



*Justicia*

**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

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

### CONSEJO ASESOR

**Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE HUELVA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

### DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

### SECRETARÍA TÉCNICA

**Margarita Beladiez Rojo**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a 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 intervención del Juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?**

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

- [45] **Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008)**

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [75] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**

J. GARCÍA ROCA

- [79] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**

J. GARCÍA ROCA

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

A. MENÉNDEZ REXACH

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

A. MENÉNDEZ REXACH

- [133] **VI. ORGANIZACIÓN**

ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

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

M. REBOLLO PUIG

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

F. LÓPEZ MENUDO

- [181] **IX. RESPONSABILIDAD**

ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

- [199] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [215] **XI. URBANISMO**

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

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

A. EMBID IRUJO

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

A. EMBID IRUJO

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

J. TORNOS MAS

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

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

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

G. FERNÁNDEZ FARRERES

### [337] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# La intervención del Juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

## Resumen

### LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ PARA LA DEFENSA DEL DOMICILIO ¿Y TAMBIÉN DE LA PROPIEDAD?

*El privilegio de la ejecutoriedad que tradicionalmente ha permitido a la Administración, incluso por la fuerza, acceder a los más diversos lugares fue restringido por la Constitución en lo tocante al domicilio al exigir en este supuesto el consentimiento de su titular o autorización del juez, salvo en caso de flagrante delito, conciliando así dicho poder administrativo con el derecho a la intimidad. La jurisprudencia ha ido acuñando oportunamente un concepto de domicilio amplio o “constitucional” con el fin de extender debidamente tal garantía a lugares que hacen las veces de domicilio. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 se refiere efectivamente a esos otros “edificios o lugares” pero su propia ambigüedad ha pro-*

*picado el surgimiento de una jurisprudencia fluctuante e incierta en grado sumo donde la controversia no versa ya sobre los confines de ese “domicilio constitucional” sino sobre si la garantía de la inviolabilidad domiciliaria ha sido extendida por la Ley a otras dependencias que no son domicilio, recortando así dicha potestad administrativa y el principio de eficacia que la sustenta, en favor de una superior defensa no ya del domicilio sino de la propiedad privada en general, lo que habría supuesto la transformación de la ratio que justificó en su origen la exigencia de la autorización judicial, garantía esta que podría haber quedado relajada en la actualidad precisamente por causa de su generalización.*

## Abstract

### THE JUDGE'S INTERVENTION FOR THE DEFENSE OF THE HOME ADDRESS AN ALSO OF THE PROPERTY?

*The privilege of the executability that traditionally has allowed to the Administration, even by force, to access to the most diverse*

*places was restricted by the Constitution in the concerning to the home address by demanding in this case the consent of its holder or*

*the judge's authorization, except in the case of been committing a crime, reconciling this way this administrative power with the right to privacy. The jurisprudence has gone coining a wide or "constitutional" concept of home address with the purpose of extending properly such a guarantee to places that can act as home. The Organic Law of the Judiciary of 1985 refers indeed to those other "buildings or places" but its own ambiguity has brought about the emergence of a fluctuating and uncertain in supreme grade jurisprudence where the controversy doesn't already turn on the confines*

*of that "constitutional home address" but on if the guarantee of the domiciliary inviolability has been extended by the Law to other dependences that are not home address, reducing this way this administrative authority and the principle of effectiveness that sustains it, in favour of a superior defense not only of the home but of the private property in general, what would have mean the transformation of the ratio that justified in its origin the demand of the judicial authorization, guarantee that could have been relaxed at the present time in fact by reason of its generalization.*

## Sumario:

### **I. Justificación del presente estudio. II. Planteamiento de la cuestión. III. La situación**

**actual del problema.** A) Sentencias que se ciñen a la protección del domicilio.

B) Sentencias que extienden la intervención del Juez a lugares distintos del domicilio.

C) Las resoluciones judiciales "acríticas". **IV. El artículo 87.2 de la LOPJ. Necesidad de**

**reconstruir los orígenes del precepto y su sentido.** A) El derecho a la inviolabilidad del

domicilio. Las bases establecidas por el Tribunal Constitucional. 1. Los pronunciamientos

iniciales sobre el artículo 18.2 de la CE. 2. El fundamento de la inviolabilidad del

domicilio. 3. El criterium determinativo del "domicilio constitucional". a) Edificios o lugares

que se encuadran en el concepto de domicilio constitucional. b) Lugares y espacios no

calificables como domicilio. B) El proceso de elaboración del artículo 87.2 de la LOPJ.

**V. El desconcierto sobrevenido: sus causas.** A) La chocante ambigüedad del artículo

87.2 de la LOPJ. Conclusiones sobre su alcance. B) Los bandazos de la jurisprudencia

constitucional. 1. Jurisprudencia que se atiene estrictamente al concepto de domicilio

constitucional. 2. Jurisprudencia que admite la existencia de dos ámbitos distintos

precisados de la autorización judicial. 3. Las sentencias que eluden el problema.

C) La división de las posturas doctrinales. **VI. Elementos muy a tener en cuenta a la hora**

**de sentar conclusiones sobre el problema.** A) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

B) Respuesta de la legislación posterior a la LOPJ. **VII. Reflexiones finales.**

### I. JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO

Desde que el Tribunal Constitucional dictara la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, en la que más adelante nos detendremos, han sido muy numerosos los estudios doctrinales y los comentarios jurisprudenciales que se han venido produciendo, muy especialmente sobre las sentencias del Tribunal Constitucional, decisivas en este caso para definir los contornos de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y perfilarla en lo que atañe a la necesaria autorización judicial cuando la Administración pretende acceder al domicilio por la fuerza. El artículo 87.2 de la LOPJ —actualmente 91.2 desde la reforma de 1998— que es el correlato del artículo 18.2 de la CE donde se proclama la inviolabilidad del domicilio, ha sido uno de los preceptos del ordenamiento jurídico más presentes en la doctrina y en las resoluciones judiciales de los últimos años.

Así, junto a los estudios que los especialistas del Derecho civil han dedicado desde siempre al concepto de domicilio de los artículos 40 y 41 del Código, los que la doctrina penalista ha debido realizar necesariamente en todo tiempo sobre el delito de allanamiento de morada y su violación por los funcionarios públicos, y los que los autores del Derecho procesal han referido a los no pocos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que versan sobre las entradas y registros domiciliarios ordenados por los órganos judiciales, han venido a sumarse, desde el momento de la irrupción de la Constitución de 1978 y muy especialmente desde la sentencia constitucional antes referida, infinidad de trabajos enfocados desde ramas del derecho muy distintas. Como es lógico, han irrumpido en el estudio de la garantía los constitucionalistas y particularmente la doctrina del Derecho Administrativo, dada la incidencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio en las “entradas administrativas” en edificios o lugares que tengan la consideración de domicilio.

Así, entre lo publicado al respecto en los últimos años (dejando al margen los abundantes estudios de siempre sobre el allanamiento de morada y las entradas y registros ordenadas por el juez penal), pueden citarse estudios referidos al domicilio mismo como objeto de la garantía<sup>1</sup> y la extensión de este derecho al domicilio de las personas jurídicas<sup>2</sup>; a la evolución histó-

(1) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “El concepto de domicilio en relación con los requerimientos y las notificaciones notariales: un estudio histórico”, *Revista jurídica del notariado*, núm. 59, 2006, págs. 9 a 90. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva constitucional del domicilio”, *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García* (coord.) por Teodora Felipa Torres García. Valladolid: Universidad, Derecho. 2004, págs. 369 a 390. FAIREN GUILLÉN, Víctor: “Algunas ideas básicas sobre la ‘entrada y registro en domicilio’ (del artículo 21 de la Ley 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana de 21 de febrero)”, *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 1993, págs. 11 a 60. GARCÍA MACHO, Ricardo: “La inviolabilidad del domicilio”, *Civitas, REDA*, núm. 32, 1982, págs. 855 a 866. LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda de: “Entrada y registro en domicilio: concepto de domicilio y de delito flagrante (TS 2ª S 824/1999, de 19 mayo)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 3, 2000, págs. 387 a 390. MAGRO SERVET, Vicente: “Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2002, págs. 1764 a 1771. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: “Delitos contra la inviolabilidad del domicilio”, *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Profesor Doctor Enrique Casas Barquero*, direc. Juan J. González Rus. Córdoba: Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, 1997. SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La entrada y registro en domicilio de particulares: análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, direc. Miguel Zugaldia Espinar, págs. 1433 a 1460.

(2) BENAVIDES VELASCO, Patricia: “Las sociedades mercantiles como titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio”, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, núm. 216, 2006, págs. 1 a 22. COLLADO GARCÍA LAJARA, E.: “Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas a la inviolabilidad del domicilio y a la defensa en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas*, núm. 14, 1990, pág. 166. GÓMEZ AMIGO, Luis: “Derecho a la inviolabilidad del domicilio: Concepto constitucional de domicilio de las personas jurídicas (TC 2ª S 69/1999, de 26 abril)”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 2, 2000, págs. 231 a 239. PRETEL SERRANO, Juan José: “Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 30, 1, 1991, págs. 179 a 224. PULIDO QUECEDO, Manuel: “La inviolabilidad

rica de la garantía desde la perspectiva del constitucionalismo o desde su tratamiento por los sucesivos Códigos penales<sup>3</sup>; a la influencia de las normas europeas sobre derechos humanos y su jurisprudencia<sup>4</sup>; al estudio del fundamento ínsito en el artículo 18.2 de la CE, es decir, de los valores que dicho precepto protege o garantiza<sup>5</sup>; al impacto que tal garantía ha producido en la regla de la ejecutoriedad de los actos administrativos<sup>6</sup>; al difícil problema de compatibilizar la garantía constitucionalizada con los poderes de inspección y vigilancia inherentes a la función administrativa de velar por los intereses generales<sup>7</sup>; y, desde luego, a la cuestión

del domicilio de las personas jurídicas (nota sobre la STC 69/1999, de 26 de abril)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 1999, págs. 1701 a 1738. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: "Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 229, 1986, págs. 145 a 152.

(3) ARIAS EIBE, Manuel José: "La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2001, págs. 1643 a 1668. CABEZUDO BAJO, María José: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther: "Antecedentes históricos de la violación de domicilio", *El derecho penal: de Roma al derecho actual: VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano, celebrados en Alicante, en 2004*, M. Aránzazu Calzada González, Fermín Camacho de los Ríos (coords.), 2005, págs. 201 a 214. PASCUAL LÓPEZ, Silvia: *La inviolabilidad del domicilio en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 193. "La inviolabilidad del domicilio en la revolución iusnaturalista de 1869", en *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Virgilio Zapatero Gómez (coord.), vol. 2, 2002, págs. 609 a 620. "La inviolabilidad de domicilio en la Constitución de 1869", *Revista de derecho político*, núm. 55-56, 2002 (Ejemplar dedicado a: El sexenio revolucionario. La Constitución Española de 1869), págs. 453 a 472. "El domicilio como garantía de la libertad en la Constitución de 1812 y como expresión de la seguridad en la Constitución de 1837", *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 24, 2004, págs. 61 a 78. SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén: "El delito contra la inviolabilidad del domicilio: rasgos característicos de su evolución histórica", *Studia Carande: Revista de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 4, 1, 1999, págs. 293 a 327.

(4) BARRENECHEA DE CASTRO, Juan José: "El derecho a la vida privada y familiar, respeto al domicilio y al secreto de la correspondencia", *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 5, 2000 (Ejemplar dedicado a: Especialización en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos. Presente y futuro del Ministerio Fiscal: apuntes para la reforma de su estatuto), págs. 95 a 118. CATALÀ I BAS, Alexandre H.: "El derecho al respeto del domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho*, núm. 631, 1997, págs. 3619 a 3636. GEUS, Jean-Claude: "La protección del derecho al respeto de la vida privada, de la vida familiar, del domicilio y la correspondencia", *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 1993, págs. 249 a 306. LÓPEZ BASAGUREN, Alberto: "La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)", *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 5, 2003, págs. 183 a 210.

(5) ARAGÓN REYES, Manuel: "La inviolabilidad del domicilio (Comentario al libro de Francisco Javier Matia Portilla: El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio)", *Revista española de derecho constitucional*, Año núm. 18, núm. 54, 1998, págs. 349 a 355. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, págs. 39 a 53.

(6) DÍAZ DELGADO, José: "La autotutela ejecutiva; la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial", *Poder Judicial*, núm. 16. LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 225, 1985, págs. 31 a 78. LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", *RAP*, núm. 115, enero-abril 1988, págs. 57 a 97. MACÍAS CASTAÑO, José María: "El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional", *Civitas, Revista española de derecho administrativo*, núm. 127, 2005, págs. 489 a 517. NIETO GARCÍA, Alejandro: "Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria", *RAP*, núm. 112, enero-abril, 1987, págs. 7 a 60. PLAZA ARRIMADAS, Lorenzo: "La inviolabilidad del domicilio", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216, 1982, págs. 687 a 706. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: "La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 224, 1984, págs. 543 a 548. SOSA WAGNER, Francisco: "Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio: sentencia de la Audiencia territorial de Burgos de 23 de octubre de 1975", *Civitas, REDA*, núm. 14, 1977, págs. 481 a 487.

(7) AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: "La coacción administrativa directa en el ámbito de la inspección de consumo. Límites en el acceso a los locales a inspeccionar", *REDA*, núm. 69, 1991. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: "El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2000, págs. 219 a 256. GÓMEZ OREA, Manuel: "El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1991, págs. 1387 a 1395. ROJÍ BUQUERAS, José María: "El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de los órganos de la Inspección de los Tributos

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

del juez competente para otorgar la autorización preceptiva –cuestión que en la actualidad se encuentra ya superada–<sup>8</sup>; a la extensión y límites de su poder de cognición, como tal juez defensor del domicilio, frente a lo que es objeto de la litis o asunto principal y a sus facultades y deberes a la hora de fiscalizar la procedencia o no de la entrada y fijar las condiciones de la eventual autorización<sup>9</sup>. Ocioso es decir que muchos estudios o comentarios doctrinales, aunque surgidos al hilo de la aparición de alguna sentencia relevante<sup>10</sup>, suelen tratar varios o incluso todos los aspectos antes enunciados así como otras facetas añadidas, tales como el procedimiento para la obtención de la autorización o el análisis de los distintos supuestos en que la Administración se puede ver precisada de acceder a un domicilio por la fuerza, o a otros lugares distintos del domicilio. Y, por supuesto, no faltan monografías dedicadas al estudio de la garantía en todas sus vertientes<sup>11</sup>.

(Un estudio a propósito de la nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio)”, *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año núm. 16, núm. 1, 2000, págs. 607 a 664.

(8) ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: “La ejecución forzosa de los actos de la Administración pública y la autorización judicial para la entrada en el domicilio, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 386, 1999, págs. 1 a 11. LÓPEZ FONT MÁRQUEZ, José Francisco: “El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración”, *RAP*, núm. 130, 1993, págs. 249 a 256. PECES MORATE, Jesús Ernesto: “La ejecución administrativa y la inviolabilidad del domicilio”, *Poder Judicial*, núm. 13, 1984.

(9) ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César: “La autorización judicial para la entrada en domicilios particulares en ejecución de actos administrativos”, *La Ley*, núm. 2173, 1989-1, págs. 1037 y ss. FRÍAS LÓPEZ, Alejandra: “Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio”, en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2000, págs. 29 a 64. GIÓN SUÁREZ, Carlos: “La protección de la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución administrativa: artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La Constitución y la práctica del derecho*, Julián Martínez-Simancas Sánchez, Manuel Aragón Reyes (coords.), vol. 2, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 999 a 1014. GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: “El artículo 87.2 de la LOPJ: Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales”, *Actualidad Administrativa*, núms. 44-45, diciembre, 1991. LÓPEZ AZCONA, María Aurora: “La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo”, *Aranzadi civil*, núm. 1, 2001, págs. 1913 a 1944. SÁNCHEZ ISAC, Jaime: “La ejecución forzosa de los actos de la Administración y la inviolabilidad del domicilio en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, Manuel Aragón Reyes (coord.), 1985, págs. 561 a 576. SANZ GANDASEGUI, Francisco: “La ejecución de los actos administrativos que requieren la entrada en domicilio”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1688, 1993, 5 de noviembre, págs. 5130 a 5140. VEGA TORRES, Jaime: “Autorización judicial para entrada en domicilio en procedimiento de recaudación de la Seguridad Social; límites de la Ley de Presupuestos: inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley General Tributaria”, *Civitas, Revista española de derecho del trabajo*, núm. 61, 1993, págs. 789 a 800.

(10) COLOM I PASTOR, Bartoméu: “Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio”, *Civitas, REDA*, núm. 40-41, 1984, págs. 249 a 256. CHACÓN ORTEGA, Luís: “Recuperación de oficio de los bienes de las entidades locales y la entrada en el domicilio a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio”, *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, núm. 253, 1992, págs. 105 a 118. HAZA DÍAZ, Pilar de la: “Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1988, págs. 811 a 819. LAFUENTE BENACHES, Mercedes: “Reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio (a propósito de la STC 160/1991, de 18 de julio)”, *Civitas, REDA*, núm. 73, 1992, págs. 79 a 88. MARCO MARCO, Joaquín J.: “La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril de 1999”, *Revista General de Derecho*, núm. 664-665, 2000, págs. 117 a 124. MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la STC 341/1993)”, *Revista Española de Derecho constitucional*, año núm. 14, núm. 42, 1994, págs. 197 a 217. MORILLO VELARDE DEL PESO, José Antonio y SÁNCHEZ DE LAMADRID Y AGUILAR, Carlos: “La garantía judicial de derechos concretos: la Administración, el domicilio y los interdictos”, *La Ley*, núm. 1, 1989, págs. 1028 a 1036. PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española y la jurisprudencia del TC”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34 enero-abril, 1972, págs. 172 a 173. VAQUER ALOY, Antoni: “Reclamación de cantidad. Domicilio: concepto; derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Colisión entre derechos fundamentales”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 31, 1993, págs. 157 a 164.

(11) ALONSO DE ANTONIO, A.: *El derecho a la inviolabilidad domiciliar en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993. BARCELONA LLOP, Javier: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, Santander, 1995. CABEZUDO BAJO, María José: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004. FUERTES SUÁREZ, J.L.: “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, *Estudios en Homenaje al Prof. García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2483 y ss. GARCÍA URETA, Agustín: *El domicilio y su régimen jurídico*, LETE, Bilbao, 2007. GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio: “El artículo 87.2 de la LOPJ y la jurisprudencia del TC”, *Poder Judicial*, núm. 23, 1991, págs. 73 a 85. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico*

A la vista de tan prolija dedicación doctrinal al tema, lógico será preguntarse qué sentido y utilidad tiene un trabajo como el presente, qué puede tener de interés o de novedad sobre asunto tan trillado. Pues bien, creemos que hay dos buenas razones para ello.

La primera de ellas es estrictamente objetiva. La situación actual de la institución es absolutamente incierta al menos en uno de sus aspectos: el del ámbito material sobre el que recae el deber de la Administración de proveerse de autorización judicial para acceder a aquél contra la voluntad de su titular. Nótese que no nos estamos refiriendo al “domicilio”, o mejor dicho, no nos planteamos la cuestión de los límites del llamado “domicilio constitucional”. La cuestión relativa a dichos límites ha sido profusamente tratada y hoy día no tiene más complicación que la que pueda ofrecer en la práctica la incardinación o no de un determinado supuesto en dicho concepto. El problema verdadero e inquietante que en la actualidad se plantea es el de si, *de lege data*, existen edificios o lugares, además del domicilio, para cuya entrada la Administración precise de autorización judicial, como si de un domicilio se tratase. A nuestro juicio, esta cuestión no está ni mucho menos clara, como demostraremos seguidamente y, desde luego, se trata de un asunto al que la doctrina, a pesar de su abundancia, no le ha prestado una atención proporcionada a su gravedad.

Para calibrar la importancia del problema, bueno será recordar en primer término la garantía proclamada en el artículo 18.2 de la CE:

“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

La dicción del precepto ha sido calificada como sumamente rígida en comparación con otros textos fundamentales tanto españoles como extranjeros, al petrificar en la propia Constitución las excepciones a la regla de la inviolabilidad y carecer de elasticidad alguna para hacer compatible la garantía con el principio de autotutela de la Administración que es propio del sistema administrativo que rige en España y se encuentra ínsito en el propio texto constitucional. Es obligado remitirse en este punto a las reflexiones formuladas en su día por los profesores LÓPEZ RAMÓN, F.<sup>12</sup> y NIETO GARCÍA<sup>13</sup>.

de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 4ª ed., vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, págs. 2368 y ss. GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992. LAFUENTE BENACHES, Mercedes: *La ejecución de los actos administrativos por la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1991. MATIA PORTILLA, Francisco Javier: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

(12) Aparte de resaltar cumplidamente el papel central ocupado por el principio de autotutela en nuestro sistema administrativo, LÓPEZ RAMÓN discrepaba sobre la absoluta necesidad de autorización judicial para las entradas administrativas en domicilios, abogando por una interpretación flexible del artículo 18.2 de la CE que no cercenara de raíz las potestades administrativas, salvo cuando realmente estuviera en peligro la intimidad. Asimismo denunciaba la complicación a que se veía abocada la actuación administrativa, señalando que la generalización de la necesidad de obtener autorización para entrar en domicilio, convertiría al juez en “una máquina libradora de despachos rutinariamente”. El escaso entusiasmo que al autor le despertaba la nueva garantía se justificaba en buena medida a la luz de los casos hasta entonces resueltos por el Tribunal Constitucional: “en la STC 22/1984 el recurrente alegaba la inviolabilidad del domicilio para defender su propiedad; en el de la Sentencia 135/1985 para mantener ciertos intereses económicos en una suspensión de pagos; en el de la Sentencia 144/1987 para defender la libertad de información de una radio ilegal”. (“Inviolabilidad del domicilio...” cit., pág. 198 y “Límites constitucionales...” cit., pág. 97).

(13) En la misma línea, Alejandro NIETO expone con viveza las disfunciones que puede generar la situación referida, la susceptibilidad de que el derecho a la inviolabilidad domiciliar sea ejercido abusivamente y en contra de la buena fe,

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

Ciertamente, la aparición del texto constitucional y sobre todo la emisión de la STC 22/1984, de 17 de febrero, produjo una tormenta en la doctrina, enfrentando las posturas de quienes, de una parte, se lamentaban —como los autores más arriba citados— por la pérdida de las esencias del “sistema administrativo” con todas sus negativas secuelas; y de otra parte, los que apostaban por la plenitud de la garantía, es decir, por la intervención del juez en todo caso, incluidas las entradas en domicilio necesarias para la ejecución de actos administrativos. Algunos autores de este sector de opinión ya propugnaron el cumplimiento de esta garantía nada más aparecer la Constitución e incluso antes de su promulgación. Por tanto, los trabajos de algunos de éstos son anteriores a la STC 22/1984 y otros posteriores a ella<sup>14</sup>.

Hay que destacar dos rasgos de esta primera etapa en la que tiene lugar la controversia señalada (década 1977-1986). El primero es que la discordia versa exclusivamente sobre el acceso al “domicilio”, esto es, que la pérdida de poder que la Administración sufriría y que se hallaba en discusión se contraía al domicilio y no a cualquier otro lugar que no fuera el domicilio. La hipótesis de que a la Administración le estuviera vedado entrar en la mera propiedad para ejecutar actos administrativos resultaba entonces inconcebible por los autores anteriormente citados, incluidos los más decididos defensores de la intervención del juez defensor del domicilio, como lo demuestra el hecho de que ninguno de ellos se refiriese a esta hipótesis, aun estando ya en vigor la LOPJ y su famoso artículo 87.2, con toda su equívocidad al respecto. Ciertamente, hay que situarse mentalmente en el tiempo preconstitucional para comprender que exigirle entonces a la Administración una autorización judicial para acceder a un domicilio era poco menos que una extravagancia<sup>15</sup>.

El segundo rasgo de esta etapa es que la citada polémica se produce sobre el telón de fondo del artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, entonces vigente; precepto potente, expresivo del privilegio de la ejecutoriedad, de eficacia prácticamente universal<sup>16</sup>.

Lo anterior significa que la promulgación de la LOPJ abre una nueva etapa y con ella un problema insospechado, pues la duda que sembrará el artículo 87.2 no será ya, como en la década anterior, si el principio de autotutela de la Administración prevalecía o no sobre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, sino si además del domicilio, la Administración está obligada a proveerse de la oportuna autorización judicial para la entrada en cualquier otro edificio o

demonstrando la experiencia que quienes pretenden ampararse en el artículo 18.2 de la Constitución no están defendiendo la inviolabilidad de su domicilio sino intentando proteger otros intereses que, cuando no son ilícitos, al menos nada tienen que ver con el expresado derecho fundamental; y lo que está en juego en tales casos no es, en efecto, la inviolabilidad del domicilio, sino un mero interés patrimonial que fraudulentamente busca una buena cobertura constitucional. “Actos administrativos cuya ejecución...”, cit., pág. 14.

(14) SOSA WAGNER, Francisco: “Ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio: sentencia de la Audiencia territorial de Burgos de 23 de octubre de 1975”, Civitas, REDA, núm. 14, 1977, págs. 481 a 487. PLAZA ARRIMADAS, Lorenzo: “La inviolabilidad del domicilio”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 216, 1982, pág. 695. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: “La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 224, 1984, págs. 543 a 548. QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto: “Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 229, 1986, págs. 145 a 152. COLOM I PASTOR, Bartoméu: “Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio”, Civitas, REDA, núm. 40-41, 1984, págs. 240 a 241.

(15) Vid. especialmente la experiencia contada al respecto por ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, C.: “La autorización judicial para la entrada...”, cit., pág. 1037. Asimismo, GIÓN SUAREZ, C.: “La protección de la inviolabilidad...”, cit., pág. 1005; BARCELONA LLOP, J.: “Ejecutividad, ejecutoriedad...”, cit., págs. 508 y ss.

(16) “La Administración pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales.”

lugar cuyo acceso dependa del consentimiento de su titular. Dicho en pocas palabras: si el poder ejecutorio de la Administración se vería frenado no sólo ante el derecho a la intimidad inherente al domicilio sino además, genéricamente, frente al derecho de propiedad. Esto quiere decir que el salto cualitativo que ha dado el problema que inicialmente se planteó ha sido espectacular, tanto como la paradoja de que este cambio no haya sido objeto de una atención doctrinal proporcionada a su envergadura.

La segunda buena razón para abordar este problema relativo al alcance del artículo 18.2 de la CE es de índole subjetiva. Este nuestro modesto trabajo está realizado en homenaje a Lorenzo MARTÍN RETORTILLO y está muy estrechamente vinculado a los desvelos de nuestro querido y admirado profesor cuando en su papel de Senador, en el momento clave de la redacción del artículo 18.2 de la CE, puso a contribución su saber en aras de una redacción ponderada del precepto constitucional, cuya historia de su elaboración nos fue contada por él mismo, ya en 1984, en su obra *Materiales para una Constitución*<sup>17</sup>. Como podrá comprobarse en las páginas que siguen, el equilibrio por el que luchó entonces Lorenzo MARTÍN RETORTILLO se ha deshecho con el paso del tiempo, ya que en lo que toca al asunto que ahora nos ocupa hemos pasado del cero al infinito, es decir, desde estar la Administración excusada de solicitar del juez la entrada en los domicilios, a tener que proveerse de tal autorización para poder entrar prácticamente en cualquier parte, bandazo este que habla por sí solo de una cierta desmesura, de un vuelco rotundo de la situación, que sólo podría aceptarse si así resultara categóricamente del ordenamiento jurídico; pero no parece que esto sea así, como veremos enseguida.

## II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El artículo 18.2 de la CE, cuando irrumpió en nuestro ordenamiento jurídico, llevaba de la mano la posibilidad de que el concepto de domicilio fuese reformulado en consonancia con los valores que la Constitución consagra, y que fuese reconsiderado también ese privilegio administrativo, casi indiscutido por aquel entonces, de entrar en los domicilios coactivamente sin la venia o auxilio de un juez. Y todo ello se cumplió pocos años después con la aparición de la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, objeto de mil y un comentarios doctrinales.

Como ya hemos apuntado más arriba, la Sentencia produce una fuerte reacción y tal suceso se produce precisamente cuando se elaboraba por el Gobierno el Proyecto de la LOPJ. Obvio es decir que sus redactores conocían la Sentencia y toda la polémica entonces existente sobre cuál debía ser el juez competente para autorizar las entradas administrativas, cosa que el Proyecto resolvió optando por los juzgados de instrucción. Lógico es suponer también que los redactores conocían el nuevo concepto –amplio– de domicilio acuñado por el Tribunal Constitucional y, por tanto, la imposibilidad de que la futura Ley manejase un concepto distinto. Pues bien, sin perjuicio de lo que más abajo diremos sobre el proceso parlamentario seguido por el precepto que nos ocupa, su texto final contenido en el artículo 87.2 fue el siguiente:

(17) Edit. Akal, Madrid, págs. 100 y ss.

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

“Corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración.”

Resulta chocante que un precepto de tanta importancia tenga una redacción tan presta a la controversia. Ciertamente, la norma es susceptible de dos interpretaciones básicas. Así, lo expuso en su día SANZ GANDASEGUI<sup>18</sup> y lo exponemos aquí: “a) La primera postura que cabe adoptar es la de considerar que el artículo 87.2 de la LOPJ utiliza la palabra ‘domicilio’ con el mismo sentido y alcance que el artículo 18.2 de la Constitución, de manera que la expresión ‘los restantes edificios o lugares’ sería un plus añadido por la LOPJ que habría de entenderse referido a lugares que no tienen la condición de domicilio a efectos constitucionales; b) La segunda opinión estimaría que la palabra ‘domicilio’ se emplea por la LOPJ en un sentido mucho más restringido que en la Constitución y, por ello, ha sido necesaria la adición de la expresión ‘restantes edificios, etc.’ con el fin de ajustarse al amplio concepto constitucional”.

Por tanto, en la primera de las hipótesis –a la que se adscribió dicho autor y con no poco éxito, a juzgar por el terreno que ha ido ganando su postura– “se trataría de proteger dos bienes jurídicos distintos: en el caso del domicilio, lo que se protege fundamentalmente es el derecho a la privacidad o intimidad de su titular; en el segundo caso lo que se protege más bien es el derecho de propiedad”. Como se ve la tesis está inscrita en un garantismo que no es preciso resaltar por evidente.

