la necesaria cobertura legal al artículo cuya legalidad ahora se cuestiona —el artículo 149.5 del Reglamento—. Entre las infracciones graves, que son las que ahora interesan, se tipifica en el apartado e) del artículo 22.2 de la Ley, que se invoca por el Abogado del Estado, como infracción grave “la utilización en el ejercicio de funciones de seguridad de personas que carezcan de cualesquiera de los requisitos necesarios”. Sin embargo este precepto no constituye la cobertura legal a la norma reglamentaria impugnada en esta cuestión de ilegalidad, pues la carencia de los requisitos necesarios se refiere a la nacionalidad o cualificación, como establecía el artículo 149.5 del Reglamento en su redacción anterior a la reforma por RD 1123/2001, y no a la realización periódica de cursos de actualización o especialización.

Recuérdese la referencia que la norma legal sancionadora [artículo 22.2.e) de la Ley 23/1992] hace a los requisitos necesarios para ejercer las funciones de seguridad privada, no encuentra en el artículo 10.2 de la misma Ley referencia alguna a los cursos de actualización o especialización como requisitos para tal ejercicio. Si esto es así, fácilmente se colige que la norma reglamentaria sancionadora —artículo 149.5 tras la reforma por RD 1123/2001— ha descrito una conducta nueva sin conexión con la Ley. En definitiva, se ha establecido una regulación innovadora e independiente ajena a las previsiones legales, de modo que la contravención administrativa descrita en la norma reglamentaria no ha sido definida en sus aspectos esenciales por la norma legal. Siendo así que el citado artículo 149.5 no se ha limitado a precisar o especificar, como indica el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, lo dispuesto en la Ley y con subordinación a la misma, sino que ha creado *ex novo* un ilícito administrativo desconectado de lo dispuesto en la Ley. Todo lo cual conduce a la estimación de la cuestión de ilegalidad planteada y a la anulación del inciso que determina como infracción grave la falta de superación de los correspondientes cursos de actualización y especialización con la periodicidad establecida.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) La pretensión encaminada a discutir la competencia decidida por la autoridad registral se encuadra en los supuestos del artículo 9.4 LOPJ. B) Sujetos: legitimación. a) Las asociaciones ecologistas están legitimadas para impugnar el incumplimiento del estudio de impacto ambiental. b) Si fallece el recurrente en acción pública tras dictarse sentencia favorable, sus herederos pueden instar la ejecución del fallo. c) Tiene legitimación una empresa integrante de un grupo de empresas si actúa en beneficio de la comunidad y sin oposición del resto. C) Objeto. a) En el caso del artículo 29.2 LJCA no son necesarios los requisitos del apartado primero del mismo precepto. b) Es nulo el reglamento ejecutivo que innova el ordenamiento jurídico en el que falta el dictamen del Consejo de Estado. D) Procedimiento. a) Plazo de interposición: desde el conocimiento de la homologación mediante solicitud de colegiación. b) La prueba que acredita la estancia en España del recurrente es determinante y necesaria. E) Sentencias: análisis del requisito de coherencia interna. F) Ejecución de sentencia: si la sentencia no contiene declaración sobre resarcimiento patrimonial, el auto dictado en su ejecución no puede contradecir sus términos. G) Medidas cautelares. a) Alcance del principio del *fumus boni iuris*. b) El interés público de protección del medio ambiente prevalece frente a los intereses privados mercantiles y otros intereses sociales. H) Extensión de efectos. a) No es igual la situación jurídica si el solicitante de la extensión no realizó unas prácticas por encontrarse de baja. b) No procede respecto de quien se aquietó con la resolución recurrida en la sentencia cuya extensión se postula. **2. Recurso de casación.** A) La revisión casacional de una sentencia dictada en materia de extensión de efectos no puede entrar a valorar la prueba ni la corrección de la sentencia originaria. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) La contradicción entre sentencias debe ser ontológica. B) Ha de tenerse en cuenta la identidad de las situaciones sanitarias en las que se desarrolla la prestación médica.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 19 (octubre de 2008) hasta el número 24 (diciembre de 2008) en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, entre los que merecen ser destacados los relativos a la extensión de efectos de las sentencias.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) La pretensión encaminada a discutir la competencia decidida por la autoridad registral se encuadra en los supuestos del artículo 9.4 LOPJ

Ciertas sentencias se pronuncian sobre la competencia de esta jurisdicción para revisar resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando éstas estén sujetas al Derecho administrativo y se pronuncian sobre los criterios para atribuir la competencia a la jurisdicción civil o a la contencioso-administrativa, teniendo en cuenta la posición que adopte la Administración, con especial atención a qué debe entenderse por “cuestión civil”. Así en la Sentencia de 15 de febrero de 2000 se hace mención a que el criterio para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas y jurídicas, de tal manera que con carácter general puede decirse que cuando la Administración aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con particulares se somete al derecho privado y corresponde el conocimiento de las cuestiones que puedan plantearse a la jurisdicción civil, mientras que cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa tal conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. La cuestión se plantea, como dice esa sentencia, en los supuestos en que aun actuando la Administración en el ejercicio de potestades públicas, sin embargo su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de derecho privado.

Tradicionalmente se ha admitido que el criterio para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con los particulares, se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos administrativos sujetos al Derecho administrativo, la jurisdicción corresponderá a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Existen, sin embargo, supuestos –a veces caracterizados como “Administración pública del Derecho privado”– en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado. En estos casos, por lo general, nuestro ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la “cuestión civil” planteada a la juris-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

dicción de esta clase. En consonancia con este principio, el artículo 1.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, dispone que no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa “las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones”.

Falta, sin embargo, en nuestro ordenamiento una definición de lo que se considera cuestión civil. No existen, para solucionar el problema, criterios que puedan aspirar a una validez general. Tanto las leyes especiales como la jurisprudencia parten de considerar que los conflictos que afectan al derecho de propiedad, como institución nuclear del Derecho patrimonial privado, constituyen cuestiones de naturaleza civil. Así la Sentencia de la Sala Primera del TS, de 12 de febrero de 1979, que cita otra de 7 de julio de 1891, alude a la constante y reiterada jurisprudencia de la Sala que establece la competencia de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de las cuestiones relativas al derecho de propiedad, aunque se produzcan por consecuencia de actos ejecutados por la Administración pública.