Hay una tercera vía interpretativa y es la de considerar que el artículo 87.2 de la LOPJ (actualmente 91.2) es una norma procesal y como tal sólo regula un aspecto adjetivo: la determinación del juez competente para otorgar la autorización. Tal es la opinión de MACÍAS CASTAÑO quien sostiene que dicho precepto no regula el régimen de la actividad de ejecución de los actos administrativos; o sea, que no establece que para entrar en un domicilio o en otros lugares sea necesaria una autorización judicial, sino que cuando esa autorización sea necesaria, el competente para conocer de ello será el juez de lo contencioso, antes el de instrucción. Por tanto, –añade el autor– “los restantes edificios o lugares ... constituyen una previsión competencial hueca, vacía y meramente suponen la previsión de que ‘cuando ello proceda’, –como dice literalmente el precepto–, esto es, cuando se prevea por la Ley como necesario, el competente será el juez de lo contencioso”<sup>19</sup>. Sin duda, se trata de una ingeniosa salida interpretativa para evitar que el artículo 91.2 se imponga con todo su peso de una manera general y automática, pero nos parece difícil de sostener que el precepto carezca de alcance sustantivo, como MACÍAS CASTAÑO propugna. Además la práctica lo desmiente<sup>20</sup>.

(18) SANZ GANDASEGUI, Francisco: “La ejecución de los actos administrativos...”, cit., pág. 149. El pasaje transcrito procede del dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 30 de julio de 1990 (ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 9/90).

(19) MACÍAS CASTAÑO, José María: “El desahucio administrativo”, cit., págs. 502 y 506 a 507. Añade el autor que, hoy por hoy, “ello no procede porque ninguna Ley impone esa restricción al margen del domicilio, con alguna excepción, como la de reciente incorporación a la Ley de Expropiación Forzosa”.

(20) La propuesta de MACÍAS CASTAÑO es bien expresiva de que éste rechaza la enorme restricción que el artículo 87.2 (91.2 actual) supone para la autotutela administrativa al extender la garantía al derecho de propiedad, exceso que imputa a la confusión introducida por el Tribunal Constitucional (id., pág. 504). Aunque compartamos la crítica de fondo, sin embargo no creemos, a diferencia del autor, que haya que rendirse ante la idea, como si fuera una evidencia, de que dicho precepto abarque la propiedad además y con independencia del domicilio, pues igualmente el precepto da pie para

Queda centrado el problema, pues, entre las dos posturas inicialmente expuestas, a las que volveremos más abajo para examinar las opiniones doctrinales sobre ellas. Antes que nada urge demostrar que la divergencia en la interpretación del artículo 91.2 es algo real en el ámbito de los órganos judiciales que aplican cotidianamente el precepto.

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA

El estado de la cuestión puede deducirse de un atento análisis de las sentencias que se producen de ordinario sobre estas “entradas administrativas”, que son las dictadas por las salas de lo contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>21</sup>. Pero antes de descender al examen de resoluciones concretas, cabe inducir del conjunto de ellas las siguientes apreciaciones:

a) La primera apreciación que se percibe del examen de ese cúmulo de conflictos es la tipicidad de los sitios o lugares a los que suele acceder la Administración para la ejecución de actos administrativos o la realización de actividades inspectoras, lo que contrasta con la abundante casuística que nos ofrece la jurisprudencia del orden penal y, al hilo de ésta, la doctrina penalista. Constituye esto una nueva razón para tener siempre en cuenta la diferencia existente entre las entradas domiciliarias que tienen que ver con la investigación y represión de actividades delictivas de la exclusiva competencia del orden penal, y las “entradas administrativas” necesarias para el ejercicio de potestades de la Administración referentes a la expropiación forzosa, recaudación de tributos, recuperación de bienes, etc.

La poca variedad de los tipos de lugares a los que la Administración trata de acceder de ordinario sin el consentimiento de su titular se explica en que mayormente tales lugares son precisamente la vivienda, o el domicilio social en el caso de las personas jurídicas. Por tanto, en términos generales puede decirse que en este orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo no suele debatirse el tema de los confines del concepto de domicilio ya que en la mayoría de los pleitos que se sustancian esto ni se cuestiona, por no ser necesario. Aquí el problema que se suscita no es el de delimitar el concepto de domicilio constitucional –esto suele definirse de ordinario en el ámbito penal–, sino el tratamiento que deba darse a esos “restantes edificios o lugares cuyo acceso requiere el consentimiento de su titular”, que sí es una fórmula expresamente prevista por el legislador para la ejecución de actos por la Administración Pública; por tanto, no perteneciente al orden penal.

sostener que habla de una sola cosa, el domicilio constitucional, aunque con fórmula poco afortunada. Por otra parte, las resoluciones de los jueces y tribunales no se plantean siquiera la hipótesis de que el precepto en cuestión carezca de contenido sustantivo, o sea, que lo que dice no tenga eficacia directa alguna. No obstante el argumento es utilizado por el Abogado del Estado en sus alegaciones, STC 69/1999.

(21) Para valorar la situación actual respecto al punto concreto que aquí nos ocupa hemos estimado suficiente el análisis de las Sentencias recaídas en los últimos años, fase temporal prácticamente coincidente con el período que inaugura la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998 y la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, en cuyo artículo 8.6 quedó recogido el designio del legislador de la reforma de aquella Ley Orgánica –artículo 91.2– de que sean los Juzgados de lo Contencioso-administrativo –y no los jueces de Instrucción del Orden Penal– los competentes para autorizar la entrada en los “domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración”.

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

La razón de esta cierta tipicidad de los lugares donde se producen “entradas administrativas” hay que encontrarla en la propia peculiaridad de las relaciones Administración-administrado, caracterizadas por lo general por su estabilidad, por su duración y por la preexistencia de un procedimiento formalizado, todo lo cual conduce a la consecuencia de que la variedad de los tipos de sitios o lugares a los que la Administración suele acceder sea incomparablemente menor que la existente en el ámbito penal, donde sí ha habido que hacer el esfuerzo de construir y delimitar, desde los cimientos de los clásicos conceptos de “habitación” o “morada”, un concepto de nuevo cuño y más amplio: el domicilio constitucional. En esta esfera de la criminalidad, por sus propias características, sí se abre una casuística prácticamente sin límites de lo que puede llegar a constituir un domicilio y, por consiguiente, de los lugares, incluso raros o insólitos, a los que los agentes de la autoridad pueden verse obligados a acceder para la realización de una pesquisa o registro o la detención de un delincuente. Es ésa la causa por la que los penalistas y procesalistas se han preocupado de elaborar catálogos de supuestos constitutivos o no de “domicilio”, unos extraídos de las propias Sentencias del Tribunal Supremo y otros añadidos por la propia imaginación de los autores. Más adelante ofrecemos una impronta de esa casuística a título meramente ilustrativo.

En razón a lo expuesto, no deja de sorprender que la doctrina administrativa, a través de la abundante bibliografía aparecida en los últimos veinte años no haya resistido a la tentación de enfrascarse en el juego de especular sobre si constituye o no “domicilio constitucional” la habitación de un hotel, una *roulotte*, una cueva natural, un “zulo” o un cobijo hecho con cartones; supuestos todos ellos de posible juego en el ámbito penal, pero hartamente improbables en el campo de las relaciones jurídico-administrativas, como la propia realidad demuestra. Como ya hemos indicado, la realidad de lo que acontece en la esfera de estas relaciones no exige ese esfuerzo en el que tanta tinta se ha vertido. El esfuerzo debe polarizarse en lo que verdaderamente plantea problemas en este ámbito: si la Administración puede o no acceder, sin intervención del Juez, a edificios, lugares, fincas, construcciones, etc., que no constituyen domicilio propiamente dicho, esto es, en ningún sentido, ni en sentido estricto (morada), ni en amplio o constitucional. Esos espacios a los que acabamos de hacer mención sí son objeto del “giro o tráfico” administrativo en cuanto relacionados con los sectores de la actividad de la Administración (urbanismo, policía demanial, potestad tributaria, etc.) que ésta tiene confiados por la ley. Y éstos son los que demandan especial atención.

Pues bien, volviendo a lo anteriormente apuntado, quede debidamente claro que el grueso de los supuestos de “entrada administrativa” lo absorbe la vivienda del administrado, bien por encontrarse en estado ruinoso, o para desalojar a sus ocupantes por carencia o pérdida del título habilitante, para demoler obras o edificaciones realizadas sin licencia, para la ejecución de Planes urbanísticos y Proyectos de reparcelación, por causa de expropiación forzosa, para realizar obras por ejecución subsidiaria, para proceder al embargo de bienes, para retirar basuras e inmundicias, para rescatar a menores en situación de desamparo, ..., supuestos todos ellos que, obviamente, no plantean problema alguno sobre la delimitación del concepto de domicilio, contrariamente a lo que sucede en el ámbito penal con toda su variopinta casuística.

Junto a la vivienda no faltan aquí tampoco otros supuestos o lugares que pueden *prima facie* plantear la duda de si constituyen o no “domicilio constitucional” (entrada administrativa en locales de negocio, talleres, emisoras, bares, ...), casos estos que han de resolverse aplicando el criterio acuñado por la jurisprudencia constitucional, en el que más adelante nos detendremos, para delimitar cuándo un espacio tiene la consideración de domicilio a efecto de la

protección que brinda el artículo 18.2 de la CE. Se trata, pues, de una cuestión meramente interpretativa sobre si un determinado supuesto entra o no en el círculo del domicilio.

Lo que verdaderamente constituye un *novum* a examinar con gran atención no es el domicilio en sentido estricto ni los sitios asimilados a él, sino un tercer bloque de sitios o lugares que, de entrada, no pueden ser calificados de manera alguna como domicilio (salvo que eventualmente y en algún caso en concreto se desarrolle de hecho en ellos alguna forma de vida privada). Son los supuestos de entrada en obras e instalaciones, en fincas rústicas, en naves industriales, en casetas o cuartos de máquinas, cuadras, canteras, ...), es decir, lugares susceptibles de requerir la entrada de funcionarios o agentes administrativos para realizar actos de inspección o de ejecución forzosa. Ese tercer bloque es el que aquí nos interesa, por cuanto es el que dará la medida de cuál sea la interpretación y el uso que los aplicadores jurídicos le estén dando a la fórmula “edificios y otros lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular” del artículo 91.2 de la LOPJ, que es el objeto principal de estas reflexiones.

b) Otro rasgo caracterizador que puede inducirse del conjunto de Sentencias examinadas es el hecho de que normalmente el recurso contencioso se plantea contra entradas administrativas que fueron autorizadas previamente por el juez de lo contencioso, siendo por consiguiente muy escasos los recursos cuyo objeto consiste precisamente en denunciar la ausencia de autorización. Así, las decisiones judiciales manejadas aquí son en su mayoría resolutorias de recursos planteados precisamente en asuntos donde los jueces otorgaron autorizaciones de entrada, siendo impugnadas por los recurrentes, bien porque no consideraban necesaria dicha entrada, o bien por defectos formales o por considerar que concedían a la Administración cobertura excesiva.

c) La anterior apreciación conduce derechamente a otras conclusiones que cabe sentar con bastante seguridad, sin mucho temor a equivocarse. La primera es que parece que las Administraciones se hubieran habituado a solicitar la autorización judicial para la entrada, abstracción hecha del tipo de sitio o lugar al que pretendan acceder, abdicando por tanto de defender una suerte de fuero propio, inherente al principio de autotutela, que les permitiera prescindir de la intervención del juez cuando se trate de entrar en lugares que nada tengan que ver con el domicilio constitucionalmente protegido. La segunda afirmación que puede hacerse, concatenada a la anterior, es que los jueces suelen otorgar las autorizaciones de entrada, siendo raros los Autos que las deniegan, como se desprende fácilmente del panorama ofrecido por las resoluciones judiciales examinadas. Ambos fenómenos –solicitudes administrativas sistemáticas y autorizaciones judiciales positivas como regla– generan un inequívoco *fumus* de que la institución se ha acabado impregnando de automatismo con la consiguiente merma de garantías que ello conlleva. Es posible presumir que las Administraciones no tienen reparos en solicitar autorizaciones, cualquiera que sea el lugar o la función a realizar, desde la cierta convicción de que no será difícil obtenerlas. Y también cabe pensar que esos Autos favorables a las entradas administrativas vengán en buena medida propiciados por la pericia adquirida por los órganos administrativos en la preparación de solicitudes exitosas al respecto, máxime habida cuenta de que en la inmensa mayoría de los casos los jueces dictan estos Autos *inaudita parte*<sup>22</sup>, lo cual les priva de elementos de juicio que puedan aportar los administrados y demás

(22) Sin que podamos entrar a fondo en esta cuestión, baste decir que la falta de esa audiencia al interesado no está justificada en la mayoría de los casos. Si puede estarlo normalmente en el ámbito penal ya que por la propia naturaleza

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

datos nuevos –por ejemplo, una medida cautelar de supresión solicitada pendiente de resolución–, que en muchos casos pudieran hacer desaconsejable e incluso ilegítima la entrada en el domicilio pretendida.

Por otra parte, es del todo frecuente que los Autos en cuestión se basen en fundamentos rutinarios de carácter formal que dan pie a soluciones tan socorridas como superficiales. Es cierto que el juez que ha de autorizar la entrada en domicilios no puede enjuiciar cuestiones que corresponden a los órganos judiciales competentes para resolver el asunto principal, pero de ahí a que su papel quede reducido a verificar si el órgano administrativo que solicita la entrada es el competente o si se ha seguido o no un procedimiento, va un abismo. La garantía de la inviolabilidad del domicilio sólo puede quedar satisfecha cuando el juez que ha de autorizar la entrada, sin invadir competencia judicial alguna, y sin prejuzgar sobre la suerte final del pleito, fiscaliza los referidos elementos formales y además realiza una indagación, siquiera sea mínima o *prima facie*, sobre el fondo que le permita dictaminar no solamente sobre si la entrada es *necesaria* o no para ejecutar el acto, sino además si es *legítima*. De no proceder así, la garantía de la inviolabilidad del domicilio quedará vacía de contenido pues el control se quedaría en la corteza del asunto, prendido en las apariencias procedimentales.

d) Las sentencias examinadas son clasificables en dos grupos básicos, las que entienden que el artículo 87.2 sólo se refiere a una garantía y las que consideran que son dos los ámbitos protegidos (el domicilio y otros bienes patrimoniales distintos). A continuación nos referimos a ellas y también a un tercer grupo de sentencias que no toman partido, es decir, “acríticas”. Pues bien, la contemplación de ese panorama divergente permite concluir que las posturas más definidas de uno y otro signo presentan una cierta focalización territorial, de tal manera que no puede decirse que la confrontación sea universal, sino que son Salas concretas e incluso ponentes determinados los que mantienen reiteradamente su línea respectiva propia y, por tanto, los que marcan los puntos extremos de la divergencia.

### A) Sentencias que se ciñen a la protección del domicilio

La Sentencia de 11 febrero 1999 del TSJ de Madrid<sup>23</sup> resuelve sobre la demolición por agentes municipales de un vallado circundante a una casa familiar dentro del cual se encontraban “instalaciones privadas de recreo, tales como pista de tenis o un jardín con cenador” que deben considerarse, según admite la propia Sentencia, como prolongación de la propia casa. No obstante, la Sala toma en cuenta el dato de que el vallado, por sus características, tenía por finalidad demarcar la propiedad más que defender la intimidad; y así, dice:

“no consta que el vallado tuviera por función (dadas sus características y lo fácil de su demolición, desmontaje o ulterior instalación) la de proteger la libertad íntima que al domicilio corresponde, sino la de afirmar la propiedad de los terrenos incluidos en su perí-

de las cosas la previa audiencia en este ámbito es incompatible con la eficacia que debe alcanzar una entrada y registro domiciliario; pero claro es que esta buena razón no es extrapolable al campo de la ejecución de los actos administrativos donde casi siempre cabrá oír a la parte sin merma de esa eficacia. No es razonable que al interesado se le hurte la posibilidad de ser oído mientras que la Administración suele disfrutar de plazos dilatados concedidos por el juez para que irrumpa en el domicilio a su comodidad.

(23) Núm. 187/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Ponente, Méndez Canseco, Ar. 2364/1999.

metro, es por lo que ha de llegarse a la conclusión de que la actuación ejecutiva municipal no vulneró la citada norma constitucional”.

Es cierto que la Sentencia se mueve dentro del concepto de domicilio –no del de “otros lugares” distintos– y se enfrenta a un problema, ciertamente límite, relativo a la extensión física de aquél. Pero se comparta o no su solución<sup>24</sup> lo verdaderamente relevante para nuestro orden de reflexiones es que el juzgador no concibe que la Administración pueda necesitar una autorización judicial para penetrar en la mera propiedad privada. E igualmente hay que destacar que en ningún momento la Sentencia trae a colación el artículo 91.2 de la LOPJ ni, por tanto, su fórmula “otros edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de su titular” para proteger al interesado de aquella irrupción administrativa que aunque no calificada como domiciliaria sí suponía la entrada en un lugar cerrado. En suma, la tesis que se desprende de la Sentencia es muy clara: la autorización judicial sirve para proteger la inviolabilidad del domicilio ex artículo 18.2 de la CE –con toda su carga de dificultad en cuanto a la extensión material que pueda darse a éste, como ocurrió en el caso examinado– pero en modo alguno está llamada a mediatizar la entrada de la Administración en otros lugares.

Tanta o mayor significación que la anterior tiene la STSJ de Andalucía de 2 de diciembre 2000<sup>25</sup>, plausible de todo punto, ya que, aun encontrándose ante los hechos consumados de que la Administración había solicitado la entrada y el juez la había concedido, la Sala se vuelve contra esta situación<sup>26</sup> y advierte que “el desalojo ordenado por el Ayuntamiento se refiere a un local que no constituye el domicilio del apelante, ni por tanto se encuentran afectados los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar ni la correlativa inviolabilidad del domicilio”, sin que por otra parte aparezca en el cuerpo de la Sentencia mención alguna al artículo 91.2 de la LOPJ como supuesta norma protectora de la entrada administrativa en espacios distintos al domicilio.

Tampoco hacen la menor alusión al citado precepto, circunscribiéndose al domicilio protegido por el artículo 18.2 de la CE, Sentencias tales como la de 27 de febrero de 2002, TSJ de Andalucía<sup>27</sup> (“el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales en obligaciones relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros”); 29 de diciembre de 2003, TSJ de Andalucía<sup>28</sup> que habla, dentro del contexto del artículo 18.2

(24) Resulta llamativa la diferencia de las soluciones de esta Sentencia y la ofrecida por la de 10 de noviembre de 2001 del TSJ de Cataluña (Ar. 108176/2002), ésta relativa a la irrupción de maquinaria en jardín circundante al domicilio familiar arrasando la valla que lo protegía, valla que se asentaba –y presumiblemente también el jardín– sobre terrenos de dominio público, no obstante lo cual la Sentencia declara que ello supuso la “inmisión en aquel ámbito de propiedad, en aquel espacio en que se desenvolvía también la vida privada de la dicha señora y de su familia, y que en cuanto destinado al esparcimiento doméstico, es vicario del hogar y ha de quedar protegido de intromisiones ajenas y amparado por el artículo 18.2 de la Constitución”.

(25) Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla. Ponente, Herrero Casanova. Ar. 93510/2001.

(26) La Sentencia es en este sentido la antítesis de ese numeroso grupo de resoluciones judiciales que hemos rotulado más arriba como acriticas. Se comparta o no su decisión hay que aplaudir en todo caso la actitud crítica del juzgador por lo que supone de contribución al perfilamiento de la institución.

(27) Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga. Ponente, Cardenal Gómez, Ar. 436/2003.

(28) Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga. Ponente, Cardenal Gómez, Ar. 68462/2004.

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

de la CE, del “domicilio o lugares asimilados a él”, lo que parece estar definiendo con dicha fórmula la idea del “domicilio constitucional” con la amplitud que le es propia; Sentencia de 28 de enero de 2005, TSJ de Castilla y León<sup>29</sup>, respecto de la entrada administrativa en inmueble para desinstalar una estación de telefonía móvil ubicada en la cubierta del edificio; 4 de febrero de 2005, TSJ de Madrid<sup>30</sup>, expresiva de que el artículo 8.5 de la LJCA “se refiere a las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, mas dicha titularidad no es la del derecho de propiedad sino la titularidad del derecho a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio” (FJ 4º). Puede cerrar este muestrario de sentencias que manejan sólo el concepto de domicilio constitucional en orden a la exigencia de la autorización judicial la de 15 de febrero de 2005, TSJ de Asturias<sup>31</sup>.

### B) Sentencias que extienden la intervención del Juez a lugares distintos del domicilio

Las resoluciones judiciales que siguen ofrecen razonamientos y soluciones diametralmente opuestas a las anteriores lo que prueba la enorme inseguridad en la que se mueve la cuestión que nos ocupa.

Así, la Sentencia de 18 de enero de 2000 del TSJ de Extremadura<sup>32</sup> da por buena, acriticamente, la solicitud de entrada en domicilio y otorgada por el juez, para el acceso a una finca rústica cuyo propietario había rodeado con una valla metálica, cerrando con ella el paso a un camino de uso público. Más representativa aun de la línea que ahora estamos exponiendo es la Sentencia de 21 de enero de 2000, TSJ del País Vasco<sup>33</sup>, que, en relación con la entrada administrativa en unos locales destinados a guarda y alquiler de ganado, reconoce paladinamente, de entrada, que no constituyen domicilio y, por tanto, que se encuentran en el ámbito de protección del artículo 18.2 de la CE, a lo que añade:

“Ahora bien, aun no siendo domicilio en dicho sentido no por ello queda siempre descartada la necesidad de autorización judicial en tanto sean tales espacios no obstante lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular (...). Ya hemos visto que tanto el artículo 87.2 de la LOPJ como la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa amplían este ámbito a los restantes edificios y lugares de acceso dependiente del titular.”

La tesis en cuestión no podría quedar expuesta de manera más resuelta. Para la Sentencia no hay uno, sino dos ámbitos distintos sujetos a la autorización judicial de entrada: el domicilio, con toda su amplia extensión inherente a su concepto constitucional y los otros “edificios o lugares”, lógicamente vinculados al derecho de propiedad, derecho que se erige así en el fundamento de su protección.

(29) Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos, Ponente, Revilla Revilla, Ar. 63014/2005.

(30) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ponente, López de Hontanar Sánchez, Ar. 85769/2005.

(31) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente, Salto Villén, Ar. 230520/2005.

(32) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 69/2000.

(33) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ar. 95/2000.

Análoga posición presenta la Sentencia de 4 de julio de 2001, TSJ de Cantabria<sup>34</sup>, referida a la entrada administrativa en una parcela que había sido cerrada ilegalmente por su propietario. Especialmente incisiva es la de 20 de julio de 2001, TSJ del País Vasco<sup>35</sup>, referida a la entrada en una finca rústica para proceder al arranque de árbol plantado sin autorización, para lo cual el Ayuntamiento no se había provisto de autorización judicial por no considerarla necesaria, lo que la Sala rebate con toda contundencia proclamando que “no sólo se requiere la autorización judicial para entrar en el domicilio de los interesados sino que, además, es necesaria legalmente para entrar en lugares cuyo acceso esté condicionado al consentimiento de su titular” (FJ 2º) ya que “el artículo 87.2 de la LOPJ amplió el ámbito de garantías de los ciudadanos frente al privilegio de ejecutoriedad de la Administración más allá de lo inicialmente previsto por la Constitución, al requerir autorización también, para la entrada en otros lugares que, aun no siendo su domicilio, el acceso a los mismos quede legalmente condicionado al consentimiento de su titular”.

En fin, sin necesidad de mayor glosa, también se alinean en esta tesis las Sentencias de 18 de marzo de 2004, TSJ de Madrid<sup>36</sup> referida a la entrada para demoler un muro construido ilegalmente en una finca, entrada sin autorización judicial que la Sentencia condena por tratarse de un “lugar cerrado”; de 24 de noviembre de 2004, TSJ de la Comunidad Valenciana<sup>37</sup>, en la que se dice que el artículo 87.2 de la LOPJ pone en manos del juez “la tutela del derecho a la intimidad o la propiedad”; de 3 de diciembre de 2004, TSJ del País Vasco<sup>38</sup>, relativa a la entrada en un pabellón que constituía según la sentencia “un lugar cerrado sin acceso al público” —nada se dice si en él se desarrollaba alguna forma de vida privada—; de 17 de febrero de 2005, TSJ de Cataluña<sup>39</sup> y otras del mismo corte argumental<sup>40</sup>.

### C) Las resoluciones judiciales “acríticas”

Por último, es obligado dejar constancia de las sentencias encuadrables en un grupo común por razón de que pasan acríticamente sobre el tema aun encontrándose a veces con supuestos muy llamativos que reclamaban a voces un pronunciamiento acerca de la necesidad o no de autorización judicial para el acceso de los agentes administrativos. Se trata de sentencias que

(34) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ar. 277674/2001.

(35) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ar. 310055/2001.

(36) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ar. 248863/2004.

(37) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ar. 39822/2005. En el mismo sentido, de la misma Sala y Ponente, la Sentencia de 30 de noviembre de 2004, Ar. 39496/2005, ésta relativa a la entrada en una alquería y naves anexas.

(38) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ar. 128/2005.

(39) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ar. 173903/2005.

(40) SS de 17 de febrero de 2005 (dos); 10 de marzo y 29 de julio de 2005, todas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, Sección 2ª (Ar. 17903, 17910/2005); y 234128 y 88945/2006 de 20 de diciembre de 2005, TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Ar. 106549; 10 de noviembre de 2005, TSJ del País Vasco, Sección 2ª, muy contundente al utilizar la misma argumentación de la Sentencia de la misma Sala de 20 de julio de 2001 (Sección 1ª) que ya hemos comentado en el texto. STSJ de la misma Comunidad Autónoma, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ar. 86410/2007.

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

no aportan doctrina alguna por lo que no es preciso dar cumplida cuenta de las mismas. Ahora bien, tales resoluciones no pueden ser calificadas como neutras o inocuas para el problema que nos ocupa, pues indirectamente contribuyen, dado su mutismo sobre el particular, a fomentar la convicción de que la autorización judicial para el acceso a cualquier lugar cerrado es preceptiva en todo caso, dado que, como hemos apuntado al principio, los asuntos de los que dichas sentencias conocen ofrecen de ordinario la particularidad de que la entrada administrativa contaba con la cobertura de una autorización concedida por el juez competente para acceder a los lugares más diversos.

Así, unas veces porque no era estrictamente necesario para la resolución del caso y otras por inhibición pura y simple quedan sin su debida fundamentación jurídica supuestos de entradas administrativas tales como el acceso al lugar donde se hallaban ubicados equipos radioeléctricos de una estación clandestina de televisión, o acceder a unos locales donde se hallaban vehículos automóviles para su traslado forzoso por razón de embargo, o a una cantera para su clausura, o a una nave industrial para su demolición, o entrada en una parcela para el precintado y clausura de un pozo, o a un local destinado a taller de tapicería por haber sido expropiado, o para clausurar un bar-restaurant, o acceso a una finca rústica en la que estaba sita una torreta o antena emisora de televisión o simple entrada en finca rústica para su ocupación por haber sido expropiada. Otras sentencias tampoco reflexionan sobre si en verdad era necesaria la autorización del Juzgado para que la Confederación Hidrográfica accediera a unas casetas donde se hallaban las instalaciones de extracción de aguas subterráneas, limitándose la Sala a señalar la procedencia de dicha autorización para entrar en tales “casetas cerradas”; o para la entrada en establecimiento ganadero para proceder a la ejecución subsidiaria de traslado de animales y bienes perecederos; para entrada en recinto cerrado de finca y en naves por expropiación para línea ferroviaria; o para desmontar una antena de telefonía móvil colocada sobre el forjado-cubierta del inmueble, etc.<sup>41</sup>.

### IV. EL ARTÍCULO 87.2 DE LA LOPJ. NECESIDAD DE RECONSTRUIR LOS ORÍGENES DEL PRECEPTO Y SU SENTIDO

#### A) El derecho a la inviolabilidad del domicilio. Las bases establecidas por el Tribunal Constitucional

##### 1. Los pronunciamientos iniciales sobre el artículo 18.2 de la CE

Es indudable que hay que situar como jurisprudencia constitucional de cabecera sus dos primeras sentencias sobre el tema que, por añadidura, son las que abordan por primera vez los aspectos fundamentales de la garantía del artículo 18.2 de la CE. Sobre ellas se han escrito muchos comentarios doctrinales y las sentencias de todos los órdenes judiciales las han glosado y las

(41) Se refieren a los casos mencionados las Sentencias de los TTSSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 1999, Ar. 3052; 3 de octubre de 2000, Ar. 1519; 16 de septiembre de 2002, Ar. 281369; 28 de abril de 2003, Ar. 160075; 7 de julio de 2003, Ar. 955 (Sala de Granada); 17 de febrero de 2000, Ar. 763 (Sala de Málaga); 9 de enero de 2003, Ar. 127620 (Sala de Sevilla). Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2000, Ar. 2195 y 17 de enero de 2005, Ar. 37972. Castilla y León de 18 de febrero de 2000, Ar. 251; 19 de febrero de 2001 (Valladolid); 30 de septiembre de 2005, Ar. 231477 (Burgos). Cataluña de 6 de julio de 2001, Ar. 276007. Madrid de 13 de octubre de 2000, Ar. 2507 y 18 de enero de 2001, Ar. 114733. Comunidad Valenciana de 15 de junio de 2005, Ar. 211599 y 5 de diciembre de 2005, Ar. 106862.

siguen invocando como punto de partida obligado de cualquier problema relativo a la inviolabilidad del domicilio. Tan conocidas son estas dos sentencias y tan difundidos han sido los conflictos que dieron pie a su aparición que nos limitaremos aquí a recordar exclusivamente sus pronunciamientos esenciales en lo que concierne al concreto tema que nos ocupa.

– La STC 22/1984, de 17 de febrero<sup>42</sup>.

Es ciertamente la primera que dicta el TC sobre el alcance del artículo 18.2 de la CE, pero además es la única que surge en el período que va desde la aparición de la Constitución y la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Quiere decir esto que la interpretación que hace del artículo 18.2 es muy directa, es decir, no influenciada por la “cultura jurídica” que hubiera podido derivar de leyes ordinarias concomitantes que a la sazón ni siquiera existían. Mejor dicho, sí existía la normativa preconstitucional (penal, procesal, civil, fiscal, administrativa, ...) relativa al domicilio o su inviolabilidad pero, lógicamente, no imbuida ni por asomo de la extensión ni el sentido del “domicilio constitucional” ínsito en el artículo 18.2 de la CE y desvelado por la STC 22/1984.

Dos son los puntos abordados por dicha sentencia: la *extensión* del concepto de domicilio y el *fundamento* del derecho a su inviolabilidad, dos aspectos aparentemente distintos pero estrecha e inseparablemente vinculados dada la inexorable interdependencia que guardan entre sí.

Así, en cuanto a su *extensión*:

“la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (artículo 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (artículo 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo” (FJ 2º).

Y en cuanto a su *fundamento*, la Sentencia añade:

“la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es

(42) Sala Segunda Recurso de amparo núm. 59/1983. Ponente: Díez Picazo y Ponce de León.

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (FJ 5°).

– La STC 137/1985, de 17 de octubre.

También esta sentencia es primera en su género en cuanto proclama que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es igualmente predicable de las personas jurídicas, cuestión esta que no solamente no se abordaba en la 22/1984 antes comentada sino que ésta había dado pábulo a la duda –más o menos justificada–, dada la ligazón que la sentencia establece entre el apartado 2 del artículo 18 alusivo a la inviolabilidad del domicilio y el apartado 1 del mismo artículo donde se contempla el derecho a la intimidad. Tan es así que la Sentencia que ahora comentamos reconoce que un Auto del propio TC de 17 de abril de 1985 había declarado unos meses antes que el derecho a la intimidad no era aplicable a las personas jurídicas<sup>43</sup>, pero la Sala considera que tal pronunciamiento, emitido por el Tribunal en otro contexto, no es extensible a la garantía de la inviolabilidad domiciliaria. Así, sorteado ese presunto obstáculo, la Sentencia 137/1985<sup>44</sup> declara que

“nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la misma CE, sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas”.

concluyendo el razonamiento así:

“En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo.”

Hay que notar que la sentencia es de fecha algo posterior a la promulgación de la LOPJ de 1985 y que en ninguna parte hace alusión al artículo 87.2 de esta Ley aunque bien es cierto que la propia índole del problema hacía absolutamente prescindible la mención de dicho precepto.

Un paso más en la delimitación de esta cuestión fue dado por la STC 69/1999<sup>45</sup> que, si bien reconoce la garantía para las personas jurídicas, la modula, pues comienza por realizar la robustez del principio en lo que se refiere al núcleo esencial, esto es, el domicilio en cuanto

(43) Recurso de amparo núm. 139/1985: “el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la CE, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada”.

(44) Recurso de amparo 858/1986, Sala Primera. Ponente: Rubio Llorente. Ar. 144/1987.

(45) Recurso de amparo. Ponente: González Campos. Ar. 69/1999

morada de las personas físicas y reducto último de la intimidad personal y familiar, para luego rebajarlo respecto a otros ámbitos que gozan de una “intensidad menor de protección” como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar el elemento intimidad, razón por lo que la protección en estos casos

“Sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados del conocimiento de terceros”<sup>46</sup>.

De lo anterior puede concluirse que tratándose de personas físicas la garantía domiciliaria opera plenamente porque todo el espacio físico ocupado queda impregnado del fumus de la privacidad o la intimidad (salvo que se trate, por ejemplo, de un local comercial), lo que no ocurre en los ámbitos o recintos de las personas jurídicas en los que los espacios exentos de intromisiones son relativamente más reducidos. Por tanto, no cabe hablar, como hace la Sentencia citada, de una “intensidad menor de protección” –pues el nivel de protección es el mismo que si se tratase de una vivienda– sino que espacialmente es más reducido<sup>47</sup>.

## 2. El fundamento de la inviolabilidad del domicilio

Dejar debidamente sentado cuál sea el fundamento de la garantía contenida en el artículo 18.2 de la CE es algo crucial para fijar el “bien jurídico” que tal precepto protege y sobre todo sus confines. En efecto, despejado que sea el valor o principio (elemento inmaterial de la garantía) que el domicilio como soporte físico está llamado a servir o proteger, será fácil identificar qué edificios, sitios o lugares son aptos o no para cumplir esa función. En suma, estamos ante el presupuesto de toda la figura y por ello no es extraño que la doctrina le haya prestado debida atención.

De entrada hay que decir que actualmente no es una cuestión muy controvertida<sup>48</sup>, pues aunque históricamente han sido varios los fundamentos esgrimidos para explicar el derecho a la inviolabilidad del domicilio (la integridad y subsistencia de la persona individual, la dignidad de las personas, la seguridad personal, la autonomía física,...)<sup>49</sup>, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que el fundamento no es otro que la vida privada de la persona<sup>50</sup> como así fue

(46) Una crítica a esta sentencia en FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “El derecho a la inviolabilidad...”, cit., págs. 232 y ss. Vid. comentario a la misma de GÓMEZ AMIGO, L.: “Derecho a la inviolabilidad...”, ob. cit.

(47) Vid. lo que diremos más adelante sobre el particular.

(48) Contraria es la opinión de GÓMEZ OREA, M.: “El derecho a las personas jurídicas...”, cit., pág. 1389.

(49) Vid. una exposición al respecto en ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1644.

(50) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva...”, cit., pág. 370. ARAGÓN REYES, Manuel: “La inviolabilidad del domicilio (Comentario...)”, cit., pág. 350. ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1644. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., págs. 43 y ss. GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro: *La inviolabilidad del domicilio*, cit., pág. 129. ROJÍ BUQUERAS, José María: “El derecho a la inviolabilidad...”, cit., págs. 610 a 611.

proclamado por la STC 22/1984, de 17 de febrero y otras subsiguientes. Es cierto que estas sentencias aluden también a la intimididad y que algún autor, señaladamente MATIA PORTILLA, ha realzado este punto de vista<sup>51</sup>, pero es más certera la tesis de que la intimididad es un círculo inscrito en el círculo mayor de la privacidad<sup>52</sup>. Y se ha precisado con todo acierto que el concepto de privacidad no se agota en la inviolabilidad del domicilio ya que también se nutre de otros derechos fundamentales como la intimididad, el secreto de las comunicaciones, el libre desarrollo de la personalidad, etc.<sup>53</sup>.

Lo que aquí interesa destacar especialmente es que la garantía de la inviolabilidad del domicilio no está al servicio de la defensa de la propiedad. No lo está en el Derecho comparado actual como afirma ESPÍN TEMPLADO<sup>54</sup> ni en el Derecho histórico y el constitucionalismo<sup>55</sup>. En fin, el objeto de la inviolabilidad del domicilio no es ya el derecho de propiedad y ni siquiera el espacio físico de que se trate sino, como dijo el Tribunal Constitucional, “lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella” (STC 22/1984, FJ 5º).

### 3. El criterium determinativo del “domicilio constitucional”

La fijación del concepto de domicilio no es cosa fácil, dados los diversos criterios que pueden utilizarse para definirlo (intereses y actividades de la persona, lugar de residencia, elección del individuo), sus distintas clases (real, legal, electivo), diferentes criterios legales (civil, penal, administrativo, fiscal, procesal, etc.)<sup>56</sup>. A los efectos de este estudio cabe sentar de entrada la conclusión, avalada por la doctrina y la jurisprudencia de modo prácticamente unánime, de que el domicilio constitucional es un concepto más amplio que el contemplado en los artículos 40 y 41 del Código Civil, afirmación que también es válida respecto al domicilio penal, aunque no tan rotunda tanto porque no existe en el Código Penal una definición del domicilio como porque el concepto de *morada* es el que más puede aproximarse al de domicilio constitucional<sup>57</sup>. Pero es apreciable la diferencia: el domicilio penal es el lugar de la *residencia habitual*, como establecimiento permanente y estable de las personas, y el domicilio constitucional es aquel en que la persona desarrolla vida privada, con independencia de su carácter permanente, habitual o estable<sup>58</sup>, de lo que se concluye que este último tiene mayor amplitud<sup>59</sup>.

(51) MATIA PORTILLA, Francisco Javier: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997. Es fácil realizar la conexión entre la inviolabilidad del domicilio y la intimididad, dado que ésta se desenvuelve mayormente en el domicilio y además porque los dos derechos fundamentales están contenidos en el artículo 18, apartados 1 y 2, de la CE.

(52) Así lo expone al detalle ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 43.

(53) Vid. ARAGÓN REYES, Manuel: “La inviolabilidad del domicilio (Comentario...)”, cit., pág. 350.

(54) ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 46.

(55) ARIAS EIBE ha señalado que las nociones de domicilio en el Derecho medieval estaban íntimamente unidas a la noción de propiedad, de manera que se protegía la intimidad de las personas en relación con la propiedad de su domicilio (ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1646). El autor aporta algunas sentencias del Tribunal Supremo singularmente expresivas de que no es el derecho de propiedad lo que garantiza el artículo 18.2 de la CE: SSTS de 7 de diciembre de 1982, 27 de septiembre de 1992 y de 14 de junio y 22 de noviembre de 1994 (ob. cit., pág. 1662).

(56) Vid. ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: “El domicilio”, *Anuario de derecho civil*, vol. 25, núm. 2, 1972, págs. 549 y ss. ARIAS EIBE, Manuel José: “La inviolabilidad del domicilio”, cit., págs. 1643 y ss.

(57) ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 48.

(58) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva constitucional...”, cit., pág. 373.

(59) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: “Perspectiva constitucional...”, cit., pág. 371, matiza con ESPÍN TEMPLADO en el sentido de que en algunos casos el concepto penal es más amplio y en otros lo es el constitucional. ARIAS EIBE, Manuel José: “La

Ahora bien, lo anterior no supone que desde el punto de vista constitucional carezca de relevancia alguna la idea de “morada” e incluso el domicilio del Código Civil, si se tiene en cuenta que el domicilio constitucional no es una noción que surja de la nada, sino que se construye a partir de una idea de referencia, el domicilio convencional o tradicional –con toda su vaguedad–, aunque sólo sea para tomar en cuenta dicha idea y apartarse de ella para formular un concepto distinto y nuevo, más amplio y ya perfectamente definido. Desde esta consideración bien puede entenderse que el TC haya utilizado la idea de domicilio en el sentido básico o primario del término, para adicionar a ese núcleo conceptual los restantes sitios o lugares capaces de albergar la privacidad y que son los que amplían y redondean el concepto de domicilio en su acepción constitucional.

Este concepto de domicilio no está explicitado en la Constitución. Lo que la jurisprudencia constitucional ha realizado respecto a esta garantía es el valor de la privacidad, de lo que resulta que un elemento imprescindible para que pueda hablarse de domicilio es que en él se desarrolle vida privada. El segundo elemento que ha de concurrir con el anterior es que se trate de un lugar cerrado, o al menos que su titular tenga un perfecto control sobre su acceso, ya que si no es así se habría esfumado el elemento de privacidad. Por tanto, no cabe considerar como domicilio cualquier espacio que se encuentre abierto, y a la inversa: no existe domicilio por el solo hecho de que el espacio esté cerrado, pues es condición *sine qua non* que se encuentre afectado al desenvolvimiento de la vida privada. Ésta es la razón por la que no debe extenderse la garantía de la inviolabilidad domiciliaria a lugares tales como un almacén de mercancías, un cuarto de máquinas o una casa en construcción, lo que no quita para que los ataques ilegítimos a tales propiedades, como a cualesquiera otras, se encuentren cerradas o no, sean constitutivos de infracciones penales. Sintetizando pronunciamientos anteriores del propio Tribunal, la Sentencia constitucional 189/2004, de 2 de noviembre, recuerda que

“el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 de la CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa, en primer término que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos (...)”

Por tanto,

“la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros”.

Sentado lo anterior hay que precisar que, efectivamente, como tiene dicho la jurisprudencia constitucional, las personas tienen derecho a erigir ámbitos excluidos de las intromisiones de

inviolabilidad del domicilio...”, cit., pág. 1649. Sobre la distinción entre el concepto de morada y el de casa habitada, id., pág. 1657; SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén: “El delito contra la inviolabilidad del domicilio: rasgos característicos de su evolución histórica”, *Studia carande: Revista de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 4, 1, 1999, págs. 324 y ss.; SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La entrada y registro en domicilio de particulares: análisis doctrinal y jurisprudencial”, *Doctrina y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, Miguel Zugaldia Espinar, (dir.) pág. 1439.

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

terceros<sup>60</sup> y que estos ámbitos puedan ser de muy distinto tipo, no necesariamente la vivienda característica. Ahora bien, esta elección no es suficiente para cubrir el sitio o lugar de que se trate con la garantía especial del artículo 18.2 de la CE si ello no va acompañado de la real afectación del lugar a los usos y actividades que son propios de la vida íntima y privada de las personas.

Sintetizando lo expuesto, cabe concluir distinguiendo las distintas situaciones a modo de tres círculos concéntricos. En el más interno se hallaría el domicilio constitucional –no obstante, más amplio que cualquier otro “domicilio” tradicional– caracterizado por tratarse de un lugar cerrado, afecto a la vida privada y que comporta un *ius excludendi alios*, incluida la Administración Pública. El círculo intermedio comprendería todo lugar cerrado, ostentando su titular un derecho de exclusión de terceros; y el problema consiste en si este derecho es oponible o no frente a la Administración, que es la cuestión que aquí estamos analizando. Por último, el círculo exterior abarcaría todo sitio no cerrado, local abierto o de libre acceso al público, que obviamente se encuentra protegido, como derecho de propiedad, por la ley civil o penal pero al que puede acceder libremente la Administración, pues lo contrario haría a ésta de peor condición que a cualquier particular.

Una vez fijados los elementos integradores del concepto de domicilio constitucional y siendo aquéllos tan simples y claros, la calificación o no de cada caso concreto como domicilio carece de dificultad teórica alguna aunque en el terreno de la práctica se puedan plantear a veces supuestos relativamente difíciles, como suele suceder con la aplicación de cualquier regla jurídica. Pero lo importante es que la regla existe y está bien definida, razón por la que el concepto de domicilio constitucional no se descubre a través de la casuística sino que se encuentra claramente preestablecido en términos abstractos. Por ello, sólo a título de ejemplo hacemos referencia a algunas muestras de lo que constituye o no domicilio:

### a) Edificios o lugares que se encuadran en el concepto de domicilio constitucional

Aunque todos los supuestos a que aludiremos seguidamente tienen el mismo denominador, constituir domicilio, cabe no obstante distinguir dos tipos: de una parte, la vivienda convencional como referencia básica radicada en el núcleo del concepto de domicilio, así como sus extensiones o prolongaciones más o menos aledañas a ella (jardines, garajes, etc.); y de otra parte, los lugares espacios, etc., distintos a los anteriores que hacen las veces de vivienda y quedan igualmente comprendidos en el concepto de domicilio constitucional.

Así, constituyen domicilio las viviendas en sentido estricto, estén o no ocupadas en el momento actual, siempre que se desarrolle en ellas vida personal o familiar, es decir, que resguarden el ámbito de la privacidad<sup>61</sup>. Obviamente éste es el paradigma del domicilio constitucional y su interpretación debe ser siempre extensiva, en el sentido más protector de esos valores. Pero tampoco se trata de un derecho ilimitado pues han de excluirse las viviendas que aún no están ocupadas y que no cumplen, por tanto, el papel señalado<sup>62</sup> ni las que estuviesen

(60) Así lo afirman con toda rotundidad MASSÓ MELGAR, M.: “Nota Jurisdiccional sobre aspectos...”, cit., pág. 151 y SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La entrada y registro en domicilio...”, cit., pág. 438.

(61) STS de 11 de diciembre de 1995 (Ar. 8979).

(62) SSTs de 14 de noviembre de 1993 (Ar. 8575) y de 18 de febrero de 1994 (Ar. 935). STSJ de Cataluña 1339/2004, de 22 de diciembre, relativa a un asalto de “ocupas” que no había llegado a consumarse.

abandonadas<sup>63</sup>. Asimismo, las construcciones o instalaciones análogas tales como *barracas, cabañas, chabolas* o *chozas*, abstracción hecha de si su ocupación es legítima o no. Igualmente, otras dependencias tales como *cuadras, corrales, garajes, trasteros, jardines*, siempre que constituyan una unidad espacial con la propia vivienda, estén aisladas del exterior y no expuestas a la visión plena de personas ajenas<sup>64</sup>; *automóviles* y *roulottes* si constituyen residencia efectiva, no los utilizados sólo como medio de transporte<sup>65</sup>; *segundas viviendas, residencias de verano, de temporada* o *de recreo*, es decir, residencias no habituales, siendo por ende irrelevante el hecho de que el sujeto las ocupe con mayor o menor frecuencia; *despachos profesionales* y *locales particulares*, cuando no se admite libremente el acceso de terceros; *hoteles, pensiones, hostales*<sup>66</sup>; *camarotes de barco*, si habitan personas, etc.

## b) Lugares y espacios no calificables como domicilio

Lógicamente hay que extraer del concepto de domicilio y excluir, por tanto, la protección que sólo para ellos se contiene en el artículo 18.2 de la CE, aquellos supuestos en los que se da una de las circunstancias, o las dos a la vez, de que son lugares abiertos de libre acceso a terceros o donde no se desarrolle vida privada –incluida la de las personas jurídicas– o familiar. Así, los *espacios comunes* de un inmueble formado por pisos, tales como portales, zaguanes, pasillos, ascensores, escaleras, patios, ... Tampoco hacen las veces de domicilio los sitios abiertos al público como *iglesias, dependencias oficiales, estaciones de metro, bancos* situados en parques o calles, aunque un ataque a estos lugares podría suponer un atentado al honor o la intimidad, pero no al domicilio<sup>67</sup>; establecimientos públicos en general<sup>68</sup>; establecimientos privados abiertos al público como *restaurantes, cafeterías, bares, pubs, discotecas, videoclubes*<sup>69</sup>; *despachos, oficinas, locales comerciales, talleres, almacenes*, por cuanto su destino es incompatible con la idea de privacidad, a no ser que hubiese en ellos dependencias que pudieran servir de habitación o morada o constituir

(63) Vid. STS de 30 de diciembre de 1992 (Sala de lo Civil), Ar. 10569. La sentencia niega el carácter de domicilio a un piso abandonado por su propietario en la calle de la Ballesta de Madrid. En el FJ 5º, la sentencia viene a decir que precisamente por ser el concepto de domicilio constitucional más amplio, requiere por ello una cierta delimitación. Y sigue al punto la regla: que se trata de espacio cerrado –condición que en el caso de autos se daba plenamente– y que estuviera destinado al desenvolvimiento de la vida privada, circunstancia que no concurría.

(64) Muy interesante la STS de 15 de marzo de 1990. Ponente: Trillo Torres. Ar. 3522 sobre jardín vallado que se asentaba sobre terrenos de dominio público, no obstante lo cual la sentencia lo protege como domicilio inviolable. Sobre garajes y trasteros, STC de 27 de septiembre de 1999 (Ar. 171), en el mismo sentido que la anteriormente citada y superando doctrina opuesta del TS, por ejemplo en la Sentencia de 14 de noviembre de 1993 (Ar. 8575).

(65) STS de 29 de enero de 2001 (Ar. 380).

(66) La STC de 17 de enero de 2002 (Ar. 10) declaró la inconstitucionalidad del artículo 557 de la LECr que consideraba que las posadas y las fondas no tenían la condición de domicilio protegido penalmente. Recurso en relación con la entrada de la policía en una habitación del Hotel Macarena de Sevilla.

(67) Así, ALONSO DE ANTONIO, A.L.: *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1993, pág. 92.

(68) STS de 20 de noviembre de 1995 (Sala Segunda) Ni siquiera lo constituye el cuarto de aseo “pues en él no se desarrolla la vida privada de las personas” (STS de 16 de enero de 2002). Tampoco es la celda de un preso (STS de 24 de noviembre de 1995).

(69) Ello salvo que en el establecimiento hubiese una zona destinada a la morada del titular del negocio. Hay una nutrida jurisprudencia penal al respecto: SSTS de 10 de febrero de 1994, 20 de noviembre de 1995, 8 de mayo de 1997 (Ar. 4040), 18 de febrero de 1998 (Ar. 1464), 11 de febrero de 2000 (Ar. 743) Sentencia de la AP de Madrid de 1 de junio de 1999, Sala de lo Penal (Ar. 3008).

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

la sede social de la persona jurídica caracterizada como domicilio constitucional<sup>70</sup>, todo ello sin perjuicio del derecho a la intimidad respecto de lo que se contenga en las mesas, armarios y equipos de trabajo del personal<sup>71</sup>; por último, es evidente que hay que excluir de la calificación como domicilio los solares y las fincas rústicas, se encuentren cerradas o abiertas. Distinta cuestión es si encontrándose estos espacios cerrados la Administración tiene el deber de proveerse de la autorización judicial para la ejecución de sus actos, que es la cuestión central del presente trabajo<sup>72</sup>.

En fin, las listas de supuestos que anteceden podrían ser aumentadas e incluso algunas de las referidas se pueden prestar a discusión sobre si podrían ser calificados o no como domicilio. Pero como dijimos más arriba no son más que simples problemas de aplicación a la realidad de un *criterium* bien delimitado, aunque genérico, como es propio de toda regla. Algunos autores han puesto muy de relieve tal casuística y a ellos cabe remitirse<sup>73</sup>.

### B) El proceso de elaboración del artículo 87.2 de la LOPJ

Hay que destacar, en primer lugar, que el Proyecto de Ley aparece unos meses después de la STC 22/1984, de 17 de febrero<sup>74</sup>. El entonces artículo 96.4, segundo párrafo, decía:

“Corresponde también a los Jueces de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración.”

Fueron presentadas algunas enmiendas irrelevantes para lo que aquí nos ocupa<sup>75</sup>. No obstante, sí tuvo interés una enmienda del Grupo Popular que propuso la inclusión de la palabra “anejos” a continuación de la frase “restantes edificios o lugares” con la que presuntamente se trataba de precisar que la protección contemplada por el precepto alcanzaba, además de al domicilio *proprio sensu* a lugares que estuviesen anejos al domicilio y fuesen como prolongaciones de éste, no por consiguiente a cualquier otro edificio o lugar cuyo acceso dependiese del consentimiento del titular<sup>76</sup>. En suma, la enmienda postula un concepto amplio de domicilio

(70) SSTs de 9 de junio y 17 de septiembre de 1993, 21 de junio de 1994 (Ar. 85), 16 de diciembre de 1997 (Ar. 228), 23 de enero de 1998 (Ar. 51), 23 de julio de 1999 (Ar. 6652).

(71) Así lo afirma ESPÍN TEMPLADO, E.: “Fundamento y alcance...”, cit., pág. 50.

(72) Desde luego, en ningún caso tal autorización sería necesaria si la finca estuviese abierta. Vid. al respecto la Sentencia de la AP de Gerona de 25 de marzo de 1999, Sala de lo Penal, Ar. 1414, sobre la entrada en finca donde únicamente existen las instalaciones deterioradas y en desuso de lo que en su día fue una planta de suministro de cemento, supuesto citado por FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “El derecho a la inviolabilidad...”, cit., pág. 232.

(73) GARCÍA URETA, A.: *El domicilio y su régimen jurídico*, cit., págs. 169 y ss. MAGRO SERVET, Vicente: “Casuística sobre el concepto penal”, cit., pág. 1768. MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: “Delitos contra la ...”, cit., pág. 470. SÁNCHEZ MELGAR, Julián: “La entrada y registro en...”, cit., pág. 440.

(74) Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados de 19 de septiembre de 1984, núm. 118-I.

(75) Fueron las enmiendas núms. 119 (Grupo Centrista), 1242 (Grupo Popular) y 193 (Grupo Parlamentario Vasco).

(76) Núm. 991: “Corresponde también a los jueces de instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares anejos dependientes del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración”. La enmienda fue desestimada en el Informe de la

en el que se incluyen las edificaciones y lugares accesorios conectados a aquél, lo que al propio tiempo supone la pérdida de sustantividad de “los restantes edificios o lugares dependientes del consentimiento de su titular” como espacios distintos y extraños a la idea de domicilio, esto es, referibles a todo inmueble o pertenencia de la propiedad del sujeto afectado. Otra enmienda de un diputado popular parecía ir en la misma dirección<sup>77</sup>.

La Ponencia, en su informe emitido el 23 de febrero de 1985, mantuvo intacto el texto del artículo 96 que figuraba en el Proyecto presentado a las Cortes. En el seno de la Comisión de Justicia e Interior<sup>78</sup>, el Grupo Popular retiró inexplicablemente la dos enmiendas<sup>79</sup>. Por tanto, lo único sustancioso que hubo en el proceso parlamentario de cara al esclarecimiento del alcance del artículo 96.4 *in fine* ha quedado oculto y en el olvido dado que el Grupo Popular ni explicitó en su día la justificación de su enmienda número 991, ni tampoco dio explicaciones de la razón de su retirada en el debate seguido en Comisión, lo cual es una desgraciada circunstancia doblemente lamentable. En suma, resulta chocante que un precepto como el que estudiamos, de tan alto interés dogmático por su entronque con la garantía del artículo 18.2 de la CE, como de tanta proyección práctica, pasara por el Congreso de los Diputados tan desapercibido y su discusión de forma tan escasa y deslucida. Finalmente, el texto del Proyecto de Ley, artículo 96 –91.2 en la edición actual de la LOPJ– pese a la carga de ambigüedad que lleva consigo, fue aprobado de forma categórica<sup>80</sup>.

En el Senado el precepto en cuestión pasó sin pena ni gloria por la Comisión de Justicia<sup>81</sup> sin más significación que su cambio de numeración, apareciendo ya por primera vez como artículo 87.2, guarismo que habría de ser tan familiar para los juristas durante más de una década, hasta su conversión en artículo 91.2 con ocasión de la reforma de la LOPJ acaecida en 1998. Pues bien, así fue aprobado por el Pleno del Senado el día 18 de junio de 1985<sup>82</sup>, y así pasó al texto definitivo de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

Ponencia. El texto de la enmienda es idéntico al del texto alternativo (enmienda núm. 942) que el Grupo Popular del Congreso presentó como enmienda a la totalidad al Proyecto de la LOPJ el 30 de octubre de 1984.

(77) Núm. 1211, suscrita por el Sr. Montesdeoca Sánchez. Presenta la variante literal de que habla de “restantes edificios o lugares de anexo dependiente del consentimiento de su titular...”, expresión ciertamente rara que quizás pudo tratarse de una errata (“de anexo”, por “de acceso”). La enmienda fue desestimada en el Informe de la Ponencia.

(78) Sesión celebrada el día 5 de marzo de 1985 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 273, pág. 8536).

(79) El portavoz del Grupo Popular Sr. Vega Escandón, retiró la enmienda 991 a la que antes nos referimos y también la núm. 1211 del Sr. Montesdeoca, esta última por entender que “está asumida por el Informe de la Ponencia”, justificación nada exacta en lo que toca al pasaje que comentamos, por lo cual la retirada de la enmienda fue tan oscura como la otra, lo que nos impide conocer si la expresión “de anexo” se trató de una errata, como hemos supuesto, o si realmente se hallaba en la misma línea y razón que la enmienda formulada por su Grupo, que incluía la palabra “anejos”, como hemos indicado.

(80) Por 20 votos a favor, uno en contra y una abstención. Ocioso es decir que el texto que aparece en el Dictamen de la Comisión de 14 de marzo de 1985 que salió de la Comisión, ahora bajo el número de artículo 96.6, es idéntico al que entró en el Congreso en forma de Proyecto. Nadie mantuvo enmiendas ni hubo votos particulares al artículo 96 para su defensa en el Pleno del Congreso por lo que el texto pasó por él sin historia alguna, repitiéndose por tanto el pasaje originario en el texto de fecha 29 de marzo de 1985 aprobado por el Pleno, ahora bajo el artículo número 90.6.

(81) El propio Grupo Parlamentario Socialista formuló enmienda al flamante artículo 90 para su “mejora técnica y sistemática”, propósito –que fue aceptado por la Ponencia– pero que sólo afectaba al pasaje que nos ocupa en cuanto a la sustitución del término “Jueces” por “Juzgados”.

(82) BOCG, Senado, 21 de junio de 1985, núm. 243 (f). En el Mensaje motivado del Senado dirigido al Congreso de los Diputados con fecha 18 de junio de 1985 (BOCG, Congreso de los Diputados, de 22 de junio de 1985, núm. 118-IV) se dice textualmente que “El artículo 87 (artículo 90 del texto remitido por el Congreso de los Diputados) ha sido enmendado tanto en su sistemática como en su redacción por razones de generalidad anteriormente indicadas”.

### V. EL DESCONCIERTO SOBREVENIDO. SUS CAUSAS

#### A) La chocante ambigüedad del artículo 87.2 de la LOPJ. Conclusiones sobre su alcance

Como ha podido comprobarse, el proceso parlamentario no ha contribuido un ápice a develar el sentido de esos “restantes edificios o lugares...” que el precepto añade tras la palabra “domicilio”. Es sencillamente inexplicable que algo tan indefinido se consolidara como norma sin suscitar la lógica inquietud. La fórmula resultante plasma al punto la ocurrencia de los redactores del Proyecto de Ley y queda situada en una especie de filo de la navaja desde donde puede caer, bien del lado de la tesis de la garantía única (la del domicilio) o bien de la parte de la doble garantía (domicilio y propiedad en general). En la nuda literalidad del precepto, ambas son sostenibles.

A favor de la tesis primera se agolpan los argumentos. Es de todo punto sensato sostener que el artículo 87.2 se limita a plasmar lo que había proclamado recientemente la STC 22/1984 sobre el concepto de domicilio y resolver a favor del Juez de Instrucción la cuestión competencial que dicha Sentencia dejó en el aire. Por tanto, la fórmula “domicilio y restantes edificios o lugares” no sería sino un modo de describir el concepto de domicilio constitucional, a partir de la idea convencional o estricta del domicilio más el resto de edificios o lugares todos los cuales en conjunto componen la nueva idea del domicilio en sentido amplio o constitucional. No parece verosímil que en ese preciso momento histórico el Proyecto de Ley surgido del Gobierno socialista se propusiera aprovechar la ocasión para embarcarse en el objetivo de proteger, además del domicilio, la propiedad.