Ésta es la razón por la que las cuestiones relativas al Derecho inmobiliario registral han gozado de idéntica calificación. Las cuestiones registrales, tal como han sido tradicionalmente concebidas, afectan a la constancia y subsistencia del derecho de propiedad y demás derechos reales incluso cuando se proyectan sobre aspectos externos o formales del título autorizado o inscrito, las cuales pueden estar en conexión con el Derecho administrativo. El artículo 18 de la Ley hipotecaria extiende la función calificadora del registrador (además de a la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro), a “la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción” y el artículo 66 de la misma ley añade que “Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”. La jurisprudencia se ha fundado en lo dispuesto en los artículos 1 y 66 de la Ley hipotecaria y 111 del Reglamento hipotecario para sostener el carácter civil de las cuestiones decididas en el ejercicio de la función calificadora de los registradores (Sentencias de 2 de octubre de 1906, 6 de noviembre de 1954, 18 de febrero de 1976 y de 3 de julio de 1992).

Esta posición se ha mantenido cuando la función calificadora se ha proyectado sobre aspectos formales externos relacionados con requisitos de carácter administrativo o fiscal. Debemos citar la Sentencia de 28 de noviembre de 1998, referida al Registro mercantil. En ella se afirma que “El acto recurrido no es otro que la calificación de una escritura pública a efectos de su inscripción en el Registro Mercantil, por la que el Registrador suspende ésta al no haberse acreditado la presentación de aquélla en la oficina liquidadora, según dispone el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, de manera que tal acuerdo no resuelve quién deba solicitar la liquidación del impuesto o pagarlo en aplicación del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, y del Reglamento de dicho impuesto, aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, sino que interpreta y aplica el aludido precepto del Reglamento Mercantil, según el cual “no podrá practicarse asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la

liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretende inscribir o al documento en virtud del cual se pretende la inscripción”.

Es, pues, un defecto subsanable del título inscribible el que ha determinado al Registrador Mercantil, en virtud de las atribuciones calificadoras que ostenta, a suspender la inscripción hasta tanto la escritura pública se presente en la oficina liquidadora y, en consecuencia, tal decisión no es un acto sujeto a Derecho administrativo, como acertadamente declaró el Tribunal a quo en la sentencia recurrida, sino una cuestión de índole registral, cuyo conocimiento los artículos 9.2, 22.1º y 85.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial defieren a la jurisdicción civil, y el artículo 2.a) de la Ley de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye expresamente de la competencia de ésta.

La **STS de 7 de julio de 2008**, Ar. 4401, nos recuerda cómo la legislación reciente, sin embargo, atribuye en ocasiones a los registradores funciones de control del cumplimiento de requisitos administrativos que pueden ir más allá de la mera comprobación de la intervención de la Administración competente para el ejercicio de la potestad correspondiente (como ocurre en el caso ya citado del examen de haber sido presentado el título en la oficina liquidadora). En dichos supuestos puede ocurrir, aun cuando el supuesto sea excepcional, que en vía registral se resuelva de manera definitiva una cuestión de carácter administrativo. Tal es lo que sucede en el supuesto al que hacen referencia los autos. La decisión de inscribir se produce por estimar el Centro Directivo que la certificación emitida lo ha sido por el órgano o sujeto administrativo competente, en contra del criterio seguido inicialmente por el registrador de la propiedad, que apreció falta de competencia en el secretario del Ayuntamiento. La decisión de inscribir resuelve, así, definitivamente sobre la cuestión administrativa suscitada más allá del terreno de las formalidades extrínsecas del documento presentado, consistente en determinar a quién corresponde la competencia para emitir la certificación a que se refiere el artículo 37 del Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, incluso.

La pretensión encaminada a discutir la competencia decidida por la autoridad registral se encuadra en estos supuestos en los que el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial define como “pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo” determinante de la competencia de la jurisdicción de esta índole. No cabe la exclusión de esta jurisdicción por razón de la materia, pues no se trata de una cuestión de índole civil. La decisión de la autoridad registral contra la que se dirige la pretensión va más allá de la mera comprobación de los requisitos extrínsecos del documento sobre el cumplimiento de formalidades administrativas, en una manifestación del principio de colaboración con la Administración. Engloba un juicio definitivo sobre una cuestión de neto carácter jurídico-administrativo, difícilmente residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa de manera independiente de la resolución del registrador. Tampoco puede estimarse que dicha pretensión vaya encaminada a entablar contienda entre los interesados acerca de la validez del título, como dice el artículo 66 de la Ley hipotecaria (“Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”). La contienda sólo puede quedar establecida entre el interesado y la autoridad registral. Versa sobre si concurre o no competencia en el órgano

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

certificante para ejercer la facultad que reconoce el artículo 37.2 del Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, e, indirectamente, sobre qué órgano es el competente para verificar el cumplimiento de la legalidad urbanística en función de la obra realizada. No es una contienda frente a otros posibles interesados sobre si el título presentado reúne un requisito extrínseco exigido por la Ley consistente en no haberse omitido una formalidad administrativa.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa vigente refuerza, si cabe, esta concepción. Al excluir del orden jurisdiccional contencioso-administrativo “Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública” atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa una jurisdicción general respecto de las cuestiones relacionadas con la Administración pública que sólo puede ser objeto de excepción por la ley cuando ésta se pronuncia de forma “expresa”.

B) Sujetos: legitimación

a) Las asociaciones ecologistas están legitimadas para impugnar el incumplimiento del estudio de impacto ambiental

La STS de 25 de junio de 2008, Ar. 4300, sostiene que la especial y decidida protección del medio ambiente por parte del artículo 45 de la Constitución Española, y el carácter amplio, difuso y colectivo de los intereses y beneficios que con su protección se reportan a la misma sociedad, configura un ámbito de legitimación en esta materia, en el que las asociaciones ecologistas, como la recurrente, deben ser consideradas como investidas de un especial interés legítimo colectivo. Las mismas, con la impugnación de decisiones medioambientales, no están ejerciendo exclusivamente una defensa de la legalidad vigente, sino que están actuando en defensa de unos intereses colectivos que quedan afectados por el carácter positivo o negativo de la decisión administrativa que se impugna, tal y como ocurre en el supuesto de autos, en el que, en síntesis, lo que se pretende es la comprobación del cumplimiento del condicionado medioambiental impuesto en la construcción de un aeropuerto o el desarrollo de su evaluación ambiental.

En definitiva, la especial significación constitucional del medio ambiente amplía, sin duda, el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, las cuales no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses que repercuten en la misma, y, con ella, en toda la sociedad a quien también el precepto constitucional le impone la obligación de la conservación de aquéllos. La recurrente, pues, al impugnar los actos frente a los que se dirigieron las pretensiones objeto del recurso, actuó –al hacerlo con la finalidad con que lo hizo– debidamente legitimada y en el marco de legitimación permitido por el artículo 19.1.b) de la LRJCA.

b) Si fallece el recurrente en acción pública tras dictarse sentencia favorable, sus herederos pueden instar la ejecución del fallo

La STS de 30 de junio de 2008, Ar. 4308, afirma que las consideraciones sobre la intransmisibilidad de la acción pública en materia de urbanismo sólo cobran verdadero sentido si ha

quedado acreditada la condición de herederos, pues sólo entonces cabe plantearse de manera efectiva –y no meramente hipotética– la cuestión de si opera en su favor la sustitución procesal *mortis causa*.