Además, este presunto propósito no tenía la menor tradición en el Derecho administrativo patrio, por lo que surgiría en medio de un contexto normativo adverso a esa posibilidad. La única referencia existente sobre la necesidad de la autorización judicial se hallaba en el artículo 130 de la Ley General Tributaria de 1963, y éste hablaba precisamente del domicilio estricto; y el resto del ordenamiento estaba imbuido de un indiscutible principio de autotutela, prácticamente sin límites. Por demás, la expresión “lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular”, tan ambigua, no constaba en ninguna otra Ley entonces vigente. En efecto, tal fórmula no existía en el Código Penal de 1973; y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 sólo habla de domicilio, de edificios o lugares públicos, o edificios o lugares cerrados (artículos 545 y siguientes).

Todo lo que precede conduce a la conclusión de que el artículo 87.2 se refiere sólo y exclusivamente al domicilio, llevando incorporada la acepción amplia que acababa de acuñar el Tribunal Constitucional. Hay, sin embargo, dos datos que vienen a combatir la afirmación anterior. El primero lo refiere SANZ GANDASEGUI y se trata del dictamen que emitió la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado el 30 de julio de 1990, favorable a la tesis de la doble garantía<sup>83</sup>; y el segundo dato, de más calado que el anterior, es que el texto del artículo 87.2 de la LOPJ, como ha advertido BARCELONA LLOP<sup>84</sup>, es idéntico al que figuró en el Proyecto de LOPE enviado a las Cortes en 1980 por el Gobierno de la UCD y que no

(83) “La ejecución de los actos...”, cit., pág. 148.

(84) “Ejecutividad, ejecutoriedad...”, cit., pág. 513.

prosperó, lo cual quita muchos enteros a la suposición de que el legislador de 1985 hubiese estado atento a la doctrina de la STC 22/1984 y al concepto de domicilio constitucional, como hemos presumido. Qué quiso decir el Proyecto de 1980 queda, como dice Javier BARCELONA, en *terra ignota*. Es posible sostener que, en efecto, el precepto de 1980 hablara de la doble garantía ya que en aquel momento aún no había sido alumbrado el amplio concepto de domicilio constitucional y, por tanto, con la mención de los otros “edificios o lugares” el precepto añadía al domicilio un ámbito distinto y ajeno a la idea de domicilio. Y también es posible defender que en 1984 y durante el proceso de gestación de la LOPJ se pensara que la fórmula que ofrecía el precepto (ahora instalado en el Proyecto de Ley socialista) concordaba bien con la nueva definición de domicilio surgida del TC unos meses antes, siendo ahora los “restantes edificios o lugares” el complemento necesario para ensanchar la idea de domicilio hasta llevarla a su dimensión constitucional.

### **B) Los bandazos de la jurisprudencia constitucional**

Las dos sentencias constitucionales más arriba comentadas (22/1984 y 135/1985) constituían dos pilares muy firmes para asentar sobre ellos, como así ha sucedido con resoluciones posteriores del propio Tribunal, los oportunos perfiles y matices en orden a la definición de la garantía. Se quiere decir que la interpretación básica estaba hecha y que ésta era una interpretación “constitucional”, es decir, deducida directamente del texto de la Constitución. Por tanto, a este nuevo concepto de domicilio, más amplio que cualquier otro anterior a la Constitución, tendrían imperativamente que atenerse los actos jurídicos de aplicación procedentes de cualquier Poder, Ejecutivo o Judicial, las normas jurídicas dictadas en lo sucesivo y, desde luego, las propias resoluciones del TC, a no ser que mediase el deliberado propósito de éste de cambiar su propia doctrina sobre el alcance del artículo 18.2.

En cuanto a la concreta cuestión de la que nos estamos ocupando, el TC, tras haber resuelto lo más difícil, esto es, establecer un *criterium* delimitador del concepto de domicilio constitucional con base en la concurrencia de dos elementos (existencia de un lugar cerrado, más desarrollo en él de vida privada) le resultaba muy fácil seguir aplicando dicho criterio a los futuros casos que se fueran presentando, reafirmando la regla y contribuyendo con ello a depurar tal concepto. Sin embargo, no ha sido así. El TC ha incurrido en contradicciones y ambigüedades que están en la raíz del desconcierto que se percibe en las resoluciones de los órganos judiciales<sup>85</sup>, según expusimos al principio, quizás con la excepción del Tribunal Supremo. La disparidad de criterios existente sobre cuáles sean los “edificios o lugares” para cuyo acceso la Administración tiene el deber de proveerse de autorización judicial es hasta cierto punto explicable en el escalón de los juzgados e incluso en el de Tribunales Superiores de Justicia, pero no tiene justificación en el seno de un mismo Tribunal, máxime si éste es el intérprete supremo de la Constitución.

Una observación atenta de la cronología de las resoluciones del TC permite deducir que su adscripción a la tesis de la dualidad de ámbitos protegidos por la LOPJ sólo luce en un período

(85) Así lo estima igualmente MACIAS CASTAÑO, J.M.: “El desahucio administrativo...”, cit., pág. 504.

do muy corto (1991-1994) y sólo a través de tres resoluciones (un auto y dos Sentencias), pudiendo apreciarse que después de 1994 las Sentencias sólo hablan del domicilio constitucionalmente protegido (artículo 18.2), e incluso algunas subsumen en el concepto de domicilio esos “restantes edificios o lugares”, a la vista de lo cual podría hablarse de un retorno de la doctrina constitucional a su línea originaria tras la superación del “bache” producido en el trienio antes mencionado. Pero la verdad es que en el año 2002 ha vuelto a sostener la tesis que parecía abandonada (S 10/2002, de 17 de enero).

En pro de la claridad renunciamos a exponer las Sentencias por su orden cronológico y optamos por reunir las en tres grupos, al igual que fueron expuestas más arriba las emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia. Es ocioso decir que todas ellas se producen estando ya en vigor la LOPJ de 1985, bien en su versión originaria (artículo 87.2) o en su redacción actual (artículo 91.2).

### 1. Jurisprudencia que se atiende estrictamente al concepto de domicilio constitucional

Reseñamos a continuación algunas resoluciones ejemplares en el sentido de que examinan el tema de la autorización preceptiva para acceder al domicilio desde la exclusiva perspectiva del artículo 18.2 y manejando el concepto de domicilio alumbrado por la STC 22/1984.

– No puede ser más fiel a la doctrina que sentó la STC 22/1984, ni más esclarecedor al respecto, el Auto 171/1989, de 3 de abril<sup>86</sup>, tantísimas veces citado por sentencias posteriores de todas clases. Se trataba de una entrada y registro practicada por funcionarios, sin autorización judicial, en locales de una empresa, a resultados de la cual un juzgado de instrucción dictó Auto de procesamiento contra el responsable de aquella empresa quien alegó vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, tesis que el Auto rechaza:

“2. La invocación que se hace del artículo 18.2 de la Constitución no puede ser tenida en consideración. El actor no denuncia una invasión de su domicilio, sino de las oficinas o almacén de una sociedad de la que es representante legal y sabido es que lo que se protege por el mencionado precepto constitucional es el domicilio inviolable, esto es, el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella, lo que, como es obvio, no es predicable respecto al solicitante de amparo de los locales en que, en el caso debatido, se produjo la entrada y registro por parte de los agentes de la autoridad.”

Debe notarse que el Auto se atiende a la garantía que dimana del artículo 18.2 de la CE, sin descender a hacer interpretaciones de legalidad ordinaria, esto es, sin pararse a considerar qué significación puedan tener esos “otros edificios o lugares” que figuran junto al domicilio en la LOPJ (artículo 87.2).

(86) Recurso de amparo núm. 1912/1988. Sala Segunda, Sección 4ª. Ar. 171/1989.

– La STC 50/1995, de 23 de febrero<sup>87</sup>, de importancia capital, afirma con el mayor énfasis la vinculación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio con la intimidad<sup>88</sup> y se encara al artículo 87.2 haciendo este crucial pronunciamiento:

“Se extiende el concepto de domicilio no sólo a la vivienda en sentido estricto, sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del titular. Este precepto pretende conciliar la inviolabilidad del domicilio y la eficacia de la actividad de la Administración, exigible también constitucionalmente (artículo 103).”

El pasaje es fundamental. La Sentencia toma como referencia básica o primaria la “vivienda en sentido estricto”, a la que añade los restantes (sic!) “edificios o lugares” para así componer el concepto constitucional de domicilio. Y en el segundo inciso deja sentado el objeto de la protección del artículo 87.2: el domicilio.

– Otra Sentencia esencial es la 69/1999, de 26 de abril<sup>89</sup>, que versa sobre la entrada administrativa en un local de exposición y venta de equipos electrónicos al objeto de proceder a su precintado. Respecto al concepto de domicilio la Sentencia hace este contundente pronunciamiento:

“No todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.2 de la CE garantiza (...) Y la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de terceros” (FJ 2°).

Es de notar que con esa declaración la Sentencia traza una vigorosa frontera definitoria del ámbito protegido por el artículo 18.2 de la CE –que es en puridad lo que el TC debe hacer– pero no se para a considerar si el local comercial en cuestión pudiera constituir un espacio de acceso dependiente del consentimiento de su titular, protegido de la entrada administrativa a título distinto del de domicilio, como supuestamente dispone el artículo 91.2 de la LOPJ según sostiene el sector que defiende la existencia de dos ámbitos protegidos en dicho precepto (el domicilio y la propiedad). Claro es que no había razón para que la sentencia se hubiera adentrado en esclarecer el alcance del artículo 91.2 de la LOPJ, ni en verdad hubiese sido correcto dada la vinculación del recurso de amparo con el derecho fundamental dimanante del artículo 18.2 de la CE y no con ningún presunto derecho que pudieran contemplar las leyes, en este caso la LOPJ. Pero no cabe duda de que hubiese sido muy oportuno que la Sentencia hubiese apurado la interpretación –desde el prisma del artículo 18.2 de la CE, no

(87) Recurso de amparo núm. 709/1991. Sala Primera. Ponente: Mendizábal Allende. Ar. 50/1995.

(88) “Existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto que el otro (artículo 18.1 y 2 de la CE)”.

(89) Recurso de amparo núm. 2824/1995. Sala Segunda. Ponente: González Campos. Ar. 69/1999.

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

de la LOPJ– realizando el esfuerzo de definir el “domicilio constitucional” en positivo y no de la forma negativa con que lo hace (“no todo local...”).

– Cabe incluir en este grupo la STC 94/1999<sup>90</sup> aunque relativa no a una “entrada administrativa” sino a un registro autorizado por el juez penal en una estancia donde se almacenaba droga. La Sentencia insiste en la vinculación del domicilio con la vida privada, “estirando” el concepto al máximo en el sentido constitucional, es decir, ampliándolo a pesar de las dudas que planteaba el supuesto (un piso con muy escasos indicios de albergar un uso para la vida) para calificarlo, aún así, de “hogar” a efecto de la protección de su inviolabilidad desde el artículo 18.2 de la CE.

– Finalmente, hay que destacar la especial importancia de la STC 283/2000, de 27 de noviembre<sup>91</sup>, relativa a la “entrada administrativa” en un establecimiento de hostelería y de un almacén anejo para su clausura y precintado. Frente al alegato de que el domicilio había sido violado, la sentencia descarta tal violación pues “no se ha acreditado que el establecimiento de hostelería y el almacén (...) constituyan domicilio a efectos del artículo 18.2 de la CE”, es decir, que se trate de “un espacio apto para desarrollar vida privada” pues “el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar”.

Conviene reparar en la alusión que la sentencia hace al “núcleo esencial” del domicilio constitucional, que no es otro que la “morada” como reducto básico primario, lo cual implica que también están protegidos constitucionalmente otros espacios que no responden a la idea de morada y sin embargo constituyen domicilio a efectos de su protección ex artículo 18.2 de la CE.

Pero sobre todo, la importancia de esta sentencia se manifiesta en una consideración añadida que hace en su FJ 5º, que se enfrenta directamente a la fórmula contenida en el artículo 87.2 de la LOPJ, incluyendo los “restantes edificios o lugares”, en la garantía de la intimidad. Dice así:

“el artículo 87.2 de la LOPJ no se refiere sólo a la entrada en domicilio, garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los restantes edificios o lugares dependientes del consentimiento de sus titulares (...) nada ha alegado el demandante para poner de manifiesto que ambos locales formasen parte de su ámbito espacial de vida íntima o familiar, constituyendo su morada o habitación”.

Como puede observarse, a través del pasaje transcrito la Sentencia hace una interpretación reductora<sup>92</sup> en el sentido de que pone en equivalencia con el domicilio los “restantes edificios o lugares”, o dicho de otro modo, los iguala o integra en el concepto de domicilio en cuanto

(90) Recurso de amparo núm. 1090/1995. Sala Segunda. Ponente: Vives Antón. Ar. 94/1999.

(91) Recurso de amparo núm. 4642/1997. Sala Primera. Ponente: Jiménez de Parga. Ar. 283/2000.

(92) Es significativo que la Sentencia haga el pronunciamiento referido en el texto tomando como referencia otro anterior (STC 76/1992, de 14 de mayo) a la que parece salir al paso dado que, como diremos más abajo, tal sentencia es una de las que se adscriben más nítidamente a la idea de que en el artículo 87.2 de la LOPJ no hay sólo un concepto protegido –el domicilio– sino dos.

constituyen igualmente sede de la vida íntima o familiar. De este modo queda erradicada la posibilidad de entender que esos otros edificios o lugares no guarden relación con el domicilio y tengan que ver con la defensa de la propiedad, como parecen defender las resoluciones del propio TC que exponemos a continuación.

## 2. Jurisprudencia que admite la existencia de dos ámbitos distintos precisados de la autorización judicial

– La primera resolución a comentar reúne unas características realmente llamativas. No se trata de una Sentencia, sino de un Auto; tiene fecha de 1 de julio de 1991 (198/1991), o sea, fue dictado cuando ya se habían producido importantes resoluciones del TC circunscribiendo la garantía de la inviolabilidad al domicilio y sólo a él, según hemos descrito *supra*. Sin embargo, el Auto en cuestión es la primera resolución dictada tras la aparición de la LOPJ de 1985 que “se atreve” a hacer una interpretación del artículo 87.2 de dicha Ley y lo hace afirmando paladinamente, sin ningún razonamiento, que el legislador ha aportado una nueva garantía aparte de la que dimana del artículo 18.2 de la CE. Ciertamente, hay que decir que pocas resoluciones del rango de un Auto habrán alcanzado tanto predicamento, siendo sorprendente que hayan seguido su estela tantas resoluciones posteriores de los órganos judiciales y se haya apoyado en tal Auto el sector doctrinal que defiende la dualidad de ámbitos protegidos por el artículo 87.2 de la LOPJ, actualmente 91.2. Y lo que es más chocante: que la tesis del Auto que comentamos, dicha por la Sala “de pasada” y sin fundamentación alguna, es decir, por vía puramente aseverativa, haya prendido en Sentencias constitucionales posteriores, como exponemos a continuación.

En efecto, el Auto referido que se enfrentaba a un supuesto en el que el Ayuntamiento de Madrid había obtenido del juez una autorización para entrada en un kiosco de bebidas –por tanto, el problema estaba minimizado y no eran necesarias declaraciones espectaculares– afirma no obstante de este resuelto modo:

“El artículo 87.2 de la LOPJ se limita a poner en manos del Juez de Instrucción la tutela del derecho a la intimidad o ‘la propiedad’, dado que dicha disposición habla de domicilio u otro lugar, de un ciudadano sujeto a una ejecución administrativa forzosa.”

La contundencia de tal aseveración ahorra todo comentario. Increíblemente, a partir de este Auto la jurisprudencia posterior ha ido dando bandazos, brindando sentencias contradictorias que han podido servir para que los aplicadores jurídicos inferiores encuentren soluciones a medida para cada caso, generándose el caos que ya hemos denunciado.

– El TC tiene la oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el tema casi un año después de dicho Auto, y lo hace a través de la Sentencia 76/1992, de 14 de mayo<sup>93</sup>, a resultas de una cuestión de inconstitucionalidad que si bien se refería al artículo 87.2 de la LOPJ sólo cuestionaba la competencia del juez penal para efectuar el control de la entrada domiciliaria, pero no

(93) Cuestiones de Inconstitucionalidad en relación con el artículo 130 de la Ley General Tributaria y artículo 87.2 de la LOPJ. Pleno. Ponente: García Mon y González Regueral. Ar. 76/1992.

planteaba problema alguno relativo a la parte sustantiva de dicho precepto, esto es, a los ámbitos materiales protegidos por éste. Por tanto, los pronunciamientos que hace dicha Sentencia sobre estos ámbitos son innecesarios para la resolución de las cuestiones planteadas, lo que las hace más inoportunas. Ya en el Fundamento Jurídico 3.a) la Sentencia deja caer una expresión que apunta a la dualidad de valores jurídicos protegidos en el artículo 87.2 de la LOPJ (“el Juez de Instrucción, al que se le solicite la autorización para entrar en domicilio o en los lugares indicados en el artículo 87.2 de la LOPJ”), tesis que explicita de modo radical más adelante:

“El Juez de Instrucción (...) no es el juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la administración, sino el juez de la legalidad de la entrada en domicilio y en los demás lugares enunciados en el artículo 87.2 de la LOPJ, pues este precepto no se refiere sólo a la entrada en domicilio garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los ‘restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de sus titulares’ que es el supuesto de las autorizaciones para la entrada en fincas rústicas en este caso del juez proponente.”

Por más insatisfactoria que pueda parecernos tal declaración, dada su carencia de fundamentación y producirse fuera de contexto, hay que reconocer, en honor a la verdad, que es el pronunciamiento más claro sobre el problema que hasta ahora ha emitido el Tribunal Constitucional.

– La STC 10/2002, de 17 de enero<sup>94</sup>, una de las últimas emitidas, parece volver a la tesis de la dualidad de ámbitos protegidos por la LOPJ, no obstante haber aparecido con posterioridad a otras situadas en una postura distinta, como venimos de exponer. La Sentencia, tras hacer un interesante compendio de la jurisprudencia constitucional recaída sobre diversos aspectos de la garantía de la inviolabilidad y hacer la cabal precisión de que “ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido”, concluye que si en ese espacio no se desarrolla vida privada no puede considerarse domicilio; y recuerda al respecto supuestos ya resueltos por el Tribunal en tal sentido (locales destinados a almacén de mercancías, un bar y un almacén, unas oficinas de una empresa, los locales abiertos al público o de negocios...), pero acaba esa relación aludiendo a “los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de sus titulares a los que el artículo 87.2 de la LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro”, con lo cual secunda la tesis de la ya comentada STC 76/1992, de 14 de mayo, pues presupone que esos “restantes edificios o lugares” no forman parte del concepto de domicilio sino que son espacios diferentes, no obstante lo cual gozan de la misma protección que el domicilio frente a la Administración, dada la necesidad, según sostiene la tesis, de que aquélla obtenga la autorización judicial, tanto en uno como en otro caso, si el interesado no consiente la entrada.

### 3. Las sentencias que eluden el problema

Al igual que ocurre de ordinario con las Sentencias que emiten las Salas de lo Contencioso de los Tribunales de Justicia, también la jurisprudencia del TC ofrece muestras de sentencias

(94) Cuestión de Inconstitucionalidad 2829/1994. Ponente: Casas Baamonde. Ar. 10/2002.

de las que hemos calificado como “acríticas”, es decir, las que pasan por alto la cuestión de si era o no precisa la autorización judicial para la entrada en determinado sitio o lugar<sup>95</sup>, con abstracción de si el juez, de hecho, la hubiera concedido o no.

Como primera muestra de una Sentencia de este tipo hay que citar obligadamente la 144/1987, de 23 de septiembre<sup>96</sup>, por la simple razón de que fue la primera resolución dictada por el TC tras la entrada en vigor de la LOPJ de 1985. En este caso, un Juzgado de Instrucción había concedido autorización para que funcionarios pudieran entrar en una emisora de radio y clausurar sus actividades. Por tanto, se trataba de un caso test propicio para calificar o no dicho lugar como domicilio o, en su caso, como uno de esos “restantes lugares” a que hace mención el artículo 87.2 de la LOPJ. Pero la sentencia no se detiene en esto dando por bueno el hecho de que la Administración había solicitado la entrada y el juez la había concedido. Se dedica fundamentalmente a valorar precisamente la función de la autorización judicial en estos casos.

La STC 171/1997, de 14 de octubre<sup>97</sup>, versa sobre un caso semejante al anterior —entrada en emisora de televisión local no autorizada, para su cierre— sin hacer la menor consideración a la cuestión que nos ocupa<sup>98</sup>. Tampoco pone reparo la STC 92/2002, de 22 de abril<sup>99</sup>, al hecho de haberse otorgado autorización judicial para la entrada administrativa con el fin de demoler obras en construcción de una nave, hablándose en los distintos fundamentos jurídicos de “entrada en domicilio” con toda naturalidad.

### C) La división de las posturas doctrinales

En honor a la verdad hay que decir que los pronunciamientos de la doctrina son escasos en comparación con el gran número de publicaciones que sobre el tema han aparecido y la especial dedicación que los autores han prestado a otros aspectos de la garantía ciertamente importantes pero no más del que ahora nos ocupa. En suma, se aprecia que el tema pasa inadvertido como si fuera un asunto resuelto y la verdad es que no es así pues, aun en la hipótesis de que los autores entendieran que el artículo 87.2 de la LOPJ implantó dos ámbitos de protección y por ello no resultaría necesario elucubrar más sobre el alcance del precepto, es evidente que la fórmula “restantes edificios y lugares de acceso dependiente del consentimiento...” siempre exigiría detenerse en ella pues tampoco es un dechado de claridad.

Hay que decir también que los relativamente escasos pronunciamientos doctrinales, tanto los de uno como otro signo, no se encuentran respaldados por un análisis de la cuestión en

(95) Vid. MACÍAS CASTAÑO, J.M.: que cita ejemplos al respecto “el desahucio administrativo...”, cit., pág. 504.

(96) Recurso de amparo núm. 858/1986. Ponente: Rubio Llorente (Ar. 144).

(97) Recurso de amparo núm. 3423/1994. Ponente: García Manzano (Ar. 171/1997).

(98) En realidad en el FJ 2º hay una frase que se presta a cualquier interpretación. Se habla, en efecto, de “la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el artículo 87.2 de la LOPJ”, lo que en una interpretación puramente literal resultaría que esos “lugares asimilados” son los distintos al domicilio, pues claro es que el domicilio constitucional, con la amplitud que le es propia, no ha sido acuñado por el artículo 87.2 de la LOPJ, siendo éste en todo caso mera traducción del concepto forjado por el TC.

(99) Recurso de amparo núm. 4021/1999. Ponente: Vives Antón (Ar. 92/2002).

profundidad y que son más numerosos, que hayamos visto, los que defienden la existencia de dos tipos de bienes o valores protegidos en dicho precepto.

Así, entre los que defienden la existencia de esa dualidad de garantías fue bastante temprana la postura de GONZÁLEZ NAVARRO, aseverando que la garantía domiciliaria se extiende a cualquier dependencia de propiedad de un particular<sup>100</sup>. Así lo admite también, aunque en tono crítico, GÓMEZ GUILLAMÓN, tomando en cuenta el famoso Auto del TC de 1 de julio de 1991<sup>101</sup>. Opinión en el mismo sentido sostuvo también prontamente GONZÁLEZ RIVAS<sup>102</sup>. Especialmente incisivo e influyente sobre la doctrina posterior ha sido el planteamiento de SANZ GANDESEGUI que ya expusimos *supra*, optando de modo resuelto —obviamente, invocando el referido Auto— por la tesis de que la norma protege dos bienes jurídicos distintos, la privacidad o intimidad de una parte y el derecho de propiedad de otra<sup>103</sup>. La misma opinión sostiene BARCELONA LLOP quizás por entender que esa ampliación de la garantía conlleva una “gradación en la intensidad de la protección”, de modo que cuando esté involucrado el domicilio el juez debe actuar con un celo superior a cuando se trata de esos otros lugares<sup>104</sup>.

De entre las interpretaciones más recientes destaca la de MACÍAS CASTAÑO quien, aparte de llevar razón en la denuncia que hace sobre la confusión provocada por el TC, cuyas circunstancias expone certeramente, acoge la tesis de la dualidad aunque sin celebrarlo, e imputa al TC la culpa de haber hecho la interpretación extensiva del artículo 87.2 al haber entendido que el legislador exige la autorización para entrar en otros edificios o lugares que, en realidad, no son domicilios constitucionalmente protegidos, opinión que en términos generales suscribimos aunque con alguna matización<sup>105</sup>.

(100) “La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la competencia”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 9, 1990, pág. 56.

(101) *El artículo 87.2 de la LOPJ...*, cit., págs. 75 y 81.

(102) “Son dos los derechos diferentes que se ejercen sobre el contenido del referido precepto: de una parte, el domicilio íntimamente ligado al derecho fundamental a la intimidad en el artículo 18.2 del texto de la Constitución y, por otra parte, el derecho sobre otros lugares o dependencias en los que se puede ejercer un derecho como es la propiedad”. “El artículo 87.2 de la Ley Orgánica...”, cit., pág. 555.

(103) Sostiene, en efecto, que el legislador ha querido aumentar el ámbito de garantías más allá de lo inicialmente previsto por la Constitución, lo que implica la imposibilidad de que la Administración acceda sin autorización de su titular a heredades rústicas cercadas o valladas, locales cerrados en los que se prohíba el acceso por señales al efecto, etc. “La ejecución de los actos administrativos...”, cit., págs. 149 a 150. En el mismo sentido, e invocando igualmente el célebre Auto del TC de 1 de julio de 1991, GIÓN SUÁREZ, Carlos Miguel: “La protección de la inviolabilidad...”, cit., pág. 1008. También acepta la tesis, aunque lamentándola, FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “El derecho a la inviolabilidad”, cit., pág. 227. “El desahucio administrativo...”, cit., pág. 505.

(104) “Ejecutividad, Ejecutoriedad...”, pág. 531. Sin perjuicio de la alta calidad de esta obra, no nos parece convincente ese concreto parecer pues la diferencia de celo de la que habla el autor no consta en norma alguna y la jurisprudencia constitucional que ha ido configurando el régimen de la actuación del juez no ha hecho distinciones al respecto. Por otra parte, la tesis de la “gradualidad de la intensidad de la protección” que BARCELONA atribuye a NIETO y a la postre a la doctrina alemana no es del todo exacta pues cuando NIETO habla de esa gradualidad es siempre dentro del concepto —amplio— de domicilio, sin referirse para nada a los espacios o lugares que no son domicilio, que son precisamente los que constituyen la ampliación del artículo 87.2 de la LOPJ que el autor defiende. Vid. NIETO, A.: “Actos administrativos cuya ejecución...”, cit., pág. 32.

(105) Básicamente compartimos al punto lo denunciado por el autor y lo prueba la exposición que hemos hecho en el epígrafe anterior. Sin embargo discrepamos de que haya sido la Sentencia que el autor cita —STC 59/1995— la que precisamente haya producido la indebida ampliación del artículo 87.2 de la LOPJ, al decir que la necesidad de autorización “Se extiende el concepto de domicilio no sólo a la vivienda en sentido estricto, sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes de la voluntad del titular”, pues hay que observar que en el párrafo transcrito la Sentencia parte de la “vivienda en sentido estricto” y siendo así puede perfectamente interpretarse que a esa referencia nuclear

Opinión contraria es la de QUERALT quien estima que no todos los lugares cerrados, sean locales o terrenos, son sedes de intimidad, por lo que son allanables sin necesidad de autorización judicial<sup>106</sup>. Asimismo, SÁNCHEZ MELGAR señala que el artículo 91.2 de la LOPJ, con su alusión a esos otros “edificios o lugares” viene precisamente a demostrar que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de “habitación o morada”, es decir, son espacios que no constituyen morada “en sentido estricto”<sup>107</sup>.

## VI. ELEMENTOS MUY A TENER EN CUENTA A LA HORA DE SENTAR CONCLUSIONES SOBRE EL PROBLEMA

### A) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia contenciosa del Tribunal Supremo sobre la materia, ya prácticamente inexistente, ha ofrecido siempre una homogeneidad estimable, desde luego no en la dirección de reconocer dos ámbitos protegibles en el artículo 92.1 de la LOPJ.

Ejemplar en cuanto al concepto de domicilio constitucional es la breve y atinada Sentencia de 15 de marzo de 1990<sup>108</sup>, verdadero caso-test. Es destacable por su claridad y contundencia la STS de 21 de junio de 1996, que sin ningún rodeo reconoce la legitimidad de la entrada de agentes de la Administración, sin autorización judicial, por tratarse de un local que no tenía la consideración de domicilio<sup>109</sup>. Por su parte, la STS de 7 de noviembre de 1997<sup>110</sup>, referida a un despacho profesional, se ajusta fielmente al concepto constitucional de domicilio considerando integrado en él dicho lugar porque “no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de mención de la persona y de esfera privada de ella”, haciendo un pronunciamiento del mayor interés sobre el sentido de la expresión “restantes edificios o lugares”, declarando que estos espacios no son cualesquiera lugares sino los que constituyen sede de la intimidad, lo que implica su inclusión en el amplio concepto de domicilio:

“El artículo 87.2 de la LOPJ demuestra que el ámbito de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada”. Esta disposición

pueden ser añadidos otros edificios y lugares hasta completar el concepto de domicilio constitucional cuya esfera es muchísimo más amplia. Por ello entendemos que esa precisa sentencia coadyuva a la idea de que en el artículo 87.2 de la LOPJ, actualmente 91.2, sólo existe un ámbito protegido: el domicilio.

(106) QUERALT, J.J.: “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas”, RED Constitucional, núm. 30, 1990, págs. 42 y ss.

(107) “La entrada y registro en domicilio de particulares...”, cit., pág. 1439.

(108) Sección 9ª. Ponente: Trillo Torres (Ar. 3522). Los terrenos que circundaban la vivienda eran presumiblemente de dominio público, no obstante lo cual la sentencia realza la circunstancia de desarrollarse en él vida privada, dato determinante para considerarlos como una prolongación de aquélla y calificarlos como domicilio a efecto de la garantía constitucional.

(109) Sección 2ª. Ponente: Gota Losada (Ar. 8598). “No era preciso que los Agentes del Servicio de Vigilancia Fiscal actuaran provistos previamente de una autorización judicial de registro, porque no se trataba del domicilio y hogar de la persona, sino de un local público, como es un bar, en el que ante su presencia se estaban vendiendo cajetillas de tabaco de contrabando” (FJ 2º).

(110) Sala de lo Penal. Ponente: Soto Nieto (Ar. 8348).

## La intervención del Juez para la defensa del domicilio

reconoce la existencia de “domicilios” y de otros “edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, es decir, que no constituyan morada en sentido estricto. Es claro, por lo tanto, que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar físicamente vinculado al ámbito espacial en el que el ciudadano habita con cierta permanencia”.

Tampoco faltan sentencias del Tribunal Supremo del tipo de las “acríticas” a las que hicimos mención *supra*. Así, omiten cualquier valoración sobre el tratamiento como domicilio que se había dado a supuestos tales como la entrada en un local donde se practicaba juego ilícito<sup>111</sup> o en un club deportivo<sup>112</sup>. También se aprecia notoria ambigüedad en algunas otras resoluciones<sup>113</sup>.

### B) Respuesta de la legislación posterior a la LOPJ

Otro dato a tener en cuenta a la hora de interpretar el artículo 87.2 de la LOPJ de 1985 es el hecho de que la LRJPAC en 1992 (artículo 96.3) mantuvo en su misma literalidad lo que dispuso el artículo 102 de la LPA de 1958 sobre la ejecutoriedad de los actos, no haciéndose eco en absoluto de la “innovación” que presuntamente introdujo la LOPJ. Tampoco se ha movido el legislador con ocasión de la reforma de la LRJPAC en 1999. Así, en la Ley de cabecera reguladora del régimen jurídico se sigue diciendo que si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial” (artículo 96.3).

Cabe suponer que la LRJPAC, posterior en el tiempo por añadidura, mediante el precepto que acabamos de transcribir haya asumido sin más lo dispuesto en la LOPJ, en la inteligencia de que ésta no habla más que de domicilio. Sería ilógica la opción contraria, es decir, la de suponer que el artículo 96.3 se limita a hablar de domicilio y deja que la LOPJ se ocupe del resto<sup>114</sup>.

Hay que referirse igualmente a otras disposiciones surgidas después de la LOPJ de 1985, que lejos de secundar la presunta garantía añadida por ésta, han reaccionado en el sentido de afirmar la autotutela de la Administración. Así, como ya destacara Alejandro NIETO, un buen

(111) SSTs de 21 de septiembre y 30 de octubre 1987. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: González Mallo (Ar. 6135 y 7051).

(112) STS de 7 de diciembre de 1994. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: Barrio Iglesias (Ar. 9445). La inhibición de la sentencia sobre la cuestión es ostensible. Así, mientras la Sentencia *a quo*, había afirmado que “la autorización judicial sólo resulta necesaria cuando el espacio construido se destine a domicilio”, la Sala del Supremo viene a abstraerse de “toda disposición acerca de si un club deportivo debe o no considerarse domicilio a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución”.

(113) STS de 9 de octubre de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: González Mallo (Ar. 7701), relativa a centros de trabajo o locales donde se desarrollan actividades laborales. Es ciertamente equívoca la STS de 23 de septiembre de 1997. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente: González Rivas (Ar. 6478).

(114) Así lo estima SANZ GANDASEGUI al afirmar la imposibilidad de que la LRJPAC derogue la LOPJ, “La ejecución de los actos...”, cit., pág. 150. Pero creemos que no hay que tensionar el planteamiento en términos de derogación o no de ambas normas, pues parece más normal sostener que no hay colisión y que el artículo 96.3 LRJPAC ha interpretado el alcance del artículo 91.2 de la LOPJ y lo asume. Es más, para MACÍAS CASTAÑO, el artículo 96.3 sería el precepto rector dada su naturaleza sustantiva y no el 91.2 de la LOPJ y el 8.6 de la LJCA, cuyo alcance es el de establecer la competencia de los juzgados de lo contencioso. “El desahucio administrativo...”, cit., pág. 502.

ejemplo es el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, en cuyos artículos 120, 122 y 130 es perceptible el rechazo de las restricciones que impidan a la Corporación desarrollar sus poderes ejecutorios. Por su parte, la nueva Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre (artículo 113) “recoge velas” igualmente y apunta exclusivamente al domicilio como objeto de la protección, con un énfasis palpable:

“Cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración Tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial.”

Mención especial merece la nueva redacción del artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa<sup>115</sup>. Ésta presenta una solución intermedia, ecléctica, en la que la necesidad de autorización judicial se contrae al domicilio de personas físicas y jurídicas y los “locales cerrados sin acceso al público”, es decir, ni se limita al domicilio ni se extiende a cualquier lugar de acceso dependiente del consentimiento de su titular. Esto significa que el legislador ha rectificado. Mejor dicho, cabe decir que ha caído en su propia red, ha tenido en cuenta el exuberante garantismo a que da pie la letra del artículo 91.2 de la LOPJ y ha decidido poner coto a esa interpretación expansiva. Pero esa solución intermedia implica, por el contrario, que el legislador ha renunciado a mantener la tesis de que el artículo 91.2 de la LOPJ sólo contempla el domicilio, con lo cual le hace flaco favor a quienes defienden que sólo existe en dicho precepto un ámbito garantizado y no dos; y de otra, que la Ley ordinaria se ha enfrentado a la Ley orgánica, tanto si se interpreta que ha *extendido* indebidamente la garantía a lugares que no son el domicilio, como si se entiende que ha *reducido* la garantía a los lugares cerrados, ignorándola respecto a los demás lugares cuyo acceso depende del consentimiento de su titular. Por tanto, una solución sumamente discutible, aunque comprensible, que viene a evidenciar la inseguridad existente sobre cuál sea en verdad el ámbito garantizado por el artículo 91.2 de la LOPJ, amén de revelar la dificultad que para el desenvolvimiento de la Administración puede representar dicho precepto interpretado en el sentido de que protege la propiedad en general.

Las leyes posteriores se han ido encargando de desinflar la presunta garantía de la propiedad contenida en el precepto antes mencionado. Además de las muchas disposiciones citadas por algún autor relacionadas con la potestad de inspección<sup>116</sup> cabe añadir otras que refieren la necesidad de la autorización judicial sólo cuando la Administración necesite entrar en el domicilio, no apareciendo mención alguna a los “restantes edificios o lugares”<sup>117</sup>, lo cual permite decir que la propia legislación ha reconducido la garantía a su ámbito natural: el domicilio.

(115) Modificado por el artículo 76 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Aplicaciones del nuevo artículo 51 de la LEF pueden verse en las SSTSJ de Cataluña 236 y 237/2005, de 17 de febrero y 996/2005, de 29 de julio.

(116) *Vid.*, por todos, FERNANDEZ RAMOS, S.: “El derecho a la inviolabilidad...”, cit., págs. 220 y ss.

(117) Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 5); Ley de La Rioja 5/1998 de 23 de abril, de Asistencia Social (artículo 13); Ley Foral de Navarra 13/2000, de 14 de noviembre, General Tributaria (artículo 123); Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (artículo 205); Ley andaluza 1/2002, de 4 de abril, de Ordenación, Fomento y Control de la pesca marítima, el marisqueo y la acuicultura (artículo 88); Ley de Aragón 6/2003, de 7 de febrero, de Turismo (artículo 73); Ley de Canarias 14/2003, de 8 de abril, de Puertos (artículo 14); Ley 8/2003, de 24 de abril sobre Sanidad Animal (artículo 79); Ley 21/2003, de 7 de julio, de Navegación Aérea (artículo 25); Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio (de modificación de la LOPJ) para la Reforma Concursal (artículo 5), Ley 11/2005, de 11 de noviembre, de Vías Pecuarias (artículo 56).

### VII. REFLEXIONES FINALES

Frente a las tradicionales reglas de la decisión ejecutoria y de la autotutela de la Administración que permitía a ésta acceder a cualquier lugar, sin precisar de autorización judicial, para realizar actividades de vigilancia e inspección o para ejecutar actos administrativos, la Constitución de 1978 llevaba ínsita la garantía del domicilio inviolable que al cabo se asentó con carácter universal, sin fisuras, a partir de la Sentencia Constitucional 22/1984, de 17 de febrero. No faltaron entonces voces de alarma ante esta especie de claudicación del poder administrativo frente al domicilio.

En dicha Sentencia y otras que le siguieron, el TC estableció una regla clara para determinar el nuevo concepto de “domicilio constitucional” —no explicitado en la Constitución— superador de otros conceptos de domicilio que han venido operando en distintas áreas del Derecho. Aunque ha debido mediar un notable esfuerzo por parte de los órganos judiciales y la doctrina para acomodarse a ese nuevo concepto, más amplio y protector, puede decirse que éste se encuentra a estas alturas sobradamente consolidado y no plantea más que los lógicos problemas de interpretación a la hora de aplicar la citada regla a casos concretos que ofrecen alguna rareza o atipicidad.

Puede decirse que la LOPJ de 1985 no estuvo a la altura de las circunstancias pues ni su primitivo artículo 87.2 ni el actual 91.2 han dejado sentado con la claridad debida algo tan decisivo como si la Ley se limita a positivizar, mal que bien, ese concepto de “domicilio constitucional” desvelado por aquel entonces por el TC; o si, además de eso, con la fórmula contenida en dicho precepto ha tratado verdaderamente de aumentar la garantía a “otros edificios y lugares”, cualquiera que éstos sean, con tal de que su acceso dependa del “consentimiento de su titular”, lo que representa, de ser correcta esta última hipótesis, una inusitada vuelta de tuerca al sistema, pues casi todo el peso de la garantía domiciliaria se habría desplazado desde su natural centro de gravedad —el domicilio— hacia los bienes del administrado en general, es decir, la propiedad. Se quiere decir que aquella alarma provocada por la primacía del domicilio frente a las potestades administrativas ha quedado empujada, insignificante, ante la derivación que ha tomado el asunto.

La tremenda ambigüedad de la LOPJ ha dislocado el panorama jurisprudencial y doctrinal. Tan resbaladizo es el terreno que a la postre viene patinando sobre él hasta el propio legislador que ha acabado abjurando del artículo 91.2 de la LOPJ o no se sabe bien de qué porque el norte en este asunto está perdido. Como ha podido verse en las páginas anteriores los Tribunales de todas clases —con la excepción del TS, afincado en la línea clásica— manejan aleatoriamente tanto la tesis de la garantía única o domiciliaria como la doble garantía que, obviamente, incluye la propiedad. La mayoría de la doctrina se ha venido adscribiendo, creemos que irreflexivamente, a esta postura ultragarantista, una postura de la que está desertando, como queda dicho, el propio legislador<sup>118</sup>.

En términos generales puede decirse que en cuanto a la aplicación del artículo 91.2 de la LOPJ el pulso lo vienen ganando quienes postulan que en éste existe una doble garantía, a

(118) Así dice expresivamente la STSJ de Cataluña 353/2005, de 14 de marzo (Ponente Berberoff Ayuda, D.T., “Asistimos en la actualidad a lo que quizás podríamos denominar una interpretación restrictiva de la necesidad de solicitar del órgano jurisdiccional la correspondiente autorización... lo cual tiene oportuno reflejo en ámbitos sectoriales, como acontece, por ejemplo, con relación al artículo 51 de la Ley de Expropiación Forzosa...” (FJ 2º).

lo que nada habría que objetar –por más que esta solución no complaciera– si tal solución se desprendiera inequívocamente del precepto; pero esto no es así. Por otra parte, estamos en presencia de una paradoja descomunal: mientras, por una parte, la jurisprudencia y la doctrina se han venido esmerando en perfilar los confines del domicilio constitucional para así definir cuándo es obligado solicitar del juez la autorización para acceder a aquél, resulta que tal esfuerzo es absurdo si, por otro lado, se está exigiendo que la Administración obtenga dicha autorización para acceder a cualquier sitio. Este resultado final, ciertamente ridículo, se ha tratado de justificar diciéndose que en el caso del domicilio se está ante una garantía constitucional mientras que en los demás la garantía es de rango legal<sup>119</sup>. La diferencia es puramente formal, nada operativa en el plano del funcionamiento ordinario de la institución. Ciertamente, en el caso del domicilio sí sería posible plantear en su momento un recurso de amparo, lo que estaría vedado en los demás casos, pero todo esto es más teórico que real<sup>120</sup>.

Como ocurre tantas veces, cuando las garantías se inflacionan y se extienden más allá de su ámbito razonable y susceptible de verdadero control van perdiendo fuerza y credibilidad, y esto mismo es lo que puede estar sucediendo con la garantía que nos ocupa. La necesidad de la Administración de proveerse de autorización judicial para acceder a cualquier lugar que haya sido excluido de intromisiones y miradas por el libérrimo designio de su propietario (la Ley de Expropiación Forzosa ha rectificado y ahora el propietario sólo dispone de ese designio sobre los “lugares cerrados”<sup>121</sup>) masifica las solicitudes de entrada, rutiniza la garantía y al cabo automatiza la obtención de las autorizaciones, peligro este del que ya advirtieron en su día los autores que mostraron su reticencia incluso cuando sólo se discutía sobre la exigencia de autorización para entrar en el domicilio *stricto sensu*. Así, se observa que esas autorizaciones se suelen otorgar de ordinario y que las Administraciones las piden sin luchar un ápice por su fuero propio exento de esas intervenciones judiciales.

Creemos que la institución está achacada de una grave incertidumbre en el extremo estudiado y que debe ser reconsiderada con el rango legal necesario y a efectos generales. Es menester y con urgencia clarificar el ámbito material protegido, comprimiendo la garantía a límites razonables para evitar su trivialización, y dotando al núcleo protegido de seguridad verdadera mediante la fijación de un procedimiento que regule detalladamente la función del juez en estos casos y las garantías de defensa del administrado –tan ausentes en la actualidad–, todo ello en pro de que la garantía se robustezca en lo que constituye su ámbito natural y se evite así la comisión de atropellos en ese *sancta sanctorum*, paradójicamente con el apoyo “legitimador” de la autorización de un juez.

(119) Así lo han resaltado SANZ GANDESEGUI, F: “La ejecución de los actos...”, cit., pág. 149; GIÓN SUÁREZ, C.: La protección de la inviolabilidad...”.

(120) Una vez que la Administración consigue su propósito de entrar en el lugar de que se trate, por más irregularmente que se haya procedido, el interés del interesado en sostener la pugna jurídica sobre esta precisa cuestión decae fulminantemente, pues a partir de entonces ya sólo tiene relieve lo concerniente al asunto principal.

(121) Así, el nuevo criterio es que al propietario le bastará con cerrar, vallar o cercar un lugar para que de inmediato queden enervadas las potestades administrativas, lo cual como medida operativa podrá ser aceptable, pero no parece que se trate de un criterio riguroso desde el punto de vista de los principios.

# Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008)

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Alcalá

## Resumen

### PRECISIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL RECURSO CONTRA LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2008)

*La imprecisión con que se reguló en el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 el recurso contra la inactividad de la Administración, pese a la importante novedad que supuso entonces, ha limitado la aplicación práctica de esta vía de control de la Administración. En virtud de la Sentencia que se comenta y cuya doctrina*

*es de esperar que se consolide, el Tribunal Supremo realiza una interpretación amplia de dicho precepto legal, que ofrece mayores posibilidades para exigir de la Administración el cumplimiento de sus obligaciones legales mediante el inicio, tramitación y conclusión de procedimientos que le corresponde incoar de oficio.*

## Abstract

### JURISPRUDENTIAL CLARIFICATIONS ON THE APPEAL AGAINST THE ADMINISTRATIVE INACTIVITY (COMMENT TO THE SENTENCE OF THE SUPREME TRIBUNAL OF DECEMBER 3 2008)

*The imprecision with which it was regulated in the article 29.1 of the Law of the Contentious-administrative Jurisdiction of 1998 the appeal*

*against the inactivity of the Administration, despite the important novelty that it supposed in that moment, has limited the practical*

*application of this channel of control of the Administration. By virtue of the commented judgement whose doctrine is expected to be consolidated, the Supreme Tribunal carries out a wide interpretation of this legal precept*

*that offers bigger possibilities to demand from the Administration the execution of its legal duties by means of the beginning, processing and conclusion of procedures that corresponds to it to bring ex-officio.*

## Sumario:

**I. La prudente regulación legal del recurso contra la inactividad de la Administración.**

**II. El supuesto a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de**

**2008. III. La resolución sobre la demanda contra la inactividad. IV. Hacia una concepción**

**amplia del recurso contra la inactividad de la Administración.** A) La “prestación concreta”

incluye la iniciación debida de oficio de procedimientos administrativos. B) El problema

de la determinación de los beneficiarios de la prestación y las obligaciones administrativas

de alcance colectivo. C) La cuestión de la legitimación para recurrir.

## **I. LA PRUDENTE REGULACIÓN LEGAL DEL RECURSO CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN**

Cuando escribo estas líneas, han pasado diez años desde que entró en vigor la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una de las novedades de mayor relieve que esta Ley introdujo en nuestro ordenamiento fue, como ha sido reconocido por la práctica unanimitad de la doctrina, el recurso contra la inactividad de la Administración, específicamente regulado en el artículo 29.

Sin embargo, la Ley 29/1998 reguló el recurso contra la inactividad con mucha cautela, pues la opción por esta apertura esencial de nuestro sistema contencioso-administrativo quiso matizarse con algunas limitaciones en el texto de la Ley, ante el temor de que pudieran los Jueces y Tribunales invadir por esta vía el ámbito de la discrecionalidad administrativa. Así resulta de la Exposición de Motivos de la Ley, que merece la pena recordar:

“El recurso [contra la inactividad] se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad

## Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa

no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el *quando* de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad.”

En consecuencia, la Ley vino a establecer dos modalidades del recurso contra la inactividad. Una de ellas, contemplada en el artículo 29.2, para solicitar la ejecución de actos firmes, a través del procedimiento abreviado. Y otra, regulada en el artículo 29.1 y más imprecisa en sus términos, para reclamar de la Administración la realización de una prestación debida.

En este último caso, la Ley sujeta la posibilidad de interponer el recurso contra la inactividad a estrictas condiciones. En efecto, se permite impugnar tan sólo el incumplimiento por la Administración de su obligación de realizar una “prestación concreta”, obligación nacida de una disposición general que no precise de actos de aplicación, o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo. Además, dicha prestación debe venir establecida a favor de “una o varias personas determinadas”. Y, en relación con esta última precisión, la Ley reconoce el derecho a reclamar y, en su caso, a recurrir contra la inactividad, a “quienes tuvieran derecho” a dicha prestación.

Estas restricciones del recurso contra la inactividad fueron objeto de inmediato del análisis y la crítica doctrinal. Aunque, como es normal, no todos los comentarios de los citados preceptos de la Ley se expresan en la misma dirección. Algunos prestigiosos autores sostuvieron que, dadas sus limitaciones, el nuevo recurso contra la inactividad de la Administración comportaba escasas novedades prácticas, pues el objetivo que persigue podía lograrse antes también convirtiendo la inactividad o inercia administrativa en un acto presunto adoptado por silencio, sin más que formular la correspondiente solicitud ante la Administración competente<sup>1</sup>. Sin participar de este escepticismo, otros expertos criticaron la excesiva timidez o prudencia del legislador al limitar el recurso contra la inactividad a las reclamaciones de prestaciones debidas a personas determinadas y restringir la legitimación para recurrir a esas mismas personas<sup>2</sup>. Pero no han faltado en la doctrina jurídica opiniones más alentadoras y constructivas, aquellas que consideran que los términos de la Ley deben interpretarse de una manera amplia y favorable al ejercicio de la acción, de conformidad con las exigencias del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y que tal interpretación favorable no es sólo deseable sino también posible<sup>3</sup>.

(1) Así, NIETO GARCÍA, A.: “La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998”, en el núm. extraordinario de 1999 de esta Revista, y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, 1998.

(2) GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Navarra, 1997, pág. 218.

(3) Por ejemplo, AGUADO i CUDOLÀ, V.: *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid-Barcelona, 2001; DE LA QUADRA SALCEDO, T.: en su comentario al artículo 29 en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, núm. 100, *Revista Española de Derecho Administrativo*; y yo mismo en “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, en el volumen *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª ed., Valladolid, 2001.

En realidad, el alcance del artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional y la extensión del recurso contra la inactividad que regula –dejando de lado ahora el supuesto más claro y específico del recurso destinado a la ejecución de actos firmes del artículo 29.2– depende de cómo se interpreten tres de las expresiones que aquél incluye: a) qué debe entenderse por prestación “concreta”; b) qué son, en el contexto del precepto, “personas determinadas”, y c) quién tiene “derecho” a reclamar la prestación debida, esto es, a quién debe reconocerse legitimación para interponer este tipo de recurso. Inclusive depende de la interpretación que se dé a la expresión “disposición general que no precise de actos de aplicación”. Pues, si bien cabe una interpretación restrictiva que contemple el recurso contra la inactividad como un remedio para obtener prestaciones sólo materiales y puramente individuales y atribuya la legitimación para interponerlo exclusivamente a las personas que *a priori* tienen un derecho subjetivo a obtenerlas, también es posible considerar, sin ir más allá de la letra de la Ley, que el recurso contra la inactividad puede utilizarse como garantía frente a múltiples omisiones o actitudes pasivas de la Administración que, vulnerando la ley, afectan a derechos e intereses legítimos de naturaleza colectiva. Esta interpretación es, ciertamente, necesaria si se pretende ensanchar las garantías del Estado de Derecho y la lucha contra la pasividad ilegal de la Administración, ya que muchas veces las actividades debidas de la Administración tienen por destinatarios o posibles beneficiarios a una colectividad más o menos determinada o determinable de personas.

## II. EL SUPUESTO A QUE SE REFIERE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE DICIEMBRE DE 2008

Un buen ejemplo de esa interpretación favorable al ejercicio de la acción contra la inactividad de la Administración lo proporciona esta Sentencia que ahora comentamos (el Ponente es Martínez-Vares García), cuyos presupuestos de hecho son los que a continuación se resumen.

En el año 2000 un grupo de vecinos de la localidad madrileña de Humanes, entre los que se encontraba el recurrente, don Eloy, denunciaron ante la Dirección General de Agricultura de la Comunidad de Madrid el proyecto y el comienzo de unas obras urbanísticas que iban a invadir la vía pecuaria denominada Vereda del Camino de Humanes, que daba acceso a sus viviendas y propiedades. El Servicio de Desarrollo Rural de la Comunidad de Madrid informó que, efectivamente, se producía la intromisión en la Vereda en unos 2.600 m<sup>2</sup> y que las obras tenían su origen en la ejecución de un plan urbanístico del Ayuntamiento de Humanes. En consecuencia, se incoaron varios expedientes sancionadores contra la empresa “Rentgrup, SL”, una persona física y contra el propio Ayuntamiento de Humanes, acordándose por la Dirección General de Agricultura la inmediata paralización de las obras en marzo de 2001. No obstante, se recoge en la Sentencia que las obras urbanísticas afectadas siguieron construyéndose hasta su terminación y que se había permitido habitar las construcciones. Además, en fecha 22 de octubre de 2001, la Dirección General acordó la suspensión del expediente sancionador contra el Ayuntamiento de Humanes al tener conocimiento de que se había admitido a trámite una querrela penal contra el Alcalde de Humanes, los administradores de la empresa y la persona física inicialmente inculpados en los procedimientos sancionadores.

## Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa

Don Eloy interpuso recurso de alzada contra la suspensión del expediente sancionador, alegando además la situación de continuación de las obras y que la suspensión suponía una inactividad de la Administración que producía una demora injustificada en la recuperación de la vía pecuaria. En marzo de 2002 la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid declaró inadmisibile el recurso de alzada, por falta de legitimación del recurrente.

Contra dicha resolución éste interpuso recurso contencioso-administrativo en el que afirmaba su legitimación en la causa; discutía que hubiera motivo legal para suspender el expediente sancionador, ya que no se daba la prejudicialidad penal, al no coincidir los inculpados penalmente –todos ellos personas físicas– con los expedientados; señalaba la procedencia de recuperar de oficio la vía pecuaria; alegaba la responsabilidad patrimonial que generaba la inactividad de la Administración (y que fijaba estimativa o simbólicamente en 1.000 euros) y recordaba la posibilidad de recompensas o premios a los ciudadanos que colaboren en la investigación, defensa y protección de los bienes públicos establecida por la legislación de patrimonio de la Comunidad de Madrid (Ley 7/1986, de 23 de julio). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 9ª), por Sentencia de 20 de abril de 2006, desestimó el recurso, delimitando la cuestión litigiosa a la impugnación del acto por el que se suspendió la tramitación del expediente sancionador y considerando que el recurrente carecía de legitimación, pues no existe en nuestro ordenamiento un derecho subjetivo público de un particular a que se sancione a otra persona.

Don Eloy interpuso contra esta Sentencia de instancia recurso de casación, que es el que estima la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora comentamos. En dicha Sentencia se comienza haciendo referencia a un precedente conocido por la Sala, pues en otra ocasión distinta (en el año 2003) el mismo recurrente había denunciado ante la Dirección General de Agricultura de la Comunidad de Madrid la invasión de otras vías pecuarias por nuevas construcciones en el mismo municipio de Humanes. Como la Dirección General se limitó a solicitar del Ayuntamiento de Humanes un informe sobre si las citadas construcciones contaban con licencia y (supuestamente) a enviar a técnicos para la investigación de los hechos, pero sin notificar ningún resultado transcurridos seis meses desde la denuncia, don Eloy recurrió en vía contencioso-administrativa contra tal inactividad. En esa ocasión, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Auto de 24 de junio de 2004 (confirmado en súplica), había inadmitido a limine el recurso por falta de legitimación del recurrente, considerando que éste sólo postulaba la defensa de la legalidad y que no existe la acción popular en el orden jurisdiccional administrativo. Sin embargo, en casación, el Tribunal Supremo había anulado el referido Auto mediante Sentencia de 4 de diciembre de 2007, estimando que la Administración tenía la obligación de haber tramitado el procedimiento de recuperación de oficio de los bienes públicos y que tanto la legislación de vías pecuarias (Ley 8/1998, de 15 de junio), como la Ley del Suelo otorgan a los ciudadanos la acción popular para exigir el cumplimiento de la legalidad. En consecuencia, el Tribunal Supremo reconoció la legitimación activa del recurrente y ordenó reponer las actuaciones del recurso contencioso-administrativo para que se sustanciara el proceso por sus trámites.

Es decir, en dos casos de objeto similar, en que el recurso se dirigía, de una u otra forma, contra la inercia de la Comunidad de Madrid en la defensa de las vías pecuarias frente a agresiones inmobiliarias, el Tribunal Superior de Justicia declaró la falta de legitimación del mismo recurrente, primero porque no tenía acción para reclamar la sanción a terceros y segundo

por inexistencia (errónea) de acción popular. Más aún, la Sentencia que ahora comentamos recoge, significativamente, una reflexión del defensor de don Eloy, contenida en su recurso de casación, en la que manifiesta que el recurrente tiene 86 años y no espera ya ver recuperadas las vías pecuarias en cuestión y en las que se refleja su “tremenda desilusión y su desesperación por el funcionamiento de la Justicia”. Y es significativo que la Sentencia del Tribunal Supremo recoja estas reflexiones del Letrado defensor (de oficio, por cierto) porque, como la propia Sala afirma, le llevan a reforzar su conclusión en el caso.

Para llegar a esta conclusión, el Alto Tribunal señala que lo que el recurrente pretendió al formular su recurso contencioso-administrativo no era sólo impugnar un acuerdo de suspensión de un procedimiento sancionador mientras no finalizase el procedimiento penal por los mismos hechos (que, por cierto, sigue en tramitación), sino también que se reconociera el derecho a recuperar la vía pecuaria invadida. Aunque quizá la demanda de su Abogado pecara de cierta imprecisión, no cabe duda de que en ella se habla de la inactividad de la Administración y que don Eloy había solicitado de manera constante en la vía administrativa que se procediese a iniciar de oficio la recuperación de la vía pecuaria. Existió, por tanto, una acción por inactividad de la Administración, sobre la que la Sentencia de instancia debería haberse pronunciado. Es más, esa misma Sentencia declara como hecho probado que se había producido la intromisión en unos 2.600 m<sup>2</sup> de la Vereda del Camino de Humanes por las actuaciones urbanísticas en cuestión. Por ello y porque la cuestión de la inactividad de la Administración consistente en no iniciar el procedimiento de recuperación de oficio quedó planteada en la vía administrativa y se suscitó en la demanda y en el suplico de la misma, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid incurrió en incongruencia omisiva.

### III. LA RESOLUCIÓN SOBRE LA DEMANDA CONTRA LA INACTIVIDAD

Alcanzado este punto, que le lleva a casar la Sentencia de instancia, el Tribunal Supremo se adentra en el fondo del asunto, es decir, en la existencia o no de inactividad impugnabile y contraria a Derecho y así lo hace recordando lo que disponen los artículos 25.2 y 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre el recurso contra la inactividad, así como el artículo 32.1 de la misma Ley, según el cual, en estos casos el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

Tras de ello, la Sentencia hace referencia a la competencia de la Comunidad de Madrid (como de las demás Comunidades Autónomas) de recuperar por sí misma y en cualquier momento la posesión indebidamente perdida de las vías pecuarias, que son bienes de dominio público de titularidad autonómica, requiriendo a los usurpadores o perturbadores para que cesen en su actuación, sin perjuicio de la reposición, restauración o indemnización a que pudiera haber lugar, solicitando a tal fin el concurso de los agentes de la autoridad (artículo 11 de la Ley 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid). Sobre esta base, la Sentencia del Tribunal Supremo concluye lo siguiente:

“Decimos que es evidente la inactividad de la Administración en este caso puesto que como reconoce la Sentencia [de instancia] Fundamento de Derecho primero, al menos

## Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa

desde el mes de julio de 2000 conoció por la denuncia que formularon el hoy recurrente y 66 vecinos más de Humanes, la realización de obras que acabaron invadiendo la vía pecuaria Vereda del Camino de Humanes nada más y nada menos que, como expresa la misma Sentencia, en unos 2.600 m<sup>2</sup> de la misma. Relata también la Sentencia que se acordó la paralización de las obras sin que la misma se hiciese efectiva, y que se iniciaron expedientes sancionadores luego suspendidos por la causa que conocemos. Sin embargo, lo que no hizo la Administración en modo alguno, y poseía medios para ello, era recuperar de oficio, lo que constituye su primera obligación, la superficie invadida.