Por lo demás, aun reconociendo que las consideraciones que se exponen en la sentencia recurrida sobre la intransmisibilidad de la acción pública no carecen de consistencia, el Alto Tribunal no comparte la conclusión de la Sala de instancia. Es cierto que la acción pública no tiene en sí misma un contenido patrimonializable, pues sólo supone el reconocimiento legal al ciudadano de la legitimación que le habilita para intervenir en determinados ámbitos de la acción administrativa, no sólo durante el procedimiento de preparación y elaboración de la decisión de la Administración sino mediante su impugnación en vía jurisdiccional una vez que la decisión haya sido adoptada; y ello aunque ésta no afecte a su esfera de derechos o intereses de contenido patrimonial. Y es cierto, también, que en nuestro ordenamiento no se contempla la transmisión de la acción pública así configurada, en abstracto, como reconocimiento legal legitimador. Pero aquí no se trata de la acción pública en abstracto, sino de una acción ya ejercitada, y ese ejercicio dio origen a una relación jurídica procesal concreta, en cuyo seno surgieron derechos y obligaciones con contenido propio y con innegables consecuencias en la esfera patrimonial –piénsese en los gastos y costas procesales–.

Por ello, la resolución comentada concluye que si el recurrente que ejercitó en su día la acción pública fallece cuando ya se ha dictado sentencia favorable a sus pretensiones, debe reconocerse a sus herederos, si se personan en la causa, el derecho a instar la ejecución del fallo tanto en lo relativo a los pronunciamientos sustantivos como en cuanto al que pudiera haber recaído en materia de costas procesales. De igual modo, debe admitirse la sucesión procesal a favor de los herederos cuando el fallecimiento del recurrente originario se produce durante la tramitación del proceso y antes de que recaiga sentencia.

c) Tiene legitimación una empresa integrante de un grupo de empresas si actúa en beneficio de la comunidad y sin oposición del resto

Según la STS de 23 de julio de 2008, Ar. 4509, remitiéndose a la de 13 de mayo de 2008, destaca cómo la actora ya advirtió en el apartado de su escrito de demanda dedicado a justificar la “legitimación procesal” que “actúa en interés y beneficio de la agrupación empresarial constituida para intervenir como licitadora en el concurso cuya adjudicación provisional se recurre”. Y cuando la Sala de instancia hizo uso de la facultad conferida por el artículo 33.2 de la LJCA, abriendo por esa vía un plazo para que las partes alegaran sobre aquella hipotética falta de legitimación activa, recordó, entre otras cosas y dicho ahora en síntesis, que esa Ley reconoce capacidad procesal a las uniones sin personalidad; que la referida agrupación empresarial, aunque no constituida aún como persona jurídica, sí constituye una comunidad de bienes, derechos e intereses, dada la cotitularidad que ostentan sus miembros sobre los derivados del hecho de la presentación al concurso, y que la jurisprudencia reconoce legitimación activa a cualquiera de los partícipes o comuneros, con la única consecuencia de que la sentencia dictada en su favor aprovecha a los demás, sin que les perjudique la adversa o contraria (en cuyo momento hizo cita de las Sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 31 de enero de 1973, 3 de julio de 1981, 21 de enero, 23 de septiembre y 28 de octubre

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de 1991, 22 de mayo de 1993 y 8 de febrero y 14 de marzo de 1994); alegaciones a las que también acompañó copia notarial de la escritura pública de “ratificación de actuaciones” de fecha 11 de junio de 2004, en la que las tres mercantiles agrupadas, tras relatar que cada una de ellas había interpuesto individualmente y en interés de la Agrupación su propio recurso contencioso-administrativo contra aquella Resolución de 19 de abril de 2002, acordaban, en lo que ahora importa, “ratificar en todos sus extremos las actuaciones llevadas a cabo por (...) [la actora] en el recurso (...) [por ella interpuesto]”.

No obstante lo anterior, la Sala de instancia no hace en su sentencia reproche alguno a una actuación procesal como la que se relata en la escritura pública a la que se ha hecho referencia, aportada durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo; esto es, al hecho de que las tres mercantiles agrupadas, pese a haber actuado como tal agrupación incluso al interponer aquel recurso de alzada, deciden actuar individualmente en vía jurisdiccional, interponiendo cada una de ellas por separado su correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Prescindiendo de ello y abordando así tan sólo la estricta cuestión sobre la que se pronunció aquella Sala, la jurisprudencia, tanto la dictada en interpretación del artículo 394 del Código Civil, en la que cabe ver la afirmación constante de que cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad y sin oposición de los restantes, como la recaída en asuntos que guardan similitud con el ahora enjuiciado, de la que son muestra, entre otras, las recientes Sentencias de fechas 28 de febrero de 2005 (recurso de casación 161 de 2002), 11 de julio de 2006 (recurso de casación 410 de 2004) y 13 de marzo de 2007 (recurso de casación 7406 de 2004), conduce a reconocer la legitimación activa que se niega en la sentencia recurrida y, por tanto, a estimar el primero de los motivos de casación que se formulan contra ella.

A ello se une una doctrina constitucional igual de reiterada y conocida que reclama una interpretación de las normas procesales que regulan las causas de inadmisibilidad que, en lo posible, sea proclive a la mayor efectividad del derecho fundamental a la obtención de tutela judicial y que huya, así o por ello, de toda apreciación de las mismas que pueda calificarse de rigorista, o de excesivamente formalista, o que implique una clara desproporción entre los fines que esas causas preservan y los intereses que sacrifican.

C) Objeto

a) En el caso del artículo 29.2 LJCA no son necesarios los requisitos del apartado primero del mismo precepto

En el asunto resuelto por la STS de 23 de abril de 2008, Ar. 4023, la acción ejercitada lo es al amparo del artículo 29.2 de la LJCA a fin de obtener la ejecución de un acuerdo. No se trata de una solicitud ante la inactividad administrativa en los casos de incumplimiento de las obligaciones a las que se refiere el apartado primero del artículo 29, sino que la recurrente trataba únicamente de instar la ejecución de un acto firme de la Administración respecto del cual ella aducía su condición de “afectada”.