Al proceder de ese modo, y una vez que tuvo conocimiento de los hechos ya relatados y habiendo sido requerida para ello, incumplió la obligación que le imponía el artículo 29.1 de la ley de la Jurisdicción, puesto que existiendo disposición de carácter general con rango de Ley, que le permitía hacer efectiva la recuperación del bien de dominio público usurpado, sin otro acto de aplicación más que el del cumplimiento de ese mandato legal, y, por tanto, para ejecutar la prestación, entendido este término en el sentido amplio con que lo utiliza la Ley de la Jurisdicción (no de prestación que deriva de un servicio público) sino de cumplimiento del bien de interés general que le habían demandado aquellos vecinos, ejercitando la acción popular que les otorgaba la misma Ley de la Comunidad, art. 56 'para exigir ante las Administraciones competentes el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de las vías pecuarias', no actuó de ese modo."

En virtud de todo ello y debiendo el Tribunal Supremo, una vez estimada la casación, resolver en funciones de Tribunal de instancia [artículo 95.2.c) y d) de la Ley de la Jurisdicción], estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Eloy contra la inactividad de la Comunidad de Madrid, a la que ordena "proceder de inmediato" a la recuperación de oficio de la vía pecuaria en cuestión.

### IV. HACIA UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DEL RECURSO CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Como es sabido, la respuesta que muchas resoluciones judiciales dan a un determinado asunto depende en buena medida de las circunstancias peculiares del caso, lo que dificulta que su fundamentación pueda extrapolarse hasta deducir de ella una doctrina general, salvo cuando así se quiere expresar en el texto. Es posible que la concepción abierta del recurso contra la inactividad de la Administración que manifiesta la Sentencia que comentamos tenga mucho que ver con el supuesto en que recae. No en vano la Sentencia ha querido transcribir la queja del recurrente acerca de los años y esfuerzos que lleva defendiendo los bienes públicos, en concreto las vías pecuarias que le interesan, frente a la pasividad de la Administración y el lento y poco sensible funcionamiento de la Justicia. Por eso también ha querido ir al fondo del asunto, aplicando de manera elogiabile el principio *pro actione*, por encima de los defectos o imprecisiones del recurrente en el planteamiento de la cuestión sustantiva, tanto en la vía administrativa como en la vía procesal. No está claro, sin embargo, que esa misma concepción amplia del recurso contra la inactividad vaya a mantenerse en posteriores fallos.

Pero, en cualquier caso, la Sentencia de 3 de diciembre de 2008 constituye un precedente y un paso adelante significativo para construir una doctrina jurisprudencial interpretativa del

artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, en la línea más favorable a la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos y a la *vis expansiva* del Estado de Derecho. Pues, como vamos a ver, esta Sentencia afronta y resuelve con un criterio extensivo los tres principales problemas que suscita la letra de dicho precepto.

### **A) La “prestación concreta” incluye la iniciación debida de oficio de procedimientos administrativos**

Lo primero a subrayar es esta consecuencia del fallo. La prestación a que se refiere el artículo 29.1 no sólo puede ser de carácter material, esto es, de dar algo o realizar un servicio a favor de alguien, sino que puede tratarse también de una prestación formal, es decir, la obligación de adoptar ciertos tipos de actos o actuaciones jurídicas. A ello se refiere inequívocamente la Sentencia cuando subraya que el concepto de “prestación” que incluye el artículo 29.1 debe interpretarse en un sentido amplio y no sólo en el de “prestación de un servicio” público.

La interpretación es correcta y acorde con la finalidad del recurso contra la inactividad introducido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 1998. Como señala la Exposición de Motivos de la propia Ley, “el recurso [contra la inactividad] se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio”. Esta segunda posibilidad, tal como he explicado en otro lugar<sup>4</sup>, es consecuencia de lo que establecía el primer Proyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se presentó en las Cortes en 1995 y no llegó a aprobarse. Dicho Proyecto contemplaba expresamente como objeto del recurso contra la inactividad el incumplimiento por la Administración de su obligación de dictar un acto administrativo favorable en un procedimiento iniciado de oficio. Esta previsión expresa no se recogió en el Proyecto de 1997 ni, por tanto, en el texto de la Ley. Pero la alusión a omisiones formales de esta naturaleza como posible objeto del recurso contra la inactividad quedó en la Exposición de Motivos y en algunos preceptos concordantes de la propia Ley. Así, el artículo 71.1.c) prevé que la sentencia pueda condenar a la Administración a la “emisión de un acto”, obviamente debido y omitido, así como a “la práctica de una actuación jurídicamente obligada”, sin precisar si se trata de una actuación formal o material. Y el artículo 108.1, relativo a la ejecución de sentencias, menciona específicamente aquellas que condenan a la Administración a “dictar un acto” y confiere al órgano judicial la facultad de dictar las medidas necesarias para que el fallo alcance la eficacia que sería inherente al “acto omitido”.

A través del recurso contra la inactividad se puede, pues, combatir la pasividad de la Administración consistente en no dictar actos debidos. ¿En qué casos? Como señala también la Exposición de Motivos de la Ley, “allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo”. Pues, como es obvio, en estos últimos la técnica del silencio, ya sea positivo o negativo, ofrece garantías suficientes de tutela de los derechos e intereses legítimos afectados, al menos sobre el papel.

(4) Op. cit., pág. 204.

## Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa

Entre esos otros casos para los que no está previsto el silencio –que no es el momento de describir con pretensiones de exhaustividad– se encuentran sin duda aquellos en que la Administración no inicia o, una vez iniciado, no tramita hasta su conclusión un procedimiento de oficio, siempre que tenga la obligación legal de tramitarlo, como es natural. Pues, de lo contrario, no sería posible exigir el cumplimiento de la legalidad infringida por la omisión administrativa. Ello con la única excepción del supuesto de silencio que menciona ahora el artículo 44.1 de la Ley 30/1992 (LRJPAC), es decir, en aquellos casos en que del procedimiento ya iniciado de oficio pudiera derivarse el reconocimiento o la constitución de derechos o de situaciones jurídicas individualizadas, caso en el que los interesados que hubiesen comparecido en el expediente pueden entender desestimadas sus pretensiones (obviamente deducidas en el propio expediente) por el transcurso del plazo para resolver. Pero se trata de un supuesto de alcance limitado.

Por lo tanto, si el ordenamiento jurídico impone a la Administración el deber de iniciar un procedimiento de oficio ante una determinada situación de hecho, la propia iniciación del procedimiento y su tramitación (diligente) constituyen una “prestación” a efectos de lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, esto es, una actividad o actuación exigible judicialmente en caso de que no se produzca, con la consiguiente infracción del ordenamiento.

La “prestación” a que alude el artículo 29.1 debe ser además “concreta”, según los términos del precepto. Pero este adjetivo no debe constituir un obstáculo en los casos de omisión del inicio de un procedimiento de oficio o de su tramitación, habida cuenta de que esa actividad, la que consiste en dictar el acto de iniciación y practicar las sucesivas diligencias y trámites del expediente, no puede ser más concreta. Por otra parte, esa actividad debe ser legalmente obligada y debida (en virtud de una norma legal o reglamentaria, de un acto previo o de un contrato o convenio), lo que excluye aquellos supuestos en que la iniciación de un procedimiento de oficio es meramente discrecional. Así debe interpretarse además, en casos como éste, el concepto de prestaciones establecidas “en virtud de una disposición general que no precise actos de ejecución”. No como una prestación puramente material, sino como una actuación, incluso formal, que deriva directamente de la norma aplicable, sin necesidad de que otro acto previo o intermedio la concrete o perfeccione<sup>5</sup>.

Es interesante, en el caso a que se refiere la Sentencia, que el Tribunal Supremo afirme la obligación de la Administración Pública competente de iniciar de oficio un expediente de recu-

(5) Así lo entiende, con toda razón, DE LA QUADRA, T.: *op. et loc. cit.*, pág. 305: “... en el caso de las disposiciones generales de las que se deducen obligaciones o derechos, éstos precisarían de actos de aplicación como condición para su existencia, cuando a la Administración se el atribuyen poderes de apreciación, pues, en estos casos, el derecho o la obligación no habrían nacido propiamente hasta que se produjera el acto de aplicación, que no es otra cosa que la valoración que el ordenamiento atribuye a la Administración, como condición para la existencia y efectividad del derecho. Lo que ocurre en el caso de las disposiciones generales es congruente con lo que se prevé para los actos, contratos o convenios, pues en estos últimos la razón de que no se tomen en consideración los actos de aplicación no es otra que la de que el derecho o la obligación se tienen o no a tenor del acto, contrato o convenio, sin necesidad de un acto administrativo de aplicación. La misma lógica se aplicaría entonces a las obligaciones que se deriven de disposiciones generales, entendiendo por actos de aplicación aquellos que pueda dictar la Administración con algún margen de discrecionalidad.

Como se ve, la nueva acción o pretensión abre un importante interrogante que sólo la práctica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo terminará de despejar. No puede, sin embargo, dejar de señalarse que el artículo 29 abre mayores posibilidades de las que puedan deducirse de una lectura restrictiva de su tenor literal; pues de éste cabe deducir que la idea de actos de aplicación comporta no sólo la intermediación administrativa, que en todo caso siempre será necesaria –precisamente por eso se pide que se la condene–, sino una intermediación cualificada por ser de una naturaleza especial: comportar un margen de apreciación o valoración que impide considerar que el derecho o la obligación están predeterminados por la delimitación de los presupuestos de hecho previstos en la disposición general”.

peración de la posesión de un bien de dominio público. Como puede verse, la Sala entiende, con toda corrección, que la potestad de reintegro posesorio (como tantas otras destinadas a la protección de bienes públicos e intereses generales que afectan a la colectividad en su conjunto) no es sólo una facultad de la Administración, sino además un deber o función derivado directamente de la Ley. Ciertamente, el deber es general, pero inexcusable y, cuando existe el supuesto de hecho que legitima la intervención de la Administración —esto es, cuando existen indicios suficientes de usurpación ilegal de los bienes públicos— aquélla tiene una obligación “concreta” y exigible de actuar ejerciendo las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere en beneficio de los ciudadanos. Obligación que deriva directamente de la ley o disposición general aplicable, sin necesidad de actos previos o intermedios de concreción.

A la vista de esta primera conclusión, podemos pensar en la procedencia del recurso contra la inactividad en muchos otros supuestos en que la Administración puede y debe tramitar un procedimiento de oficio en defensa de bienes o intereses públicos o colectivos. Bastaría pensar en la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico, finalidad para la que se otorgan por la Ley a las Administraciones competentes potestades de defensa preventiva o de recuperación o restauración que deberían ejercitarse siempre que el caso lo requiera. O bien, en las potestades administrativas de protección de la legalidad urbanística mediante actos de suspensión de obras o licencias o de declaración de la nulidad o la caducidad de éstas. Por no hablar ahora de las potestades sancionadoras, que merecen, sin embargo, una consideración aparte.

## **B) El problema de la determinación de los beneficiarios de la prestación y las obligaciones administrativas de alcance colectivo**

No obstante, conforme al artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional, la prestación cuya omisión puede ser objeto de recurso debe ser no sólo concreta sino “a favor de una o varias personas determinadas”. Y aquí podría encontrarse un obstáculo más serio para extender el recurso contra la inactividad a casos como los que acaban de mencionarse.

La Sentencia que comentamos no aborda de manera expresa este punto, pero sí lleva a cabo una interpretación implícita. Como es natural, la facultad de recuperación de oficio de bienes de titularidad pública no tiene un beneficiario único o determinado *a priori*. De alguna forma toda la sociedad resulta beneficiada de su correcto ejercicio. Y, por otro lado, nadie puede considerarse como beneficiario único de estas medidas, que la Ley arbitra en función del interés general. Sin embargo, en su aplicación al caso concreto, los beneficiarios más directos —que no exclusivos—, los ciudadanos especialmente afectados por la actuación de la Administración o por su pasividad, pueden aparecer y quedar determinados en un expediente administrativo, en la medida en que reaccionan contra tal pasividad y alegan y prueban los perjuicios particulares que les ocasiona<sup>6</sup>.

(6) Como señala V. AGUADO i CUDOLÀ, en relación con el precepto (*op. cit.*, pág. 127, “... en estos casos, si bien el sujeto queda inicialmente indeterminado, tal situación queda superada cuando uno de los posibles destinatarios ‘se coloca en las condiciones previstas en el supuesto de hecho o reúne las circunstancias contempladas en la constitución de la obligación’. De esta forma, en la medida en que una disposición general prevea una obligación cuyos destinatarios pueden ser una amplia generalidad de personas, las personas quedarán determinadas en el momento en que reúnan los requisitos establecidos por dicha disposición”.

## Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa

A diferencia de otros preceptos, el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción no exige que, a través del recurso contra la inactividad, haya de pretenderse siempre o tan sólo el reconocimiento y protección de situaciones jurídicas individualizadas. La situación jurídica que el recurso protege puede ser de carácter colectivo, sin que ello implique vulnerar la letra o el espíritu de la Ley. Ahora bien, como en el caso de muchos intereses colectivos, los interesados reales, los más afectados o más predispuestos a su defensa, emergen en su relación previa con la Administración o a lo largo de la tramitación del expediente. En particular, quienes instan a la Administración a ejercer sus potestades de oficio se identifican, sin duda, como personas particularmente interesadas en exigir la prestación, ya sea porque puedan percibir de ello un beneficio superior, ya sea porque asumen en mayor medida que otros la defensa de ciertos bienes de interés común. La actividad administrativa obligada favorece, pues, a estas personas determinadas, sin perjuicio de que puedan ser beneficiarias también para otras e incluso para el conjunto de los ciudadanos. No es indiferente, en este sentido, que la Sentencia que comentamos aluda –y reiteradamente– al recurrente y a los 66 vecinos de Humanes que formularon la denuncia para exigir que la Administración protegiese la vía pecuaria que atraviesa el municipio y que incluso, como se refiere en los antecedentes de ello, colinda con sus propiedades, vecinos que venían teniendo acceso a ella antes de la ocupación urbanística denunciada. Ahí están ya las personas determinadas –aunque no fueran las únicas– a las que habría de favorecer la “prestación concreta” que, en forma de tramitación de un expediente de reintegro posesorio, estaba obligada a llevar a cabo la Administración. Y ello sin necesidad de pretender el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas.

Si se lee así el artículo 29.1, como sugiere una parte de la doctrina jurídica, la virtualidad y la importancia del recurso contra la inactividad de la Administración, como un remedio eficaz de garantía del cumplimiento de la legalidad, quedará sustancialmente realizada. Tal como ha sucedido en el caso que comentamos.

### C) La cuestión de la legitimación para recurrir

En alguna medida (aunque no del todo), la exigencia de que la inactividad afecte a personas determinadas se relaciona con la legitimación para recurrir contra ella. Como es sabido, el artículo 29.1 confiere esa legitimación a “quienes tuvieran derecho a ella”.

Una interpretación restrictiva del precepto llevaría a considerar que en estos casos sólo están legitimados para reclamar y recurrir quienes tengan un derecho subjetivo, de naturaleza sustantiva, a obtener una prestación concreta y determinada. Pero en una acepción más amplia, el precepto parece referirse a todos aquellos que tengan un derecho reaccional, esto es, a exigir una prestación o actividad administrativa, del tipo que sea. Ésta es la interpretación avalada por la mejor doctrina<sup>7</sup> y más acorde con las exigencias del principio *pro actione*.

Pues bien, se trata de la interpretación que adopta con toda claridad la Sentencia de 3 de diciembre de 2008 que ahora se comenta, que recoge la doctrina ya establecida para un caso

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 11ª, 2008, pág. 77: “Aunque la legitimación parece limitarse a ‘quienes tuvieran un derecho’ a esa prestación (...), no parece que pueda cuestionarse, para evitar un estrechamiento de esta importante vía, la regla general de legitimación del artículo 19.1.a) (‘personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo’), teniendo en cuenta, además, (...) que esos supuestos ‘intereses legítimos’ son, en realidad, derechos subjetivos plenos, de la clase que hemos llamado ‘reaccionales’”.

semejante anterior por la Sentencia de 4 de diciembre de 2007. Revocando los respectivos fallos de instancia, ambas Sentencias del Tribunal Supremo declaran que en estos casos el recurrente no carecía de legitimación activa, por estar reconocida la acción popular en la legislación de vías pecuarias y en la legislación urbanística.

La respuesta jurisprudencial debe ser valorada en todo su alcance. Por un lado, facilita la impugnación judicial de la inactividad de la Administración por cualquier persona en un ámbito como el urbanístico, en el que tanta pasividad administrativa se observa con frecuencia para imponer el cumplimiento de la ordenación urbanística frente a actividades abusivas de terceros, en perjuicio de la legalidad y disciplina urbanística general y de los legítimos intereses de vecinos y colindantes, entre otros. Pero además, viene a superar la idea de que sólo pueden recurrir contra la inactividad los titulares de derechos subjetivos de carácter prestacional. Por el contrario, cualquier titular de un interés legítimo, individual o colectivo, podrá reclamar contra la inactividad, siempre que la Administración esté obligada legalmente a realizar una concreta actuación que pueda favorecer a personas determinadas. Piénsese, por ejemplo, en el caso paradigmático de los expedientes de suspensión o clausura de actividades hosteleras que infrinjan las reglas de limitación de ruidos o causen otras molestias al vecindario con infracción de las ordenanzas aplicables, o en la inactividad frente a la utilización indebida de los recursos hidráulicos o del dominio marítimo-terrestre.

El recurso contra la inactividad se abre así a la protección de los bienes e intereses de naturaleza colectiva frente a agresiones o usurpaciones ilegales e insolidarias, que tantas veces se producen y se consolidan por la omisión —ya sea voluntaria o negligente— de los deberes de protección de la Administración. La tendencia que la Sentencia referida marca constituye, desde este punto de vista, una buena noticia.

Conviene matizar, en cualquier caso, que esta Sentencia se refiere a un procedimiento de oficio que no tiene naturaleza sancionadora. Justamente, frente a la Sentencia de instancia, que rechazó la legitimación del recurrente para demandar la continuación de un expediente sancionador —decisión a la que el Tribunal Supremo no se opone— la de casación empieza por declarar que aquélla incurrió en incongruencia omisiva por no haber dado respuesta a la demanda por inactividad en la iniciación del expediente de reintegro posesorio.

Es posible que si la única omisión constatada en el caso hubiera sido la relativa a la tramitación del expediente sancionador, la solución habría sido muy distinta, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial mayoritaria o prácticamente unánime sobre la falta de legitimación del denunciante para exigir la incoación o la prosecución de los expedientes sancionadores. Sin duda sobre esta doctrina tan poco matizada aún habría mucho que decir. Pero eso debe quedar para otra ocasión. Lo que la Sentencia de 3 de diciembre de 2008 sí nos permite constatar es que resulta posible combatir en vía judicial por cualquier interesado —o por cualquier ciudadano en los casos en que existe la acción popular— a través del recurso contra la inactividad de la Administración, la falta de incoación de un procedimiento de oficio (o su paralización o no tramitación) relativo a la necesaria protección de bienes públicos y otros intereses legítimos de naturaleza colectiva, que no tenga carecer sancionador en sentido estricto. Si esta línea jurisprudencial se consolida, no es poco.

**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. 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 dado cuenta de los sucesivos procesos de ratificación del tratado de Lisboa por parte de los Estados miembros. Como es sabido, el Tratado reformador debía estar en vigor desde el 1 de enero de 2001, hecho que no se ha producido por la demora en los procesos de ratificación de algunos Estados y la situación creada por el “no” en el referéndum irlandés, que está en vías de desbloquearse durante las próximas legislaturas.

Por su parte, la Comisión ha puesto en manos de todos los europeos unos Textos Consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de la Comunidad Europea (que con la entrada en vigor del Tratado reformador de Lisboa pasará a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en acrónimo al que nos debemos ir acostumbrando, TFUE). Otra novedad de calado: si ya en 1992 la Comunidad dejó de ser “Económica”, desde 2009 deja de ser “Comunidad” y ya sólo podremos hablar de “Unión Europea”. Los pequeños pasos en la construcción de los que hablara SCHUMAN son más perceptibles de cuando en cuando.

Los nuevos Tratados Consolidados (que como ya se hiciera con el Tratado de Ámsterdam en 1997 “mueven” toda la numeración existente) se encuentran publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea C 115/361, de 9 de mayo de 2008, y están asimismo disponibles en la página web de la Unión. La única editorial que hasta ahora ha efectuado la publicación de los

nuevos textos consolidados ha sido Civitas, en *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea* (preparación de la edición y estudio preliminar por Ricardo Alonso García), Thomson Civitas, 2008.

Dicho lo cual, debemos decir que ha continuado el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa. Los diputados suecos ratificaron, el 21 de noviembre de 2008, el Tratado de Lisboa. De esta manera, Suecia se ha convertido así en el 24º país de los 27 Estados miembros de la Unión Europea que aprueba este texto. También parece desbloqueada la situación en la República Checa. El Tribunal Constitucional de la República Checa dictaminó el 26 de noviembre de 2008 que el Tratado de Lisboa no vulnera las leyes de este país, abriendo así la vía a su ratificación por las dos cámaras del Parlamento.

También es interesante la situación que se vive en Irlanda. La subcomisión sobre el futuro de Irlanda en la Unión Europea, instaurada después del referéndum negativo sobre el Tratado de Lisboa de 12 de junio de 2008, publicado su informe el 27 de noviembre de 2008, según el cual ningún obstáculo de orden constitucional se opone a la celebración de un nuevo referéndum en Irlanda sobre el Tratado de Lisboa. Componen este informe 4 capítulos: los retos después del referéndum, las posibles opciones para el futuro de Irlanda en la UE, la mejora de la comprensión de la UE por los ciudadanos y el refuerzo del papel del Parlamento en los asuntos europeos. En la misma línea se ha pronunciado el Instituto irlandés de asuntos internacionales y europeos (IIEA) cuando publica un informe titulado “El futuro de Irlanda después de Lisboa: problemática, opciones e implicaciones”, donde se definen ocho posibles situaciones como respuesta al bloqueo suscitado por el referéndum negativo irlandés sobre el Tratado de Lisboa y analiza sus implicaciones para Irlanda y la UE. Con vistas a un segundo referéndum sobre el Tratado de Lisboa en Irlanda, los 27 Jefes de Estado y de Gobierno concedieron a este país varias garantías jurídicas que respondían a sus exigencias. Éstas se refieren al no cuestionamiento de la neutralidad militar del país, su autonomía fiscal y su oposición al aborto, pero también al mantenimiento de un Comisario europeo de origen irlandés en la composición de la Comisión Europea que se renovará en octubre/noviembre de 2009. El referéndum en Irlanda debería pues tener lugar antes de esta fecha.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES

En la **STJCE de 19 de febrero de 2009, As. C-308/07 P**, recuerda el Tribunal que el derecho a un proceso justo, tal como se garantiza en el artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, constituye un derecho fundamental que la Unión Europea respeta en cuanto principio general en virtud del artículo 6 UE, apartado 2 (al respecto se pueden ver también las Sentencias de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 29, y de 1 de julio de 2008, *Chronopost y La Poste/UFEX* y otros, C-341/06 P y C-342/06 P, Rec. p. I-0000, apartado 44).

Este derecho implica necesariamente que toda persona tenga acceso a un tribunal independiente e imparcial. Por lo tanto, como el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar,

## I. Derecho Comunitario

la existencia de garantías en cuanto a la composición del Tribunal constituye la piedra angular del derecho a un proceso justo, cuyo respeto debe controlar el juez comunitario, en particular, cuando se alegue una vulneración de ese derecho y la controversia sobre este punto no parezca de entrada manifiestamente carente de fundamento (véase, en este sentido, la Sentencia Chronopost y La Poste/UFEX y otros, antes citada, apartados 46 a 48).

No obstante, se desprende asimismo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la circunstancia de que Jueces que hayan conocido una primera vez de un asunto actúen en otra formación que tenga que conocer nuevamente del mismo asunto no puede considerarse en sí misma incompatible con las exigencias del derecho a un proceso justo (véanse, en este sentido, la Sentencia Chronopost y La Poste/UFEX y otros, antes citada, apartados 58 y 59, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se menciona).

En particular, el hecho de que uno o varios Jueces estén presentes en las dos formaciones sucesivas, ejerciendo en ellas las mismas funciones, como las de Presidente o Juez Ponente carece, en sí mismo, de influencia en la apreciación de la observancia de la exigencia de imparcialidad, dado que dichas funciones se ejercen en una formación colegiada (véase, en este sentido, la Sentencia Chronopost y La Poste/UFEX y otros, antes citada, apartado 53).

Tales consideraciones son válidas, con mayor razón, cuando las dos formaciones sucesivas han de conocer, no ya del mismo asunto, como sucedía en el que dio lugar a la sentencia Chronopost y La Poste/UFEX y otros, antes citada, que se refería a la devolución de un asunto ante el Tribunal de Primera Instancia tras la anulación de la sentencia de primera instancia por el Tribunal de Justicia, sino, como en el caso de autos, de dos asuntos distintos que presentan un cierto grado de conexidad.

Además, ha de observarse que la exigencia de imparcialidad encierra en realidad dos aspectos. En primer lugar, es preciso que el tribunal sea subjetivamente imparcial, es decir, que ninguno de sus miembros tome partido en ningún sentido o tenga prejuicios personales, presumiéndose la imparcialidad personal salvo prueba en contrario. En segundo lugar, el tribunal debe ser objetivamente imparcial, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para descartar cualquier duda legítima a este respecto (Sentencia Chronopost y La Poste/UFEX y otros, antes citada, apartado 54, y, en ese sentido, TEDH, Sentencias Fey c. Austria de 24 de febrero de 1993, serie A núm. 255-A, p. 12, § 28; Findlay c. Reino Unido de 25 de febrero de 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 281, § 73, y Forum Maritime SA c. Rumanía de 4 de octubre de 2007, aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, § 116).

Pues bien, en el caso resuelto por la STJCE de 19 de febrero de 2009 el Tribunal entiende que el recurrente, como él mismo confirmó en la vista, no invocó ningún argumento que pueda cuestionar la imparcialidad personal de los miembros del Tribunal de Primera Instancia; además, el recurrente no interpuso recurso de casación contra la sentencia Gorostiaga, y dicha sentencia le dio en parte la razón.

Por otra parte, el recurrente no alegó ningún elemento objetivo que pueda engendrar dudas en cuanto a la imparcialidad del Tribunal de Primera Instancia. A este respecto, se limitó, en efecto, a invocar la presencia de los mismos jueces en las dos formaciones a que se ha hecho referencia, es decir, una circunstancia que no es en sí misma incompatible con los imperativos del derecho a un proceso justo.

### 3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica pueden destacarse las siguientes resoluciones.

En primer lugar, la **STJCE de 10 de febrero de 2009, As. C-301/06, Irlanda y República Eslovaca c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea**, contiene un pronunciamiento interesante en relación al artículo 47 del TUE. Según este precepto,

“Sin perjuicio de las disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de las presentes disposiciones finales, ninguna disposición del presente Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado.”

Pues bien, en su Fundamento 76° el Tribunal resalta que la finalidad del dicho artículo es la de mantener y desarrollar el acervo comunitario conforme a lo dispuesto en los artículos 2, quinto guión del TUE (entre los objetivos de la Unión se encuentra “[m]antener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas, para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios) y 3.1° del TUE (“La Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario”).

En segundo término, la **STJCE de 4 de diciembre de 2008, As. C-41/08, Comisión c. República Checa**, reitera 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, de modo que los cambios que tengan lugar con posterioridad no serán tenidos en cuenta por el Tribunal. En el mismo sentido se pronuncia la **STJCE de 15 de enero de 2009, As. C-539/07, Comisión c. Italia**, reiterando la imposibilidad de que un Estado miembro alegue disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la no adaptación del Derecho interno a una Directiva en el plazo establecido.

Por último, la **STJCE de 16 de diciembre de 2008, As. C-73/07, Tietosuojavaluutettu c. Markkinapörssi y Satamedia**, aporta una norma hermenéutica que debe tenerse presente a la hora de interpretar las disposiciones de una directiva señalando, en su Fundamento 51°, que dicha interpretación debe realizarse a la luz del objetivo perseguido por ésta y del sistema que establece. Por su parte, refiriéndose a la interpretación de las disposiciones comunitarias, en general, la **STJCE de 12 de febrero de 2009, C-466/07, Klarenberg c. Ferrotron Technologies GMBH**, destaca que habrá de tenerse en cuenta, no sólo el tenor literal de la disposición, sino también su contexto y los objetivos de la normativa de la que forma parte (Fundamento 37°).

### 4. RECURSOS

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

Durante el marco temporal al cual se suscribe esta crónica jurisprudencial no se observa un cambio substancial de los criterios jurisprudenciales marcados por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en referencia a los recursos por omisión y anulación. No obstante, podemos recordar el contenido de algunas de las sentencias recaídas durante este lapso temporal. Podríamos comenzar con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 6 de noviembre de 2008, As. C-155/07, Parlamento/Comisión, por medio de la cual se anuló la decisión 2006/1016/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 2006, por la que se concede al Banco Europeo de Inversiones una garantía de la Comunidad frente a las pérdidas que se deriven de préstamos y garantías concedidos para la realización de proyectos fuera de la Comunidad. Pero se mantuvo los efectos de esta decisión en relación con las operaciones de financiación del Banco Europeo de Inversiones que hubieran sido acordadas hasta la entrada en vigor, en el plazo de doce meses a partir de la fecha de pronunciamiento de la presente sentencia, de una nueva decisión adoptada sobre la base jurídica correcta, a saber, los artículos 179 y 181.A) de la CE conjuntamente. Igualmente, en referencia a los efectos de la anulación, podemos recordar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2008, As. C-295/07 P, Comisión/Département du Loiret, en la cual el Tribunal de Justicia sostuvo que no puede adoptarse una anulación total cuando es del todo evidente que dicho motivo, que se refiere únicamente a un aspecto específico del acto impugnado, sólo puede sustentar una anulación parcial (FJ 104°).

Respecto al Reino de España, debemos destacar, en primer lugar, el Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Séptima) de 13 de enero de 2009, As. T-456/08, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)/Comisión, por medio del cual se declaró la inadmisibilidad del recurso de la SGAE al no haberse interpuesto la demanda en el plazo fijado. Es decir, dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido su conocimiento. Teniendo en cuenta, por otro lado, que con arreglo al artículo 102, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, dicho plazo se ampliará, por razón de la distancia, en un plazo único de diez días.

Así como también, en segundo lugar, el Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 14 de noviembre de 2008, As. T-45/08, Transportes Evaristo Molina/Comisión, por medio del cual el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que

“la circunstancia de que una persona pueda no resultar afectada por un acto en el momento de su publicación no puede tener como efecto reabrir el plazo para recurrir respecto a ella si debiera resultar afectada con posterioridad. El plazo para recurrir fijado por el artículo 230 de la CE, párrafo quinto, dirigido a garantizar la seguridad jurídica, se aplica a cualquier persona, sea cual fuere su situación en el día de la publicación del acto. Las circunstancias totalmente excepcionales de caso fortuito, fuerza mayor o error excusable, que permiten, conforme al artículo 45, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia y a la jurisprudencia, establecer excepciones a la aplicación de las normativas comunitarias sobre plazos procesales, no afectan en ningún caso a la fecha a partir de la cual comienza a correr el plazo” (FJ 30°).

En este supuesto concreto se enjuiciaba si la estación de servicios Transportes Evaristo Molina tenía legitimación activa cuando el verificador le informó de que, a su juicio, podía considerarse incluida en el listado de estaciones de servicio que figura en el anexo I de los compromisos contraídos por Repsol CPP relativos a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE. En el auto se pone de relieve que la legitimación procesal, en cualquier caso, es apreciada, como requisito de la admisibilidad del recurso, únicamente por el órgano jurisdiccional comunitario sin que resulte vinculado por la opinión de las partes ni, *a fortiori*, por la de terceros.

Finalmente, debemos recordar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta), de 20 de noviembre de 2008, As. T-185/05, Italia/Comisión, por medio de la cual se anuló la decisión adoptada por la Comisión en su reunión núm. 1678, de 10 de noviembre de 2004, por la que se establecen el alemán, el inglés y el francés como lenguas para la publicación externa en el Diario Oficial de la Unión Europea de los anuncios de vacante de los puestos de nivel superior, para un período que debía finalizar el 1 de enero de 2007. Esta decisión de la Comisión Europea no determinaba una serie de orientaciones internas en las que se indicaran tan sólo las líneas generales que presidirán la fijación, cada vez que resultara necesario, de las normas de procedimiento que deben respetarse para la provisión de un puesto de trabajo. Más bien, esta decisión fijaba, con carácter inmediato y definitivo, un aspecto del procedimiento que debe seguirse en el futuro para la provisión de todos los puestos de nivel superior incluidos en su ámbito de aplicación con lo cual es posible solicitar su anulación por parte de los Estados miembros. Como afirma el Tribunal de Primera Instancia existe una discriminación pues la publicación en el Diario Oficial del texto del anuncio de vacante únicamente en ciertas lenguas comunitarias, cuando se admita la presentación de candidaturas por personas que sólo tengan conocimientos de otras lenguas comunitarias, puede conducir a una discriminación en perjuicio de este último grupo de candidatos potenciales, siempre y cuando no sea completada con otras medidas que les permitan tomar conocimiento efectivo de las cualificaciones exigidas en el anuncio de vacante ni de los requisitos y las reglas del procedimiento de selección. Este conocimiento es presupuesto necesario para la presentación óptima de su candidatura, con el objeto de maximizar sus opciones a ser seleccionados para el puesto de que se trate.

### **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 el recurso por omisión, el recurso de anulación, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

### **D) Cuestiones prejudiciales**

Tres han sido los argumentos que han centrado la atención del Tribunal de Justicia en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere. De una parte, y como viene siendo costumbre, los motivos o razones de inadmisibilidad de este tipo de peticiones.

## I. Derecho Comunitario

En efecto, en lo que atañe a este “tópico prejudicial”, conviene recordar –como tantas veces lo ha hecho la propia Corte Comunitaria– que las solicitudes de este tipo de pronunciamientos gozan de una suerte de: “presunción de pertinencia”. Una presunción que opera de modo que: a) sólo cuando resulte evidente que la interpretación de Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad (“cuestión hipotética”); o b) cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil, podrá dicho Tribunal negarse justificadamente a pronunciarse sobre tales solicitudes.

Recordado lo anterior, la Curia Comunitaria no ha perdido la oportunidad de reiterar esta línea jurisprudencial en hasta seis sentencias diferentes durante el período de tiempo considerado en esta crónica. Sentencias que, cronológicamente ordenadas, serían las siguientes.

En primer lugar, la **STJCE de 4 de diciembre de 2008, Zabłozca-Weyhermüller, As. C-221/07**, en la que el *Land Baden-Württemberg*, así como el Gobierno alemán, consideran (apartados 17 a 19 de este pronunciamiento) que la petición prejudicial planteada resulta impertinente, pues: a) no guarda relación con litigio principal y b) incluso aunque la guardase, carecería de utilidad alguna para la resolución adecuada del mismo.

El parecer del Tribunal de Justicia, sin embargo, es del todo distinto, pues considera que en este caso no se verifican ninguno de los dos motivos de inadmisión alegados por el *Land Baden-Württemberg* o el Gobierno alemán. De una parte (apartado 22 de la sentencia), porque la cuestión de fondo (el derecho al cobro de unas determinadas prestaciones sociales a favor de una de las partes en el proceso): “... sigue siendo objeto de controversia...” en el litigio principal. Y de otra (apartado 21 de este pronunciamiento), porque el órgano jurisdiccional interno ha proporcionado al Tribunal de Justicia una exposición detallada del contexto fáctico y normativo del litigio principal, amén de las razones por las que ha considerado que *la respuesta de la Corte Comunitaria es necesaria para poder emitir su fallo*. Tomando en consideración ambas circunstancias, no es de extrañar que la Corte termine (apartado 23 de la sentencia) por declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial formulada.

En segundo lugar, y en la **STJCE de 11 de diciembre de 2008, MI.Ver y Antonelli, As. C-387/07**, el Tribunal de Justicia llega a idéntica conclusión, frente a las observaciones de la Comisión en sentido contrario. En efecto, distintamente a cuanto sostiene la Comisión, esto es (apartado 14 de la sentencia), que las cuestiones planteadas son impertinentes por no haber facilitado el órgano remitente interno los datos mínimos necesarios para ofrecer una respuesta útil, la Corte Comunitaria juzga (apartado 16 de la sentencia), que si bien dichos datos no permiten determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que tendrán las respuestas de la propia Corte, tanto de aquella petición como de las observaciones escritas y orales formuladas por las partes: “... se desprende...” que la interpretación solicitada *guarda relación* con el Derecho Comunitario y que, en su consecuencia (apdo. 17 de la sentencia), las cuestiones planteadas deben ser admisibles.

A este pronunciamiento cabe añadir, en tercer lugar, la **STJCE de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, As. C-213/07**, en la que, de nuevo y en contra de la tesis mantenida por el Gobierno griego, que sostiene que la petición prejudicial solicitada resulta impertinente por no guardar relación con el Derecho comunitario así como por no responder a una necesidad objetiva de facilitar la resolución del litigio principal (apartados 27 a 31 de la sentencia), la Corte Comu-

nitaria opina (apartado 35), de un lado, que la *conexión* entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno está sobradamente demostrada. Y, de otro, que la respuesta prejudicial *proporcionará al órgano jurisdiccional remitente la interpretación que necesita* para pronunciarse sobre la cuestión de la que depende el litigio principal. En tales circunstancias (apartado 36 de la sentencia) no cabe sino declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial discutida.

En cuarto lugar, también en la **STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Les Vergers du Vieux Tauvez*, As. C-48/07**, se debate acerca de la pertinencia o no de la remisión prejudicial. En este caso, el Gobierno italiano se inclina abiertamente por la inadmisibilidad, pues dicha remisión —a su juicio— no proporciona los elementos de hecho ni de Derecho para que el Tribunal de Justicia proporcione una respuesta útil; los Gobiernos alemán, francés, neerlandés y del Reino Unido, por su parte y con base en idéntico argumento, albergan dudas al respecto; mientras que el Gobierno Belga, en fin, cuestiona la competencia del Tribunal de Justicia para conocer del asunto controvertido, ya que su respuesta no será vinculante para el órgano remitente (vid. apartados 15 y 23 a 25 de la sentencia).

La Corte Comunitaria, distintamente y como cabía esperar, considera: a) que la resolución de remisión prejudicial *contiene los elementos de hecho y de Derecho suficientes* como para permitir que ésta ofrezca una respuesta útil al órgano jurisdiccional interno (apartado 19 de la sentencia); b) que *incumbe tan sólo a este órgano interno* determinar en qué fase del procedimiento se debe plantear la petición de pronunciamiento prejudicial (apartado 20 de la sentencia), y c) que, si bien es cierto que en otras ocasiones el Tribunal de Justicia ha inadmitido peticiones prejudiciales porque la respuesta a éstas no resultaba vinculante para el órgano remitente, en el caso que ahora le ocupa *existen elementos bastantes para pensar que el pronunciamiento prejudicial sí resultará vinculante para el juez interno* (apartado 25 de la sentencia). Por tanto, y a la luz de estos considerandos, no cabe sino admitir la cuestión prejudicial planteada y darle adecuada respuesta (apartado 29 de la sentencia).

En quinto término, los motivos de inadmisión prejudicial son examinados por el Tribunal de Justicia en la **STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, As. C-414/07**. En esta ocasión, y según sostiene el Gobierno polaco (apartado 21 de la sentencia), la petición de pronunciamiento prejudicial resulta impertinente y debería ser inadmitida por no guardar relación alguna con la realidad del litigio principal y por resultar, en consecuencia, hipotética.

El Tribunal de Justicia, por el contrario, hace constar (apartado 24 de la sentencia), de una parte, que la resolución de remisión emitida por el órgano jurisdiccional interno contiene una *exposición detallada* del contexto de hecho y de Derecho del litigio principal; y que, además, dicha resolución *incluye las razones por las que aquel órgano ha estimado que necesitaba obtener una respuesta* a las cuestiones planteadas para dictar sentencia. Así las cosas (apartado 25 de la sentencia), el Tribunal de Justicia no puede sino declarar la admisibilidad de la petición prejudicial formulada.

En sexto y último lugar, la Corte Comunitaria vuelve a dejar clara su postura inicialmente contraria a acoger los motivos de inadmisión en su **STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Stamm y Hauser*, As. C-13/08**. Así, y frente a la alegación del *Regierungspräsidium Freiburg*, en el sentido de que la cuestión prejudicial suscitada no es pertinente por no resultar útil para la solución del litigio principal (vid. apartado 22 de la sentencia), o la de la Comisión en el mismo sentido (apartado 23 de la sentencia), el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que estas objecio-

## I. Derecho Comunitario

nes deben rechazarse (apartado 24 de la sentencia) y declararse, en coherencia, la admisibilidad de la petición de pronunciamiento prejudicial solicitada (apartado 28 de la sentencia), dado que: a) *no se aprecia que la interpretación requerida no tenga relación alguna con el objeto del litigio principal* y b) *esta interpretación resulta a todas luces útil para dar respuesta al mismo (vid. apartados 25 a 27 de la sentencia).*

En definitiva, y en virtud de todo lo expuesto, parece evidente que el Tribunal de Justicia mantiene intacta la regla general de “presunción de pertinencia” de las solicitudes de pronunciamiento prejudicial. Regla que sólo decae en una serie de supuestos tasados, y cuya concurrencia en el caso concreto es algo que incumbe acreditar a la parte o partes interesadas a lo largo del procedimiento prejudicial.

Un segundo argumento que ha ocupado la atención del Tribunal de Justicia en estos meses ha sido el de reafirmar su competencia prejudicial en el ámbito de la “política de seguridad interior” al amparo del artículo 35 del TUE. Así es, conviene recordar a este respecto que, si bien la competencia de la Corte Comunitaria en el ámbito de las disposiciones relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal (incluida la prejudicial) *no es tan amplia como la que ostenta en el ámbito estrictamente comunitario, ésta no llega a desaparecer.*

De hecho, y con base justamente en el antedicho artículo 35 del TUE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se reconoce competente —eso sí— con arreglo a las condiciones que establece este artículo, para pronunciarse prejudicialmente sobre: a) la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones; b) la interpretación de convenios fruto de la cooperación judicial y policial en materia penal, y c) la validez e interpretación de sus medidas de aplicación.

Entre aquellas condiciones destaca la necesidad de que cada singular Estado formule una declaración aceptando la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia. Declaración que podrá realizarse, bien en el momento de firmar el Tratado de Ámsterdam o bien en cualquier momento posterior, y en la que los Estados “declarantes” podrán especificar, además: a) que sólo aquel órgano jurisdiccional de dicho Estado cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno sea el que pueda pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante dicho órgano jurisdiccional (relativa a la validez o a la interpretación de un acto a los que acabamos de referirnos), o b) que, en cambio, cualquier órgano jurisdiccional de dicho Estado pueda pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante dicho órgano, cuando éste estime necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Y éste es, precisamente, el argumento procedimental que se discute en la STJCE de 11 de diciembre de 2008, *Bourquain*, As. C-297/07 y en la STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Turansky*, As. C-491/07.

En efecto, en ambas sentencias se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie, no ya sobre una decisión marco o una decisión en materia de cooperación judicial y policial en materia penal, sino sobre un convenio fruto de ésta; más concretamente, sobre distintos preceptos del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 1985 (CAAS).

En los dos casos, y en lo que aquí nos interesa, el debate se centra en determinar si el Tribunal de Justicia es competente —o no— para conocer de las cuestiones prejudiciales suscitadas. Para

dar respuesta a esta incógnita la Corte Comunitaria examina, en primer lugar, si los Estados implicados (Alemania y Francia en el primer caso, y Eslovaquia y de nuevo Francia en el segundo) han formulado la antedicha *declaración*, reconociendo la competencia prejudicial del propio Tribunal de Justicia (vid. apartados 10 de la primera sentencia y 12 de la segunda). Una vez verificado este extremo, la Corte Comunitaria *analiza a continuación su competencia territorial y racione temporis* (vid. apartados 28 y 29 del primer pronunciamiento y 27 del segundo) para concluir que, a la vista de aquellas declaraciones y de que no existe excepción temporal o espacial que lo impida, el Tribunal de Justicia resulta competente para ofrecer una respuesta prejudicial a las cuestiones suscitadas.

Así pues, queda una vez más de manifiesto que el ámbito de cooperación judicial y policial en materia penal *no constituye un espacio exento a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia*; si bien en estos casos, y con carácter previo, habrá que corroborar la existencia de una declaración favorable a estos efectos por parte del Estado miembro en el que se encuentra ubicado el órgano jurisdiccional remitente.

Una tercera y última cuestión que merece ser reseñada y sobre la que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en estos últimos meses ha sido la de la *reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial*. Quizá convenga recordar a este respecto que si bien es ésta una posibilidad contemplada en el artículo 61 de su propio Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia no se ha mostrado muy proclive –si atendemos a su jurisprudencia en mérito– a utilizarla. De hecho, eso es precisamente lo que ha ocurrido en la **STJCE de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, As. C-210/06**.

En efecto, frente a la petición del Gobierno irlandés de reabrir la fase oral del procedimiento prejudicial, con base esencialmente (apartado 44 de la sentencia) en que una de las premisas fácticas sobre las que se funda el análisis del Abogado General en este caso concreto resulta incorrecta, el Tribunal de Justicia estima dicha reapertura innecesaria (apartado 53 de la sentencia). Y ello, en primer lugar, porque es ésta una decisión que tan sólo a él le incumbe tomar, pues las partes en el proceso tan sólo tienen *derecho a proponer o instar* dicha reapertura. Y en segundo término, porque analizada la alegación irlandesa, así como los hechos y documentos que obran en el expediente del caso, el Tribunal de Justicia considera que *ya dispone de todos los datos necesarios para responder* a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Así pues cabe afirmar que, frente a las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento, se está configurando una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en sentido contrario, por lo que aquellas será muy difícil que prosperen.

## **E) Medidas cautelares**

Ninguna sentencia del Tribunal de Justicia ha abordado esta interesante cuestión en los últimos meses, por lo que nada nuevo cabe decir al respecto.

### 5. MERCADO INTERIOR

#### A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de noviembre de 2008 al 15 de febrero de 2009) ha dictado dos sentencias en esta materia. Se trata de la **STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, Lodewijk Gysbrechts, As. 205/07**, en la cual se lleva una cuestión prejudicial derivada de una infracción de la legislación belga en materia de venta a distancia por impago por parte de un cliente francés de determinados productos que le habían sido enviados. El Tribunal precia que el artículo 29 del TCE no se opone a una normativa nacional que prohíba al proveedor, en el marco de una venta a distancia transfronteriza, exigir anticipo o pago alguno por parte del consumidor antes de la expiración del plazo de resolución, pero se opone a que, con arreglo a dicha normativa, se prohíba pedir, antes de la expiración del referido plazo, el número de la tarjeta de pago del consumidor.

El Tribunal recuerda su propia jurisprudencia según la cual, para que una normativa nacional se ajuste al principio de proporcionalidad, es necesario comprobar no sólo que los medios elegidos sean apropiados para garantizar la realización del objetivo pretendido, sino también que no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dichos objetivos (Sentencia de 14 de septiembre de 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos y Carrefour-Marinopoulos*, C-158/04 y C-159/04<sup>1</sup>). Asimismo, la protección de los consumidores puede constituir un objetivo legítimo de interés general que justifique una restricción a la libre circulación de mercancías (SS de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, y de 23 de febrero de 2006, *A-Punkt Schmuckhandel*, C-41/04).

En segundo lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, Comisión contra Italia, C-110/05**, en la que la Comisión pide que se declare el incumplimiento de los Tratados por parte de Italia al prohibir que los ciclomotores, motocicletas, vehículos de tres ruedas y cuatriciclos *motoveicoli*, arrastren remolques. Sin embargo, en este caso el tribunal no estima que exista incumplimiento alguno.

La justificación invocada por Italia versa sobre la necesidad de garantizar la seguridad vial, que constituye, según la jurisprudencia comunitaria, una razón imperiosa de interés general que puede justificar un obstáculo a la libre circulación de mercancías (SS de 5 de octubre de 1994, *van Schaik*, C-55/93; de 12 de octubre de 2000, *Snellers*, C-314/98<sup>2</sup> y 5 de junio de 2008, *Comisión/Polonia*, C-170/07). A falta de disposiciones de armonización completa a escala europea, corresponde a los Estados miembros decidir en qué grado pretenden garantizar la seguridad vial en su territorio, teniendo en cuenta al mismo tiempo las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad Europea (Sentencia de 27 de marzo de 1984, *Comisión/Italia*, C-50/83 y Sentencia de 13 de julio de 1994, *Comisión/Alemania*, C-131/93).

En relación con la apreciación del carácter necesario de la prohibición mantenida por Italia, hay que tener presente que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal, el Estado miembro puede decidir en el ámbito de la seguridad vial qué nivel de protección de dicha seguridad pretende garantizar y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Dado que ese nivel puede

(1) Comentada en el número 34 de esta revista (enero de 2007), pág. 64.

(2) Comentada en el número 10 (enero de 2001), págs. 49, 50 y 51 y en el número 12 de esta revista (julio de 2001), pág. 63.

variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación, y, en consecuencia, el hecho de que un Estado miembro imponga normas menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no puede significar que estas últimas sean desproporcionadas (SS de 13 de julio de 2004, Comisión/Francia, C-262/02<sup>3</sup>, y de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania, C-141/07). Italia sostenía que la circulación de un conjunto compuesto por una motocicleta y un remolque presenta un peligro para la seguridad vial. Ahora bien, aunque es cierto que corresponde al Estado miembro que invoca una exigencia imperativa para justificar el obstáculo a la libre circulación de mercancías demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones (Sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Países Bajos).

## 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 sólo se ha dictado un fallo del TJCE en la materia. Nos referimos a la **STJCE (Sala Tercera) de 4 de diciembre de 2008, Jobra, As. C-330/07**, en la que se dilucida una cuestión de prejudicialidad por la negativa del impuesto de la renta de Austria a primar unos camiones que prestaban actividad en otro Estado miembro.

El Tribunal comienza por recordar su jurisprudencia constante en esta materia, según la cual constituyen restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios a que se refieren respectivamente los artículos 43 y 49 del TCE las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades (SS de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99<sup>4</sup>; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03<sup>5</sup>, y de 13 de marzo de 2008, Comisión/España, C-248/06). Y que una restricción a la libre prestación de servicios sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el TCE y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo (SS de 5 de junio de 1997, SETTG, C-398/95, y de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri, C-341/05<sup>6</sup>).

(3) Comentada en el número 25 (octubre de 2004), págs. 87 a 88 y en el número 28 de esta revista (julio de 2005), pág. 51.

(4) Comentada en el número 15 (abril de 2002), pág. 55 y en el número 26 de esta revista (enero de 2005), pág. 77.

(5) Comentada en el número 35 de esta revista (abril de 2007), págs. 291 a 293. Vid. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección "Crónica de Jurisprudencia" de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 24 (mayo-agosto de 2006), págs. 623 a 624 y 638.

(6) Analizada en el número 39 de esta revista (abril de 2008), págs. 39 a 41 y 47.

## I. Derecho Comunitario

A continuación el Tribunal analiza los dos motivos concretos alegados. Por lo que se refiere al primer motivo (que la normativa se ajusta al reparto de la potestad tributaria entre Estados), es cierto que el Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que, en relación con otros motivos de justificación, el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros podía considerarse una exigencia legítima (SS de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03; de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04; de 18 de julio de 2007, Oy AA, C-231/05<sup>7</sup>, y de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium, C-414/06). Sin embargo, esta jurisprudencia no es de aplicación en circunstancias como las del asunto principal. En cuanto a la justificación basada en la necesidad de prevenir las prácticas abusivas, procede señalar que una medida nacional que restrinja la libre prestación de servicios puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo único objetivo sea lograr una ventaja fiscal (SS de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04<sup>8</sup>, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04<sup>9</sup>). Tal cesión tampoco puede fundamentar una presunción general de la existencia de una práctica abusiva ni justificar una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado (Sentencia de 17 de enero de 2008, Lammers & Van Cleef, C-105/07<sup>10</sup>).

### b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 15 de noviembre de 2008 al 15 de febrero de 2009), se han publicado un total de cuatro sentencias sobre esta materia. La primera de ellas, la **STJCE (Sala Tercera) de 20 de noviembre de 2008, As. C-1/07**, analiza la normativa comunitaria sobre el reconocimiento mutuo de permisos de conducción y qué ocurre cuando el conductor es privado del permiso en un Estado miembro.

Según el Tribunal, los artículos 1, apartado 2, y 8, apartados 2 y 4, 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro se niegue a reconocer, en su territorio, el derecho a conducir que se deriva de un permiso de conducción expedido en otro Estado miembro a una persona que haya sido objeto, en el territorio del primer Estado miembro, de una medida de retirada de la autorización de conducir, aun cuando dicha retirada se haya adoptado con posterioridad a la expedición del citado permiso, ya que éste se obtuvo cuando estaba en vigor una medida de suspensión del permiso expedido en el primer Estado miembro y dado que tanto ésta como la citada medida de retirada están justificadas por motivos que existían en la fecha de expedición del segundo permiso de conducción.

(7) Comentada en el número 38 de esta revista (enero de 2008), pág. 79.

(8) Comentada en el número 34 de esta revista (enero de 2007), pág. 83. Sentencia comentada también en la Revista *Lex Nova*, núm. 46 (octubre-diciembre de 2006), pág. 17. Vid. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección "Crónica de Jurisprudencia" de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27 (enero-abril de 2007), págs. 239 a 292.

(9) Comentada en el número 36 de esta revista (julio de 2007), págs. 34 a 35 y 49 a 50.

(10) Comentada en el número 40 de esta revista (julio de 2008), pág. 87.

La facultad tanto de las autoridades competentes como de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de denegar el reconocimiento de la validez del permiso de conducción obtenido, en otro Estado miembro, por una persona que es objeto de una medida de suspensión temporal de su permiso de conducción en el primer Estado miembro debe reconocerse, sobre la base de las disposiciones de la Directiva 91/439, y especialmente de su artículo 8, apartado 4, de manera absoluta y definitiva cuando la medida de suspensión temporal viene seguida por una medida de retirada de la autorización de conducir que sanciona los mismos hechos (Auto de 3 de julio de 2008, Möginger, C-225/07). El hecho de que la medida de retirada de la autorización de conducir se pronuncie con posterioridad a la fecha de expedición del nuevo permiso de conducción carece de incidencia a este respecto, ya que los motivos que justifican tal medida existían en esa misma fecha (Sentencia de 29 de abril de 2004, Kapper, C-476/01<sup>11</sup>).

En segundo lugar, en la STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, Cartesio, As. C-210/06, el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión planteada por una empresa húngara contra la resolución que desestimó su petición de inscripción en el registro mercantil del traslado de su domicilio a Italia. El Tribunal hace cuatro pronunciamientos en el fallo:

- 1) Un órgano jurisdiccional como el remitente, que conoce de un recurso de apelación contra una resolución dictada por un tribunal competente para la llevanza del registro mercantil que ha desestimado una petición de modificación de una mención en dicho registro, debe calificarse de órgano jurisdiccional que ostenta la facultad de formular una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 234 del TCE, a pesar de la circunstancia de que ni la resolución de ese tribunal ni el examen del referido recurso de apelación por el órgano jurisdiccional remitente tengan lugar en el contexto de un procedimiento contradictorio.
- 2) Un órgano jurisdiccional como el remitente, cuyas resoluciones dictadas en un litigio como el litigio principal pueden ser objeto de un recurso de casación, no puede calificarse de órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de recurso judicial de Derecho interno, en el sentido del artículo 234.3 del TCE.
- 3) De existir normas de Derecho nacional relativas al recurso de apelación contra una resolución por la que se acuerde una remisión prejudicial, que se caractericen por la circunstancia de que el asunto principal sigue pendiente en su integridad ante el órgano jurisdiccional remitente, siendo objeto de una apelación limitada únicamente la resolución de remisión, el artículo 234 del TCE, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que no puede cuestionarse la competencia que dicha disposición del Tratado confiere a todo órgano jurisdiccional nacional de acordar una remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por la aplicación de tales normas que permiten al órgano jurisdiccional que conoce de la apelación reformar la resolución por la que se acuerda plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, dejar sin efecto esa remisión prejudicial y ordenar al órgano jurisdiccional que haya dictado la referida resolución reanudar el procedimiento de Derecho interno que haya sido suspendido.

(11) Comentada en el número 24 de esta revista (julio de 2004), págs. 59 y 73 a 75.

## I. Derecho Comunitario

4) Por último, en el estado actual del Derecho comunitario, los artículos 43 y 48 del TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que impida a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro según cuya legislación hubiera sido constituida.

En tercer lugar, la STJCE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, As. C-161/07, tiene su origen en un recurso por incumplimiento por entender la Comisión (y confirmar el tribunal) que es contrario al derecho comunitario exigir, como hacía Austria, para la inscripción de las sociedades en el registro mercantil a petición de los nacionales de los Estados miembros que se adhirieron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, socios de una sociedad personalista o socios minoritarios de una sociedad de responsabilidad limitada, la condición de autónomos en el servicio austríaco de empleo.

El Tribunal comienza por recordar que el concepto de establecimiento en el sentido del TCE es un concepto muy amplio, que implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia (Sentencia de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04<sup>12</sup>).

En segundo lugar, también según reiterada jurisprudencia, la libertad de establecimiento que el artículo 43 del TCE reconoce a los nacionales comunitarios implica para estos últimos el derecho a acceder a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio, así como a la creación y a la gestión de las empresas en idénticas condiciones a las fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales (SS de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, y de 14 de diciembre de 2006, Denkvit Internationaal y Denkvit France, C-170/05). Dicho de otra forma, el artículo 43 del TCE prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales (Sentencia de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, C-270/83).

Por último, la STJCE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, As. C-161/07, declara un incumplimiento por parte de Austria de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 del TCE al haber exigido, para la inscripción de sociedades en el registro mercantil a petición de nacionales de los Estados miembros que se adhirieron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, a excepción de la República de Chipre y de la República de Malta, socios de una sociedad personalista o socios minoritarios de una sociedad de responsabilidad limitada, la determinación de su condición de autónomos por el Servicio de empleo austríaco o la aportación de una exención del permiso de trabajo.

(12) Comentada en el número 34 de esta revista (enero de 2007), págs. 83 a 85. Vid. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección "Crónica de Jurisprudencia" de la Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 27 (enero-abril de 2007), págs. 239 a 292.

## C) Libre circulación de trabajadores

### a) Igualdad de trato

La STJCE de 22 de diciembre de 2008, Stamm, As. C-13/08, resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 12, apartado 1, 13, apartado 1, y 15, apartado 1, del anexo I del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999. En concreto se trata de determinar si la igualdad de trato que se reconoce a favor de los trabajadores autónomos en general es aplicable también a los “trabajadores fronterizos autónomos”. El trabajador fronterizo autónomo es un nacional de una Parte Contratante que tiene su residencia en el territorio de una Parte Contratante y que ejerce una actividad por cuenta propia en el territorio de la otra Parte Contratante volviendo a su domicilio en principio cada día, o como mínimo una vez por semana.

Pues bien, el Tribunal concluye que a los trabajadores fronterizos autónomos es igualmente aplicable el principio de igualdad de trato. Y es que “el Acuerdo únicamente distingue a los trabajadores fronterizos autónomos en un solo artículo y con una finalidad particular, es decir, para fijar respecto a ellos modalidades más favorables en materia de derecho de residencia. De hecho, contrariamente a los demás trabajadores autónomos a que se refiere el artículo 12 del anexo I del Acuerdo, los trabajadores fronterizos autónomos no necesitan un permiso de residencia. Es obvio que las partes del Acuerdo, que han favorecido a los trabajadores fronterizos, no pueden haber tenido la intención de perjudicarles en lo que concierne a la aplicabilidad del principio de igualdad de trato” (apartado 39).