El apartado dos del artículo 29 de la LJCA, aun teniendo la misma sede sistemática y partiendo de una misma falta de actuación positiva por parte de la Administración, regula una acción

procesal diferente de la que prevé el apartado primero. En el caso del apartado segundo no son precisos los requisitos a los que se refiere el contenido del artículo 29.1 de la LJCA. A saber: la reclamación a la Administración para que, en el plazo de tres meses dé cumplimiento a lo solicitado; que exista una disposición general que no precise actos de aplicación, o un acto, contrato o convenio administrativo que impongan a la Administración la obligación de realizar una prestación concreta; que esa prestación concreta tenga como beneficiario a una o varias personas determinadas, y que el cumplimiento de la obligación sea reclamado precisamente por esas personas determinadas que tengan derecho a la misma.

b) Es nulo el reglamento ejecutivo que innova el ordenamiento jurídico en el que falta el dictamen del Consejo de Estado

La STS de 11 de junio de 2008, Ar. 4118, analiza si la sentencia de instancia ha vulnerado el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril, del Consejo de Estado, y la jurisprudencia que lo interpreta. La sentencia reconoce el defecto procedimental consistente en la ausencia del Dictamen del Consejo de Estado, partiendo de la base de que el Decreto impugnado cuenta con la naturaleza de reglamento de ejecución de la Ley, así como con carácter innovador del ordenamiento jurídico.

En la STS de 23 de marzo de 2004 (ratificada en la de 5 de octubre de 2006) se revoca la sentencia en la que no se había exigido el Dictamen cuestionado, poniendo en ésta de manifiesto que lo que no puede compartir es que el Decreto impugnado no tenga carácter ejecutivo ni de innovador del ordenamiento jurídico, como la sentencia recurrida refería. En la misma se decía que “El artículo 22.3 de la Ley del Consejo de Estado, Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, exige la oportuna consulta del Consejo de Estado, cuando se trate de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, y como esta Sala estima, conforme a lo más atrás expuesto, y de acuerdo con la doctrina expresada en Sentencias de 25 de febrero de 2002, 3 de junio de 2003, 25 de octubre de 2002, 27 de marzo de 2001, 12 de febrero de 2001, 13 de noviembre de 2001, 19 de febrero de 2000, que el Decreto Autonómico (...), en cuanto complementa, desarrolla, pormenoriza y completa, una previsión concreta de la Ley (...), y que afecta con carácter o vocación de permanencia, a los derechos, deberes y régimen de compatibilidad de determinados funcionarios, a los que además en buena medida les afecta o altera el ámbito territorial y funcional de su actuación y establece un régimen transitorio de compatibilidad, en respeto a derechos anteriores, es un Decreto ejecutivo, de la Ley (...), y que tiene carácter innovador del ordenamiento, por tanto es obligado declarar que estaba sujeto a la exigencia del Dictamen del Consejo de Estado, y que la falta de ese Dictamen preceptivo, genera su nulidad”.

D) Procedimiento

a) Plazo de interposición: desde el conocimiento de la homologación mediante solicitud de colegiación

La STS de 22 de mayo de 2008, Ar. 4097, nos recuerda cómo en la reciente Sentencia de 13 de noviembre de 2007 se decía que pretender que se inicie el cómputo del plazo desde el

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

momento en que se reúne el pleno de la Corporación colegial significaría quebrar la garantía y seguridad jurídica que comporta el establecimiento de plazos para recurrir marcados por la ley. Por ello, se sitúa el *dies a quo* para el cómputo del plazo en el momento en que se solicita ante la organización corporativa el alta en la misma. El plazo corre así desde que se toma conocimiento de la homologación mediante la solicitud de colegiación.

Con anterioridad, la Sentencia de 20 de diciembre de 2006 había dicho que el *dies a quo* había de situarse en “la fecha en que el titulado cuya titulación es objeto de impugnación solicitó la pertinente alta en la organización corporativa. Fue en tal momento y no otro en que se tuvo conocimiento de la homologación que se pretende combatir”. E igualmente se señalaba que “por ello no es admisible que el plazo se compute desde la fecha en que el órgano colegial celebra reunión plenaria y no desde la fecha en que la solicitud de colegiación tuvo entrada en el Colegio”.

b) La prueba que acredita la estancia en España del recurrente es determinante y necesaria

La seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad es la base que acoge la STS de 9 de enero de 2008, Ar. 4088, al señalar que la práctica de la documental consistente en que se oficiara al Servicio de Salud a fin de que remitiera a la Sala el expediente médico existente a nombre del recurrente, es una prueba necesaria para el enjuiciamiento del asunto, pues a través de ella podría comprobarse si efectivamente el interesado se encontraba en España antes de determinada fecha, lo que sería un dato de singular relevancia a la hora de resolver el litigio.

E) Sentencias: análisis del requisito de coherencia interna

La sentencia debe tener una coherencia interna, ha de observar la necesaria correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, ha de reflejar una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla así de un supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios. La incongruencia interna de la sentencia es, por tanto, motivo de recurso de casación por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, conforme al artículo 88.1.c) LJCA, aunque no sea por desajuste a lo pedido o a la causa de pedir, en los términos que derivan del artículo 218 LEC de 2000 y artículos 43.1 y 80 LJ, sino por falta de la lógica que requiere que la conclusión plasmada en el fallo sea el resultado de las premisas previamente establecidas por el Tribunal.

Y es que, como apunta la STS de 27 de mayo de 2008, Ar. 5541, los fundamentos jurídicos y fácticos forman un todo con la parte dispositiva esclareciendo y justificando los pronunciamientos del fallo, y pueden servir para apreciar la incongruencia interna de que se trata cuando son tan contrarios al fallo que éste resulta inexplicable. No obstante, la jurisprudencia ha realizado dos importantes precisiones: la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse en la consideración de un razonamiento aislado sino que es preciso tener en cuenta los razonamientos completos de la sentencia; y, tampoco basta para apreciar el defecto de que se trata, cualquier tipo de contradicción sino que es preciso una notoria incompatibilidad entre

los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, sin las argumentaciones *obiter dicta*, razonamientos supletorios a mayor abundamiento puedan determinar la incongruencia interna de que se trata.

Desde estas consideraciones la resolución comentada advierte que la recurrente centra la incongruencia alegada en concretos razonamientos de la sentencia de instancia, que valora de manera aislada y parcial sin consideración al resto de los argumentos y, lo que es más significativo, sin justificar la incidencia en el sentido del fallo. Frente a ello, un examen completo de la sentencia recurrida deja suficientemente claro que la valoración de la prueba lleva a la Sala de instancia a considerar que no se ha producido “un daño real susceptible de ser indemnizado”. Razón esta que lleva a la desestimación del recurso como lógica consecuencia y, por lo tanto, de manera congruente.

F) Ejecución de sentencia: si la sentencia no contiene declaración sobre resarcimiento patrimonial, el auto dictado en su ejecución no puede contradecir sus términos

Los recursos de casación deducidos al amparo del artículo 87.2.c) LJCA tiene un ámbito de cognición limitado, de modo que no es posible en ellos abordar otras pretensiones que las de determinar estrictamente si los autos recaídos en ejecución de sentencia o bien contradicen los términos del fallo o bien resuelven cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en ella. Más en concreto, los recursos de casación basados en aquel precepto no son la vía idónea para resolver si las decisiones adoptadas en el marco de las ejecuciones de sentencia resultan más o menos ajustadas a derecho en su contenido intrínseco, esto es, al margen de su contradicción con el fallo de la sentencia o de que resuelvan cuestiones no tratadas en ella.

En el caso analizado por la STS de 18 de septiembre de 2008, Ar. 4534, concurre la circunstancia de que la Sala de instancia guardó silencio en su sentencia respecto de la eventual indemnización y sus bases, sin que en el fallo exista ninguna referencia a estas cuestiones. A partir de esta premisa, mal puede acogerse la recurrente al primero de los dos motivos de casación para censurar los autos impugnados porque hayan fijado unas bases de la indemnización u otras. Los autos no pueden contradecir los términos de la sentencia firme en lo que concierne a este extremo pues, simplemente, ésta no contiene ninguna declaración sobre el resarcimiento patrimonial de quien fue declarada por la propia Sala adjudicataria de la concesión del servicio público de transportes, no figurando tampoco entre las consideraciones jurídicas de la sentencia ninguna relativa a la eventual compensación de los perjuicios ni a sus bases de cuantificación.

G) Medidas cautelares

a) Alcance del principio del *fumus boni iuris*

La STS de 3 de junio 2008, Ar. 4195, analiza un supuesto en que se invoca la apariencia de buen derecho a fin de acordar la suspensión cautelar de un acto. A pesar de ello, la representación procesal del recurrente imputa a la Sala de instancia la infracción de tres Directivas, que sólo cuando se decida el fondo de la cuestión litigiosa podrá apreciarse si se han vulnerado

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

o no, sin que sus declaraciones para desacreditar la apariencia de buen derecho, esgrimida por el peticionario de la medida cautelar, tengan otro fin que el limitado a la propia decisión denegatoria de la suspensión interesada, dado que la tesis del recurrente no aparece basada en una ostensible, manifiesta e indiscutible razón jurídica que imponga su aceptación inicial.

b) El interés público de protección del medio ambiente prevalece frente a los intereses privados mercantiles y otros intereses sociales

La STS de 30 de septiembre de 2008, Ar. 4591, analiza un supuesto en el que la Sala de instancia ha valorado los intereses en juego, y, de la mano de lo dispuesto en el artículo 45 CE, ha hecho prevalecer el interés público de protección del medio ambiente, frente al puro interés privado de la mercantil actora y otros intereses sociales (artículo 130.2 de la LJ). Al dar prevalencia a los informes emitidos por funcionarios públicos frente a los tres presentados por la parte recurrente, la Sala de Instancia no ha infringido los artículos 60.4 y 130 LJJA, ni ha incurrido en arbitrariedad alguna, sino que, a los meros efectos de la medida cautelar, ha hecho una valoración razonable y provisoria sobre los vertidos y sus efectos que ha de prevalecer en casación.

H) Extensión de efectos

a) No es igual la situación jurídica si el solicitante de la extensión no realizó unas prácticas por encontrarse de baja

La STS de 30 de mayo de 2008, Ar. 5447, concluye que falta la identidad entre las situaciones jurídicas contempladas pues el funcionario que obtuvo la sentencia favorable realizó prácticas en el primer trimestre de 1999, mientras que el solicitante de la extensión de efectos se encontraba durante dicho período de baja laboral por accidente en acto de servicio. Además, según obra en el expediente administrativo, el peticionario fue retribuido en concepto de productividad por objetivos.

b) No procede respecto de quien se aquietó con la resolución recurrida en la sentencia cuya extensión se postula

Según la STS de 30 de mayo de 2008, Ar. 5451, no es igual la situación del solicitante de la extensión que consintió la resolución administrativa, y la del que, disconforme con ella la recurrió y obtuvo el reconocimiento de su derecho.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) La revisión casacional de una sentencia dictada en materia de extensión de efectos no puede entrar a valorar la prueba ni la corrección de la sentencia originaria

El artículo 110 de la LJCA establece respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reco-

nocido una situación jurídica individualizada cuando concurra como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria Cuarta de la misma Ley establece que la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de dicha Ley se llevarán a cabo según lo dispuesto en ella.

Así, la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica. El artículo 110.1.a) LJCA es terminante a este respecto y exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, de manera que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas.

En este sentido la **STS de 30 de mayo de 2008**, Ar. 5449, concreta además que resulta preciso que la identidad de situaciones se revele como evidente eludiendo la necesidad de realizar un análisis de la prueba que así lo confirme, por tratarse de la actividad propia de un procedimiento ordinario o abreviado, extremo que resulta improcedente en el recurso de casación. Los estrictos términos que configuran el recurso de casación en relación a los Autos dictados en extensión de efectos no permiten efectuar consideración alguna respecto de la sentencia de origen. Efectivamente, el control que el Tribunal Supremo puede realizar respecto de los citados autos se limita a verificar la concurrencia de los requisitos que el artículo 110 LJCA exige a fin de posibilitar la extensión de efectos a terceros de la situación jurídica reconocida en la sentencia. Presupuesto necesario por ello, es la firmeza de la sentencia cuya corrección jurídica la Alta Sala no puede ya revisar, salvo que se invoque que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) La contradicción entre sentencias debe ser ontológica

La **STS de 16 de septiembre de 2008**, Ar. 4524, nos recuerda que la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

dencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta. Debe, pues, apreciarse una incompatibilidad lógica entre ambos pronunciamientos, sin margen alguno de interpretación de normas diversas, de aplicación de éstas sobre supuestos de hecho distintos o de diferente valoración de las pruebas que permita, independientemente del acierto de uno u otro pronunciamiento, justificar a priori la divergencia en la solución adoptada.

La contradicción entre las sentencias contrastadas ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho. Esta situación no presenta analogía alguna con la de sentencias diferentes, pese a la identidad de planteamientos normativos o de hecho entre ambas, en función del resultado probatorio que haya podido apreciarse en unas u otras.

No es admisible que lo que en realidad se plantee por la parte sea la invocación de la doctrina contenida en las sentencias respecto de los concretos aspectos cuestionados en el recurso y que identifica con la prevalencia del resultado de la prueba pericial practicada regularmente, si tiene carácter circunstanciado y razonado, el cumplimiento por el justiprecio fijado por el Jurado con su función de compensar materialmente al expropiado por el demérito producido y la doctrina de que debe integrar el justiprecio los perjuicios de todo tipo que padezca el expropiado, aunque no haya pedido la expropiación total de la finca, planteamiento que supone instar una revisión de la valoración efectuada en la sentencia de instancia por entender que es contrario al seguido en las sentencias de contraste, planteando así una situación equivalente a la casación ordinaria por infracción de la jurisprudencia, al margen de las identidades exigidas en el recurso de casación para la unificación de doctrina, que como se ha señalado antes no es un medio de eludir la inimpugnabilidad de la sentencia en casación ordinaria y ha de plantearse en razón de la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico “no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta”, para poder apreciar una contradicción que haya de solventarse a través de este recurso de casación para la unificación de doctrina.

Además en este caso, lo que se cuestiona por la parte es la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, que se pone en relación con otros supuestos en los que concurren distintos hechos y elementos de prueba valorados por los diferentes Tribunales, de manera que el distinto resultado del proceso y consiguientes pronunciamientos judiciales, son fruto de los diversos hechos fijados por el Tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba y no implican una contradicción ontológica en los términos a que se refiere la jurisprudencia antes citada, pues la diferencia en los pronunciamientos aparece justificada como respuesta a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, de manera que tal diferencia no responde a una diversa y contradictoria interpretación de la norma, cuya corrección constituye el fundamento y objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina, sino a la específica valoración de las pruebas, que justifica la divergencia en la solución adoptada y que, por lo tanto y como se ha indicado antes, no permite plantear este recurso excepcional y subsidiario.

B) Ha de tenerse en cuenta la identidad de las situaciones sanitarias en las que se desarrolla la prestación médica

El recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en los artículos 96 a 99 LJCA, se configura como un recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación —siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia—, sino “sólo” cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas.

No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir (Sentencia de 15 de julio de 2003).

Esa configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia. Por ello, la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico. Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta. Debe, pues, apreciarse una incompatibilidad lógica entre ambos pronunciamientos, sin margen alguno de interpretación de normas diversas, de aplicación de las mismas sobre supuestos de hecho distintos o de diferente valoración de las

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

pruebas que permita, independientemente del acierto de uno u otro pronunciamiento, justificar a priori la divergencia en la solución adoptada.

Pues bien, con base en todo lo expuesto, la STS de 16 de septiembre de 2008, Ar. 4523, concluye que no concurre la identidad fáctica o de situaciones sanitarias en las que se desarrolló la actuación de los profesionales médicos, ni de los elementos subjetivos y riesgos concurrentes en cada caso, actuaciones practicadas, respuesta y medios exigibles en cada caso, e información recibida, circunstancias que resultan y están sujetas a la valoración de los elementos de prueba de los que en cada recurso dispone la Sala sentenciadora, y que justifican los distintos pronunciamientos sobre la concurrencia de los requisitos precisos y en definitiva de la responsabilidad patrimonial reclamada, porque no cabe hablar de una interpretación contradictoria de la norma en los términos antes indicados, que según la jurisprudencia justifique el planteamiento del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En realidad se plantea por la parte la invocación de la doctrina contenida en la sentencia de contraste sin tomar en consideración los hechos y circunstancias valorados en cada caso, lo que supone instar una revisión del criterio aplicado en la sentencia por entender que es contrario al seguido en la de contraste, planteando así una situación equivalente a la casación ordinaria por infracción de la jurisprudencia, al margen de las identidades exigidas en el recurso de casación para la unificación de doctrina, que, como se ha señalado antes, no es un medio de eludir la inimpugnabilidad de la sentencia en casación ordinaria y ha de plantearse en razón de la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta, para poder apreciar una contradicción que haya de solventarse a través de este recurso de casación para la unificación de doctrina.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

E. GAMERO CASADO (coord.)

**Derecho Administrativo para el ECTS.
Materiales docentes adaptados al proceso
de Bolonia**

[Iustel, Madrid, 2008 (Prólogo del Profesor Martín Rebollo, L.) 659 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Ante el reto que supondrá para todos los universitarios enfrentarnos al nuevo proceso de Bolonia y, en fin, al nuevo sistema universitario y visión de la Universidad que ello supone, es de agradecer un libro como este que nos ofrece materiales que nos serán de gran utilidad para afrontar esa nueva metodología que supone adaptarse al proceso de Bolonia.

Pero sobre todo no debe perderse de vista, como bien recuerda el profesor MARTÍN REBOLLO en el prólogo a esta obra, que el reto va aun más allá, pues la educación juega un papel esencial en la sociedad, y que no sólo se trata de enseñar, en nuestro caso, Derecho Administrativo, sino de formar ciudadanos cultos, exigentes, críticos y reivindicativos, celosos guardianes de sus derechos pero no menos cumplidores de sus deberes y obligaciones cívicas y colectivas.

Este libro, que es el fruto del esfuerzo de un gran número de profesores que han plasmado en él en cierta medida su visión del sistema universitario que supondrá el llamado proceso de Bolonia y que tiene su germen en el I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, ofrece esas nuevas herramientas que junto a las tradicionales serán necesarias para contri-

buir a hacer del estudiante un profesional autónomo, capaz de adquirir por sí mismo nuevos conocimientos y de adaptarse a un mundo en continua transformación, como bien apunta el profesor GOMERO CASADO, pero sobre todo supone disponer de ideas y medios que nos permitan hacer más interactivo el aprendizaje, algo esencial en el espacio europeo de educación superior y a lo que en el seno de dicho sistema es el crédito ECTS.

De este modo y a lo largo de más de seiscientas páginas se han recogido materiales que pueden ser empleados en esa nueva metodología docente y que comprenden actividades que engloban los diversos temas del programa de Derecho Administrativo, en concreto consta de diecisiete bloques que aglutinan las siguientes materias: fuentes, principio de legalidad y potestades administrativas, organización, empleo público, situaciones jurídicas del administrado, acto administrativo, procedimiento, recursos y revisión de actos, jurisdicción contencioso-administrativa, garantía patrimonial del ciudadano, la actividad administrativa sancionadora, la actividad prestacional de la Administración, la actividad de ordenación, la de fomento, los contratos del sector público y los bienes públicos.

Por tanto, es de agradecer esta obra que tan útil nos será en el desarrollo de nuestra labor docente, a la que sin duda debe unirse el esfuerzo y, sobre todo, entusiasmo por transmitir conocimiento y formar personas y profesionales, del profesor, pero también una actitud adecuada del alumnado, pues evidentemente la parte de estudio personal de quienes cursan una titulación es insustituible, de tal modo que quizás todo ello unido pueda llevarnos a que el nuevo sistema sea realmente un triunfo y un paso adelante en la Universidad española.

Tarea nada fácil pero básica, pues tomando las palabras que cita el profesor MARTÍN REBOLLO en su prólogo

a esta obra y que se encuentran grabadas en la vieja estatua de Georges Danton: “Après le pain, l’éducation est le premier besoin du peuple”.

Estatua que, como bien explica el citado profesor, se encuentra situada en la entrada del metro Odeón de París, casi en el cruce de los Boulevares Saint Michel y Saint Germain. Pues bien, debe recordarse aquí que dicha ubicación está próxima a la emblemática Universidad de la Sorbona a la que puede llegarse ascendiendo por el Boulevard Saint Michel, y que merece la pena citar en este momento, ya que aunque este proceso se conozca como de “Bolonía”, la primera mención a la creación del mismo se remonta a la Declaración de la Sorbona de 1998, adoptada por cuatro Estados: Francia, Italia, Reino Unido y Alemania, y que versó sobre la armonización de la arquitectura del Sistema de Educación Superior Europeo.

**J. BERMEJO VERA (dir.) y
M.A. BERNAL BLAY (coord.)**

Diccionario de Contratación Pública

[Iustel, Madrid, noviembre de 2008, 720 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra colectiva se aborda el actual tema de la contratación pública, que ha adquirido no sólo matices diferentes sino importantes novedades desde la aprobación de la LCSP que entró en vigor en mayo de 2008 y que es y será sin duda objeto de estudio en los próximos tiempos, no sólo por su relevancia sino también por los cambios, especialmente, de estructura y en cierto modo de concepción de lo que ha de ser una Ley de contratación, que la nueva norma ha introducido.

Como se pone de manifiesto en esta obra, La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público, ha inaugurado un nuevo escenario para la contratación pública merced a las novedades que incorpora al ordenamiento jurídico-administrativo: la aparición de un nuevo contrato administrativo típico, el de colaboración entre el sector público y el sector privado, de nuevas categorías de contratos de las que se hace depender su régimen jurídico, los contratos sujetos a regulación armonizada, un nuevo procedimiento, el diálogo competitivo, un nuevo sistema de garantías que se materializa en la previsión de un recurso especial en materia de contratación y un cambio en el reparto de la competencia jurisdiccional sobre la materia, la regulación de las subastas electrónicas y los procedimientos de adjudicación electrónicos, o las nuevas cuantías que permiten la utilización del contrato menor y el procedimiento negociado sin publicidad son algunas de esas novedades, acompañadas de una revisión del ámbito de aplicación subjetivo, y todo ello organizado en torno a una nueva estructura de la norma, no siendo fácil el acercamiento a la misma; y de ahí la importancia de conocer no sólo esos cambios sino también la fuente y esencia de cada uno de los conceptos e instituciones que integran la contratación pública.

A ello se dedica principalmente esta obra que servirá por ello a operadores, gestores, estudiosos, etc., para acercarse y manejarse en el ámbito de la contratación con facilidad y soltura y poder así alcanzar a comprender cualquier concepto de los que entran en juego en una licitación pública.

De este modo y a través de un índice de voces que comprende los diversos elementos que a lo largo de cualquier actuación contractual puedan surgir, se explican los conceptos que son necesarios en este sector para comprenderlo. Además cada voz no sólo fija la definición sino también incluye decisiones jurisprudenciales e informes de los órganos consultivos que sirven para aproximar al lector a la realidad práctica contractual.

**L. PAREJO ALFONSO, G. ROGER FERNÁNDEZ
y M. VAQUER CABALLERÍA**

**Comentarios al Texto Refundido de la Ley
del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008,
de 20 de junio)**

[Iustel, Madrid, noviembre de 2008, 576 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Si una de las Leyes de la pasada legislatura más relevantes, desde el punto de vista de la materia y de cara a los administrativistas, ha sido la LCSP ya mencionada, sin duda otra de esas normas es la Ley de Suelo 8/2007 y su posterior Texto Refundido 2/2008, que dado el reducido ámbito competencial en la materia por lo que se refiere al Estado se ciñe básicamente a derecho de propiedad, expropiación y responsabilidad y valoraciones, precisamente a efectos de los supuestos anteriores.

Además en dicha norma se viene a refundir el texto de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y los preceptos que permanecían vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, correspondiente al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, lo que es de suma relevancia, ya que dicha norma busca formular en una única disposición legislativa, los diferentes preceptos contenidos en ambos textos legales, a la vez que se procede a reestructurar su contenido y a armonizar terminológicamente sus disposiciones normativas.

Pues bien, esta norma es estudiada por varios de los mayores especialistas en Derecho urbanístico que analizan de forma detallada y exhaustiva dicho texto normativo, facilitando con ello la mejor comprensión por los estudiosos y operadores del urbanismo de una norma fundamental en la materia.

El libro comienza, antes de entrar de lleno en el estudio del Texto Refundido, con un Estudio Preliminar, en el que se trata tanto, desde la regulación del suelo en el marco de la Constitución ambiental, la centralidad del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, la mayor transparencia y eficiencia en los mercados de suelo, las bases novedosas de la protección medioambiental y el estatuto de ciudadanía y cohesión social del medio urbano, hasta la renovación institucional: entre el Derecho europeo y el autonómico.

A continuación hace un estudio de la operación de refundición y pasa ya de pleno tras ésta al análisis del texto normativo, a través de cada uno de sus Títulos y Disposiciones.

T. CANO CAMPOS

**Presunciones y valoración legal de la prueba
en el derecho administrativo sancionador**

[Civitas, Madrid, 2008, 242 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

A través de esta monografía su autor, gran especialista en Derecho Administrativo sancionador, nos ilustra sobre un tema de gran relevancia en la materia como es el de la valoración de la prueba y las presunciones. Un tema que está salpicado de pinceladas quizás peculiares en esta rama del Derecho, evidentemente por la presencia de la Administración y que no ha estado siempre libre de polémicas, especialmente por lo que a la presunción de veracidad se refiere, pero que a su vez es fundamental, ya que la prueba es determinante y condiciona sin duda el resultado sancionador o no del procedimiento. Lo que, por otro lado, nos ofrece ya una idea de la complejidad de esta cuestión y la importancia de la casuística, al igual que ocurre en el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, ya que en todo procedimiento en que la resolución depende de lo

que se pruebe se evidencia la relevancia de la prueba pero también de lo que al respecto se ha ido fijando por la jurisprudencia.

Sin embargo, el autor no se queda en el estudio de las leyes y las resoluciones judiciales sino que ofrece una teoría de esta cuestión tan debatida que explica precisamente la perfecta compatibilidad entre la presunción de certeza o veracidad de las actas de inspección y de las denuncias de los agentes de la autoridad con el fundamental principio y derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, como explica el profesor Tomás CANO ni se vulnera ese derecho fundamental ni se invierte la carga de la prueba ni se trata de dar prevalencia sobre los demás medios de prueba que puedan ser aportados en el procedimiento administrativo sancionador, sino que al contrario esa denominada “presunción de veracidad” —en palabras del autor— no es una verdadera presunción, al menos en el sentido procesal del término, sino una regla legal de valoración de la prueba, que no hace más que positivizar las reglas de la sana crítica o las máximas de experiencia que el juzgador, en virtud del principio de libre valoración de la prueba, aplicaría generalmente a tales documentos a la hora de determinar su fuerza probatoria y su virtualidad como medios de prueba para destruir en el ámbito sancionador el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Para llegar a esta conclusión, aquí apuntada de forma muy breve, hace un estudio del tema que va desde la presunción de veracidad y su encaje constitucional; las diversas y numerosas normas, tanto estatales como autonómicas, que recogen esta presunción; el análisis de la verdadera naturaleza de esta figura, es decir, como regla legal de valoración de determinados medios de prueba; la idea de que esas normas que se hacen eco de la presunción de veracidad lo que hacen es positivizar las reglas de la sana crítica o máximas de la experiencia del juzgador; la relevancia y alcance de tales reglas; los requisitos que se han de dar para gozar de dicha fuerza probatoria legal; el análisis de si es una regla legal de valoración de la prueba lo establecido en el artículo

137.3 de la Ley 30/1992; pasando a la adecuación de dichas previsiones a la Constitución y en especial a la presunción de inocencia y la ausencia de inversión de la carga probatoria, para concluir finalmente con el estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Un trabajo que sin duda aporta una visión y teoría respecto a la presunción de veracidad que la haría compatible con el principio de presunción de inocencia y con que la carga probatoria corresponde a la Administración que pretende sancionar, que aborda un tema polémico y respecto del cual no existe unanimidad doctrinal y que por ello mismo abre el tema a un nuevo y apasionante debate.

R. GÓMEZ-FERRER MORANT,
E. DESDENTADO DAROCA, L. ORTEGA
y **F.A. CASTILLO BLANCO**

El control de la legalidad urbanística.
El Estatuto Básico del Empleado Público

[Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla,
2009, 355 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En este libro se recogen las actas, ponencias y comunicaciones del III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, que se celebró en la Universidad de Granada en febrero de 2008.

Éste se divide en dos partes que responden a dos temas distintos pero ambos de máxima actualidad, como son el control de la legalidad urbanística y el Estatuto Básico del Empleado Público. Se trata de dos materias que han sufrido recientes reformas de gran calado y que hicieron oportuno abordarlas en el citado Congreso.

Dentro de la primera parte se incluyen dos ponencias y cinco comunicaciones. Las po-

nencias que llevan por título “El control de la legalidad urbanística ¿qué legalidad?”, hacen un repaso completo de las diversas cuestiones presentes en la materia y de sus deficiencias, comenzando por la normativa aplicable y la complejidad del entrecruzamiento de títulos competenciales, pasando por el estudio de la Ley 8/2007 de Suelo y los problemas sobre la vivienda; y en la segunda de ellas especialmente se trata, entre otros, el problema de la diversidad de intereses en juego en el urbanismo y el papel de los municipios.

Las comunicaciones por su parte tratan los siguientes temas: “A la búsqueda del Derecho perdido: política del suelo o gobierno del territorio”, “Los documentos ‘COM’ y su función en la concreción de un modelo europeo de urbanismo sostenible”, “Sobre el carácter urbanístico general del urbanismo (y la necesidad de revisar la noción de exclusividad competencial autonómica)”; “Las fachadas marítimas: la consagración de un régimen jurídico ajeno a la finalidad que inspira la Ley de Costas, como consecuencia de la dificultad de determinar la legalidad urbanística”, y “La legalidad urbanística tendente a hacer efectivos diversos derechos constitucionales y, en especial, el derecho a la vivienda ¿una nueva ciencia del Derecho urbanístico más allá de la protección del Derecho de propiedad y del desarrollo económico?”.

El segundo tema abordado se refiere al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público y comienza con dos ponencias sobre “La extensión de las normas básicas en el nuevo EBEP” y “El EBEP: ¿hasta dónde llegan las bases? (El sistema de empleo público en un gobierno multinivel)”, respectivamente.

A lo que se unen tres comunicaciones sobre “El régimen disciplinario en el EBEP: los espacios abiertos a las Comunidades Autónomas y Entes Locales”; “La carrera profesional de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia a la luz del nuevo EBEP: análisis preliminar de su incidencia”, y “Objeto y ámbito de aplicación de la legislación autonómica de la función pública tras el EBEP: el caso de Galicia”.

Finalmente concluye este libro recogiendo en un apéndice las intervenciones del Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, el profesor don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER respecto de las sesiones de apertura y clausura del Congreso, y con el discurso de la Ministra de Administraciones Públicas, doña Elena Salgado, en la sesión de clausura.

S. HRSG. BACHMANN [et al.]

Besonderes Verwaltungsrecht

[Springer-Verlag, Wien, 6ª Auflage, 2008, 488 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta nueva y sexta edición dirigida por el profesor S. BACHMANN se actualizan diversas materias esenciales de la parte especial del Derecho Administrativo, en este caso, alemán, como aguas, montes, carreteras, legislación y gestión de residuos, evaluación de impacto ambiental, transporte terrestre, conservación de la naturaleza, derecho de la ciudadanía, leyes de inmigración, comercio, defensa del patrimonio artístico, tráfico, ordenación del territorio y urbanismo, organización, etc.

J-PH. COLSON

Droit public économique

[LGDJ, Paris, 4ª ed., 2008, 844 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta nueva y cuarta edición, el autor examina las principales cuestiones a las que se enfrenta la economía pública hoy en día como consecuencia de la liberalización y la globalización.

En esta obra, cuyo autor es especialista en la materia, se busca y se parte de que la com-

presión jurídica de las relaciones jurídicas del Estado y el mercado se basa en la premisa de la superioridad de la *puissance publique*, sólo detentada por la definición de interés general. Sin embargo, tras la globalización del mercado, esta superioridad de los Estados no se ve reforzada sino al contrario.

Así entiende el autor que este creciente divorcio entre el Estado y la empresa que se ha producido mundialmente, conduce a una limitación del papel de las instituciones públicas en el mercado y ahora se refleja en los diversos derechos económicos.

Sin embargo, el autor propone la necesidad de reaccionar a fin de reequilibrar esa tensión entre Estado y

mercado, y que no se trata del fin del Derecho Administrativo sino de su cambio. En efecto, la liberalización de múltiples sectores no ha supuesto una desaparición de la Administración en éstos sino un modo distinto de intervenir y básicamente un paso del servicio público clásico, y en el sentido francés, a una intervención de policía, por ejemplo, a través de autorizaciones o de las obligaciones de servicio público que no dejan de ser otra cosa que medidas de policía, al obligar a ciertos operadores a prestar servicios sean rentables o no.

Este manual se divide en dos grandes partes: las acciones y los actores, es decir, tanto la intervención directa e indirecta de la Administración en la economía, como las instituciones y las empresas de este campo.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