### b) Reconocimiento de títulos

La STJCE de 29 de enero de 2009, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, As. C-311/06, tiene por objeto analizar si el Derecho comunitario puede ser invocado para la elusión del examen de Estado que el ordenamiento italiano prevé para la obtención de la habilitación para el ejercicio de la profesión de ingeniero. En el supuesto de hecho que resuelve al sentencia, el título de ingeniero del Sr. Cavallera, ciudadano italiano, fue homologado por el título español equivalente por el Ministerio de Educación y Ciencia. Posteriormente, el Sr. Cavallera se incorporó a un Colegio de Ingenieros español, solicitando después incorporarse al Colegio de Ingenieros italiano. Pues bien, el Tribunal de Justicia censura dicha práctica, en base a la siguiente argumentación,

“La Directiva 89/48 pretende suprimir los obstáculos al ejercicio de una profesión en un Estado miembro distinto del que ha expedido el título que acredita las cualificaciones profesionales de que se trate. De los considerandos primero, tercero y quinto de dicha Directiva se desprende que un título que acredita cualificaciones profesionales no puede asimilarse a un ‘título’, en el sentido de esta misma Directiva, si no existe una adquisición, total o parcial, de cualificaciones en el marco del sistema educativo del Estado miembro que lo expidió. Además, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que un título facilita el acceso a una profesión o su ejercicio en la medida en que prueba la posesión de una capa-

## I. Derecho Comunitario

citación adicional (véanse, en este sentido, las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartados 18 a 23, y de 9 de septiembre de 2003, Burbaud, C-285/01, Rec. p. I-8219, apartados 47 a 53).

56. La homologación española no acredita capacitación adicional alguna. A este respecto, ni la homologación ni la incorporación a uno de los ‘colegios de ingenieros técnicos industriales’ de Cataluña se basaron en una verificación de las cualificaciones o de la experiencia profesional adquirida por el Sr. Cavallera.

57. En tales circunstancias, aceptar que pueda invocarse la Directiva 89/48 para conseguir el acceso en Italia a la profesión regulada de que se trata en el asunto principal supondría permitir que una persona que sólo hubiera obtenido un título expedido por ese Estado miembro, que, en sí mismo, no da acceso a dicha profesión regulada, accediera a ésta de todos modos sin que el título de homologación obtenido en España acredite la adquisición de una cualificación adicional o una experiencia profesional. Tal resultado es contrario al principio, consagrado por la Directiva 89/48 y establecido en su considerando quinto, según el cual los Estados miembros conservan la facultad de fijar el nivel mínimo de cualificación necesario con el fin de garantizar la calidad de las prestaciones realizadas en sus respectivos territorios.”

### D) Libre circulación de capitales

#### a) Ventajas fiscales

La STJCE de 12 de febrero de 2009, Block, As. 67/08, analiza si en determinado supuesto en el que se produce una doble imposición se ha vulnerado la libre circulación de capitales. La Sra. Block, residente en Alemania, heredó capital mobiliario depositado en instituciones financieras situadas en España. La mencionada doble imposición se produce porque que la República Federal Alemana opta por someter los créditos de capital al impuesto de sucesiones alemán cuando el acreedor reside en dicho Estado miembro, mientras que el Reino de España somete este tipo de créditos al impuesto de sucesiones español cuando el deudor está establecido en dicho Estado miembro. Pues bien, en su sentencia, el Tribunal de Justicia concluye que en el supuesto no se produce una restricción a la libre circulación de capitales, sino el ejercicio paralelo por parte de dos Estados miembros de su potestad tributaria. Y así, el Tribunal tiene ocasión de afirmar que

“Debe señalarse, a este respecto, que los convenios para evitar la doble imposición, como los previstos en el artículo 293 de la CE, sirven para eliminar o atenuar los efectos negativos para el funcionamiento del mercado interior que se derivan de la coexistencia de sistemas tributarios nacionales evocada en el apartado anterior (sentencias, antes citadas, Kerckhaert y Morres, apartado 21, y Columbus Container Services, apartado 44).

Ahora bien, el Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como la del procedimiento principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la Comunidad Europea. Exceptuando la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de

23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225, p. 6), el Convenio de 23 de julio de 1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DO L 225, p. 10) y la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DO L 157, p. 38), no se ha adoptado hasta la fecha, en el marco del Derecho comunitario, ninguna medida de unificación o de armonización tendente a eliminar las situaciones de doble imposición (véanse las Sentencias, antes citadas, Kerckhaert y Morres, apartado 22, y Columbus Container Services, apartado 45) [apartados 29 y 30].”

Por su parte, la **STJCE de 22 de enero de 2009, As. C-377/07**, examina la compatibilidad con el Derecho comunitario del régimen transitorio que acompañó a una normativa de modificación del impuesto de sociedades alemán cuya finalidad era que dicho régimen se adecuase a Derecho comunitario. Pues bien, el Tribunal concluye que en unas circunstancias como las que concurren en el asunto principal, en las que una sociedad nacional de capital es titular de una participación inferior al 10% en otra sociedad de capital, el artículo 56 de la CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una prohibición de deducir las reducciones de beneficios vinculadas a dicha participación entre en vigor para la participación en una sociedad extranjera antes que para la participación en una sociedad nacional. Y es que, en opinión del Tribunal, la diferencia de trato instituida por el régimen transitorio no está justificada.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

### Sumario:

**1. Introducción. 2. Procesos constitucionales.** A) Recurso de inconstitucionalidad. B) Cuestión de inconstitucionalidad. C) Recurso de amparo. a) Admisibilidad de la demanda (artículos 49 y 50 de la LOTC en su redacción dada por la LO 6/2007, de 24 de mayo): manifiesta falta de contenido constitucional. b) Recusación (artículo 80 de la LOTC): Si el número de Magistrados recusados impidiera el quórum necesario para la formación del Pleno del Tribunal Constitucional, éstos podrán formar parte del Pleno. c) Suspensión cautelar (artículo 56 de la LOTC): Denegación de la suspensión de ejecución de la sentencia de ilegalización de Acción Nacionalista Vasca por primar en la ponderación de los derechos concurrentes los principios y valores democráticos y la protección de los derechos fundamentales de terceras personas. **3. Distribución de competencias.**

### 1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009. El Tribunal ha dictado 189 sentencias en 2009, la cifra más baja de los últimos años: 312 (2000), 240 (2001), 239 (2002), 230 (2003), 255 (2004), 342 (2005), 365 (2006) y 265 (2007). No se han producido novedades en cuanto a la sección “procesos constitucionales”. Incluimos en esta crónica dos Autos, uno que vuelve sobre el controvertido tema de la recusación de los Magistrados del TC y otro sobre las medidas cautelares en el proceso constitucional. El Tribunal Constitucional no ha dictado ninguna Sentencia relacionada con la distribución de competencias.

### 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

#### A) Recurso de inconstitucionalidad

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

#### B) Cuestión de inconstitucionalidad

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

**C) Recurso de amparo****a) Admisibilidad de la demanda (artículos 49 y 50 de la LOTC en su redacción dada por la LO 6/2007, de 24 de mayo): manifiesta falta de contenido constitucional**

El Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado sobre un recurso de amparo planteado con posterioridad a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, el ATC 361/2008, de 10 de noviembre. A pesar de que fue presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el 17 de octubre de 2007, el Alto Tribunal inadmitió el recurso de amparo basándose en la “manifiesta falta de contenido constitucional” del ya derogado artículo 50.1.c) de la LOTC. Por tanto, no hay doctrina novedosa sobre el nuevo trámite de admisión del recurso de amparo.

**b) Recusación (artículo 80 de la LOTC): Si el número de Magistrados recusados impidiera el quórum necesario para la formación del Pleno del Tribunal Constitucional, éstos podrán formar parte del Pleno**

El ATC 351/2008, de 4 de noviembre, inadmite a l mine la recusación formulada contra cinco Magistrados constitucionales. El 13 de diciembre de 2007 el recurrente plantea recurso de amparo contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2007, que desestima el recurso de súplica interpuesto contra su Auto anterior, de 1 de junio de 2007, que acordó no admitir a trámite y, en consecuencia, archivar la querella formulada por el recurrente contra la Presidenta de este Tribunal, Excm. Sra. doña María Emilia Casas Baamonde, por supuesto delito de cohecho (artículo 426 del CP). En la demanda de amparo, el recurrente solicita la abstención “de los Magistrados amigos de la querellada Sra. Casas Baamonde (...) que son los mismos a los que se identifica con su grupo af n o denominado con no mucha propiedad terminológica ‘sector progresista’ (...): los Sres. Gay, Tremps (sic), Aragón, [la] Sra. Vera (sic) y los demás integrantes del referido grupo o sector”, para garantizar un proceso imparcial. En caso de que éstos no se abstuvieran, la parte final de la demanda formulaba “recusación frente a los mismos invocando amistad e interés directo o indirecto en favorecer a su amiga y compañera”. El Pleno acepta la abstención de la Presidenta del Tribunal por entender que concurría la causa prevista en el artículo 219.4 de la LOPJ apartándola definitivamente del procedimiento.

Partiendo de la regla establecida en el artículo 227 de la LOPJ que impide a los recusados formar parte del órgano que ha de decidir sobre su recusación, y excluyendo los casos previstos por la LOPJ, el Tribunal Constitucional reflexiona sobre la necesidad de “que la aplicación del régimen de recusación y abstención no conduzca a resultados absurdos o gravemente perturbadores que impidan al Tribunal Constitucional cumplir con las funciones que tiene constitucionalmente asignadas por imposibilidad de quedar legalmente conformado” dada la naturaleza del Tribunal Constitucional, “ nico en su género y que no consiente la sustitución de los Magistrados que lo componen” (FJ 1 ).

En este sentido, la solicitud de recusación presentada en la demanda de amparo se dirige contra cuatro magistrados que, sumada a la abstención de la Presidenta, impedirá constituir

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

el Pleno del Tribunal con el quórum de dos tercios de Magistrados exigido por la LOTC para tomar cualquier tipo de decisión (artículo 14 de la LOTC). Por este motivo, el Tribunal Constitucional afirma que “la salvaguarda del ejercicio de su jurisdicción reclama y justifica al mismo tiempo que formen parte del Pleno los propios Magistrados recusados”, permitiendo de esta manera la concurrencia del quórum preciso para la actuación del Tribunal (ATC 126/2008, de 14 de mayo).

Por último, la recusación formulada por el demandante de amparo es inadmitida a limine por carecer de fundamento, requisito imprescindible que ha de contener el escrito de recusación, debiendo formularse de manera expresa, concreta y clara una causa de recusación de las previstas legalmente, con expresión de los motivos en que se funda y acompañando un principio de prueba sobre los mismos (FJ 2º).

### **c) Suspensión cautelar (artículo 56 de la LOTC): Denegación de la suspensión de ejecución de la sentencia de ilegalización de Acción Nacionalista Vasca por primar en la ponderación de los derechos concurrentes los principios y valores democráticos y la protección de los derechos fundamentales de terceras personas**

El ATC 398/2008, de 22 de diciembre, deniega la suspensión de ejecución de la Sentencia dictada por la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ del Tribunal Supremo, sobre la ilegalización del partido político Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV), de fecha 22 de septiembre de 2008, solicitada por este mismo partido en el recurso de amparo presentado contra dicha Sentencia del Tribunal Supremo el día 3 de noviembre de 2008.

El recurrente solicita la suspensión de dicha sentencia para evitar, en caso de que el amparo fuera otorgado, los graves e irreparables perjuicios que la citada ilegalización ocasionaría, tanto para el partido mismo como para el proceso de legitimación democrática de las instituciones, ya que el partido recurrente no podría concurrir a procesos electorales de inmediata celebración tales como las elecciones al Parlamento Vasco (marzo de 2009) y al Parlamento Europeo (junio de 2009).

Ante la realidad de estos perjuicios, el Tribunal Constitucional pondera los intereses concurrentes y contrapuestos que existen en la suspensión de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo. De esta manera, el Tribunal Constitucional cree necesario llevar a cabo una “atenta ponderación” de, por un lado, los intereses generales y los derechos fundamentales de terceros y, por otro, del interés particular del demandante de amparo que alega la vulneración de sus derechos a la libertad ideológica, de expresión y de asociación política, todo ello sobre el escenario de que “dicha ejecución podría ocasionar un menoscabo que frustraría la finalidad del amparo” planteado (FJ 1º).

El Tribunal Constitucional razona de la misma manera que lo hizo en el ATC 278/2003, de 25 de julio, sobre la ejecución de la Sentencia de disolución del partido político Batasuna. Las conductas que se han apreciado por la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ del Tribunal Supremo como realizadas de forma grave, reiterada y sistemática y con base en las cuales ha adoptado la decisión de ilegalización y disolución del partido político recurrente, al considerarlas acreditadas tras la apreciación de la prueba practicada en el proceso, ha de conducir a que los derechos e intereses del partido político en la prosecución de su actividad mientras

sure la pendencia de este proceso cedan ante el predominante interés público y general en la preservación de los principios y valores democráticos y en la defensa y protección de los derechos y libertades fundamentales de terceras personas, que se verían grave y notablemente afectados, al menos durante la pendencia de este proceso, de accederse ahora a la suspensión y de no otorgarse después el amparo solicitado, dada la apreciación de la realidad acaecida contenida en la resolución judicial (FJ 4º).

Con base en esta ponderación, el Tribunal Constitucional deniega la suspensión de ejecución solicitada. Sin embargo, para evitar el carácter de irreparabilidad del daño que pudiera ocasionarse si finalmente se otorgara el amparo, el Tribunal Constitucional tiene la intención de resolver el recurso de amparo planteado con anterioridad a la celebración de cualquiera de los dos procesos electorales alegados, habilitando todos los sábados hasta la resolución de la sentencia de amparo para trabajar.

### 3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

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

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

**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): Obligaciones positivas

del Estado en el supuesto de reclusos enfermos: El controvertido alcance de la obligación internacional de investigar los hechos y sus diferencias con la responsabilidad penal.

C) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) A enfermos en prisión.

b) Expulsión de extranjero. D) Derecho a la libertad y seguridad (artículo 5).

a) Necesidad de control judicial de las detenciones de los solicitantes de asilo.

b) Detención en frontera. Ausencia de información y arbitrariedad. E) Derecho a un

proceso equitativo (artículo 6). a) Derecho a un proceso contradictorio. Controversia

sobre la necesidad de la audiencia pública en los recursos penales en apelación en España.

b) Acceso a los tribunales. Tasas para apelar. c) Examen de los testigos e igualdad de armas

en los procesos. d) Derecho a un juicio justo: la intervención de jurisdicciones de varios

países aplicando Derecho internacional no puede impedir la correcta ejecución de las

sentencias. F) Vida privada y familiar (artículo 8). a) Vida privada de menores y

obligaciones positivas de los Estados en el control de Internet. b) Conservación indefinida

de huellas, muestras biológicas y perfiles de ADN de personas acusadas, pero no

condenadas. c) Vulneración por insuficiente indemnización. d) Derecho a la reputación.

e) Inviolabilidad. Registro en un bufete. Necesidad de preservar la confidencialidad de las

relaciones con los clientes. f) Derecho a la inscripción registral del nombre en la lengua

(¿o dialecto?) propia de la persona. G) Libertad de religión (artículo 9). Aplicación en

Francia de la doctrina Leyla Sahin: Uso del velo islámico en la escuela. H) Libertad de

expresión e información (artículo 10). a) Derecho a recibir información sin fronteras de

los inquilinos emigrantes a través de TV por satélite. b) Prohibición de propaganda política

en televisión. c) La tenencia de publicaciones declaradas prohibidas no puede ser objeto de

sanción penal si no es previsible. d) Condena por difamación que, en sí misma, vulnera la

libertad de expresión. Encaje forzado de un tema que quizá debió analizarse desde la óptica

del artículo 6. e) ¿Interdicción de la represión penal del insulto a los cargos electos?

f) ¿Excesiva protección del derecho? Excepciones: el juicio en los medios de

comunicación. g) Condena por apología del terrorismo moderada y por motivos

pertinentes y suficientes. I) Libertad de reunión y asociación (artículo 11). a) Limitaciones

al derecho de manifestación. Varios casos contrarios al Convenio. b) Libertad de

sindicación. Los trabajadores de los ayuntamientos no pueden ser considerados personal de

la Administración del Estado a efectos de las restricciones previstas en el artículo 11 del

CEDH. J) Derecho de Propiedad (artículo 1 del Protocolo 1º). a) Propiedades expoliadas

durante el comunismo y cumplimiento por sustitución mediante indemnizaciones.

Sentencia de recomendación legislativa. b) La confiscación del dinero en frontera por no

declararlo no está justificada una vez ha sido impuesta la sanción pertinente. K) Derecho

a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1º). Restricción del Derecho de sufragio pasivo

por doble nacionalidad. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

A) Igualdad (artículo 14). Supuesta vulneración de la prohibición de discriminación

por transexualidad/condición sexual en régimen de visitas. B) Derecho de reunión y

manifestación (artículo 21). Manifestaciones en período electoral. Sólo pueden prohibirse

cuando existan razones fundadas para creer que tenga por finalidad la captación de

sufragios. C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24). a) Denegación de

legitimación activa a una empresa para impugnar un pliego de condiciones de un concurso

por no haber participado en éste. b) Repatriación de menores de edad. Legitimación de los

propios menores y de las Asociaciones de Protección. D) Libertad sindical (artículo 28)

Naturaleza de sindicato de las asociaciones y federaciones fundadas al amparo de la Ley

19/1977. **4. Tribunal Supremo.** A) Nacionalidad y extranjería (artículos 11 y 13).

a) Nacionalidad y buena conducta. Diligencias previas sin apertura de juicio oral. b) Derecho

de asilo y prueba indiciaria. B) Derecho a la integridad física y moral y a la intimidad

domiciliaria (artículos 15 y 18 de la CE): Ruidos causados por el sobrevuelo de aviones.

C) Derecho al honor (artículo 18.1). a) La difusión del contenido de una sentencia no

vulnera el derecho al honor si se hace de forma neutra, entre un círculo de personas

razonable y siempre que tenga interés. b) Deber de información y derecho al honor:

¿puede violar el derecho al honor la omisión de una información? D) Derecho a la

intimidad (artículo 18.1) Especial protección de los menores de edad. E) Derecho a la

propia imagen (artículo 18.1). a) Publicación de una imagen relacionada con un reportaje

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

veraz y de interés público. b) Derecho a la propia imagen de personajes públicos e interpretación de la noción de “lugares abiertos al público”. F) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1). Legitimación de Asociación que representa intereses municipales en procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y derecho de audiencia. G) Derecho a la educación (artículo 27). a) Bilingüismo. b) Asignatura optativa a la religión.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se pasa revista a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (496 sentencias), Tribunal Constitucional (71) y Tribunal Supremo en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2008.

Entre la doctrina del TEDH merece la pena destacar la delimitación de las obligaciones positivas del Estado con relación a reclusos enfermos y las diferencias entre la obligación internacional de investigar los hechos y la responsabilidad penal (**Renolde contra Francia**, de 16 de octubre de 2008). Tiene también interés por la actualidad del tema que plantea, el asunto **KU contra Finlandia**, de 2 de diciembre de 2008, sobre las estrictas obligaciones positivas de los Estados en el control de Internet cuando afecta a la vida privada de menores. Por su parte, **Khurshid Mustafa y Tarzibachi contra Suecia**, de 16 de noviembre de 2008, plantea un curioso caso que puede no estar exento de relevancia práctica para las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros; recibir información a través de TV por satélite. Es también destacable **Khandzhov contra Bulgaria**, de 6 de noviembre de 2008, en la que parece que el Tribunal toma la senda de prohibir la sanción penal en los casos de insultos a las autoridades, dejando, solamente, la vía civil para las reclamaciones en este tipo de casos. Por último **Viasu contra Rumanía**, de 9 de diciembre de 2008, una sentencia de recomendación legislativa.

Por el contrario son muy pocas las decisiones relevantes del Tribunal Constitucional en el período analizado, a la espera de su decisión sobre el Estatuto de Cataluña. Quizá únicamente pueda hacerse referencia a las **STC 183 y 184/2008** que otorgan legitimación procesal frente a la expulsión, instada por la Administración tutelante, a los menores extranjeros y las Asociaciones de Protección, y a un supuesto de presunta discriminación en el régimen de visitas por la condición de transexual de la recurrente en la **STC 176/2008**.

Por último, entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca la **STS de 13 de octubre de 2008**, que analiza desde el punto de vista de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad domiciliar los ruidos causados por el sobrevuelo de aviones en una urbanización cercana a Barajas.

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

##### A) Introducción

En el cuarto trimestre de 2008 el TEDH ha dictado un total de 496 sentencias:

Entre ellas conviene destacar un amplio grupo de casos en los que se constata malos tratos policiales y ausencia de investigación suficiente de los mismos en Rusia, por ejemplo, los asuntos **Samoylov y Belusov**, ambos de 2 de octubre de 2008.

Así como sobre las condiciones, contrarias al artículo 3, de las prisiones en ese país, por ejemplo, en el caso **Buzychkin**, de 14 de octubre de 2008 y en otros de la Europa del este, como en **Slavcho Kostov contra Bulgaria**, de 27 de noviembre de 2008.

También continúan apareciendo violaciones de una pluralidad de derechos por parte de las autoridades rusas en el contexto de la guerra en Chechenia. Entre ellas quizá tengan mayor trascendencia, por una parte, **Umayeva contra Rusia**, de 4 de diciembre de 2008, en la que se afirma que el uso de la fuerza debe ser proporcionado también en tiempo de guerra, y, por otra parte, las cuatro condenas a Rusia dictadas el 6 de noviembre, entre ellas, **Shaipova y otros contra Rusia**, en las que se establece con claridad que también en esas situaciones es precisa la suficiente investigación de la muerte de los ciudadanos.

De las restantes, las más importantes son las siguientes.

**B) Derecho a la vida (artículo 2): Obligaciones positivas del Estado en el supuesto de reclusos enfermos: El controvertido alcance de la obligación internacional de investigar los hechos y sus diferencias con la responsabilidad penal**

En varias decisiones el TEDH ha enjuiciado supuestos en los que se ha producido la muerte en prisión de reclusos cuya enfermedad no ha sido suficientemente tenida en cuenta por las autoridades penitenciarias. En tales supuestos el TEDH ha declarado la responsabilidad del Estado por las consecuencias producidas y ha concedido satisfacciones pecuniarias a los herederos de las víctimas. Así en **Renolde contra Francia**, de 16 de octubre de 2008, un enfermo psiquiátrico en cuyo tratamiento no se estudia su posible traslado a un hospital y es aislado en una celda, causándole primero un trato inhumano y después provocando en alguna medida que se suicidara en su celda. Circunstancias muy similares se reproducen en **Kilavuz contra Turquía**, de 21 de octubre de 2008.

Dentro de este apartado conviene destacar el caso **Dzieciak contra Polonia**, de 9 de diciembre de 2008, en el que un detenido en situación de prisión preventiva sufre varios ataques al corazón y finalmente muere. El TEDH recuerda que las personas bajo custodia están en una posición vulnerable y las autoridades deben protegerlos, ofreciéndoles la asistencia médica necesaria, y dando en su caso, tras una investigación oficial efectiva, una explicación plausible de las circunstancias que hubieran ocurrido, más allá de una duda razonable, y concluye, por unanimidad, que se ha violado el derecho a la vida en sus aspectos sustantivos, y, por mayoría, los aspectos procedimentales.

Interesa destacar que un Voto disidente que argumente, en un interesante debate, que no cree que las autoridades nacionales faltaran a sus obligaciones procedimentales. Una investigación puede ser efectiva y no concluir estableciendo la responsabilidad penal de los agentes del Esta-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

do. La responsabilidad criminal se rige por unos principios distintos de los que se aplican a la responsabilidad internacional derivada del Convenio. Se reprocha a la mayoría haber difuminado esa diferencia, sin embargo, a nuestro entender, la diferencia es bastante formal y podría no ser realista disociar tanto ambos aspectos, sustantivos y de procedimiento, lo que podría perjudicar la garantía efectiva del derecho, pero hay que reconocer que el razonamiento de la minoría está bien trabado.

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

##### **a) A enfermos en prisión**

En *Uyan contra Turquía* (núm. 2), de 21 de octubre de 2008, el TEDH declara la violación del artículo 3 del Convenio como consecuencia de las lesiones producidas al recluso durante su traslado e ingreso en otro centro penitenciario. La condena no se basa tanto en la entidad de las lesiones cuanto en la desproporcionada violencia empleada para causarlas teniendo en cuenta el estado de salud del recurrente.

##### **b) Expulsión de extranjero**

La *STEDH Y c. Rusia*, de 4 de diciembre de 2008, recoge la jurisprudencia habitual en esta materia pero, en el caso analizado, el TEDH no considera que Rusia viole el derecho en la medida en que el expulsado, de nacionalidad china, no había presentado prueba alguna de persecución personal y, a pesar de ser miembro del movimiento Falun Gong, no era un militante destacado, y la persecución sólo afectaba a sus miembros más representativos.

#### **D) Derecho a la libertad y seguridad (artículo 5)**

##### **a) Necesidad de control judicial de las detenciones de los solicitantes de asilo**

*Rashed contra la República Checa*, de 27 de noviembre de 2008. Al llegar al aeropuerto de Praga, el recurrente, de nacionalidad egipcia, solicita asilo. Permanece detenido en la zona de tránsito entre el 23 de agosto y el 10 de septiembre de 2006, fecha en la que, tras denegársele el asilo, es trasladado a un centro de detención de extranjeros en territorio nacional habilitado como una extensión del aeropuerto. Allí permanece hasta el 28 de abril de 2007 fecha en la que es repatriado de manera voluntaria a su país. El recurso contra la denegación del asilo se resuelve definitivamente el 16 de mayo de 2007. El recurrente alega que su detención en el Centro carece de base legal y que no existe ningún recurso efectivo frente a ella. La Corte admite la vulneración de los artículos 51 y 5.4 fundamentalmente porque no se ha producido ninguna declaración judicial sobre la legalidad de la detención durante los diez meses en los que ha estado privado de libertad.

##### **b) Detención en frontera. Ausencia de información y arbitrariedad**

En *Rusu contra Austria*, de 2 de octubre de 2008, se analiza la detención de una extranjera por entrada ilegal en Austria. Son dos los aspectos que merece la pena destacar del caso. El

primero de ellos es la ausencia de información inmediata y efectiva de la situación de la recurrente y los medios legales a su disposición, derivada de las carencias del folleto informativo que se le entrega en rumano, lo que provoca una información inexacta de los hechos y las bases legales de la detención, no siendo interrogada en presencia de un intérprete hasta 10 días después, lo que implica que la información no se le facilitó “prontamente” en contra del mandato del artículo 5.2 del Convenio.

El segundo se refiere a las circunstancias fácticas del caso. La recurrente viajaba de vuelta a su país. Le roban su pasaporte en Francia y es documentada por las autoridades francesas. Es detenida al entrar en Austria y, en lugar de conducirla a la frontera, es detenida durante 10 días. El Tribunal considera que se trata de una detención no necesaria y arbitraria, contraria al artículo 5.1.

## **E) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6)**

### **a) Derecho a un proceso contradictorio. Controversia sobre la necesidad de la audiencia pública en apelación en España**

Nuestro país no resulta condenado, por cinco votos a dos, en el caso **Bazo González contra España**, de 16 de diciembre de 2008, de una tacha de violación del derecho a un proceso contradictorio en un recurso de apelación en el orden jurisdiccional penal. Pero la opinión disidente advierte de los riesgos de nuestro modelo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con argumentos que no parecen desdeñables.

El recurrente fue absuelto en primera instancia de un delito de contrabando de tabaco, razonando el juez que se había producido la liberalización de este tipo de transacciones, por lo que no podía considerarse la actividad como ilegal. En la apelación, ninguna de las partes solicitó la celebración de una audiencia pública y la Audiencia condenó al actor a quince meses de prisión por un delito de contrabando en grado de tentativa, estimado errónea la interpretación de la ley hecha por el juez *a quo*.

La Corte Europea analiza el viejo sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 795) según el cual, en apelación, el recurrente puede pedir la práctica de nuevas pruebas o de las que fueran rechazadas y la Audiencia puede decidir tener una audiencia convocando a las partes sólo si la considera necesaria. Y recuerda el nuevo sistema (artículo 791) según el cual, si las alegaciones contienen una proposición de prueba y se admite la demanda, debe realizarse siempre una audiencia pública, que igualmente puede solicitarse en los otros casos de oficio o a instancia de parte. El TEDH concluye que el artículo 6 CEDH no garantiza el derecho a una audiencia pública en apelación –si ya la hubo en primera instancia– ni el derecho de asistir en persona y ser escuchado en esos debates; pero, como contrapartida, si en apelación, deben enjuiciarse hechos o asuntos de Derecho nuevos, no puede decidir estas cuestiones sin apreciar directamente el testimonio de los acusados. En este caso, la Audiencia analizó la culpabilidad de forma distinta, interpretando la ley de manera diversa que el juez de instancia, pero sin modificar los hechos declarados probados por aquél. La falta de audiencia no lesionó el derecho a un proceso equitativo.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Un Voto disidente argumenta que no se ha interpretado correctamente la jurisprudencia previa (caso *Botten contra Noruega*) sobre las posibilidades de dictar una sentencia condenatoria en apelación sin citar al acusado en persona, pues esto demanda la posibilidad de que el condenado hubiera podido defenderse y contestar todos los aspectos de relevancia, incluidos los jurídicos, que llevaron a la condena. Convendría que la doctrina procesalista y penalista española reflexionara sobre estos extremos.

#### b) Acceso a los tribunales. Tasas para apelar

En *Iordache contra Rumanía*, de 14 de octubre de 2008, el recurrente alega que se ha vulnerado su derecho de acceso a los tribunales al inadmitirse su recurso por no pagar las tasas de la apelación, así como, en cuanto al fondo, su derecho a la vida familiar al no poder ser revisada la privación de sus derechos parentales de visita como consecuencia de una condena penal. La Corte analiza las circunstancias del caso (estancia en prisión, cuantía relativamente alta de las tasas de apelación, derecho material afectado,...) y considera que se ha vulnerado el artículo 6.1.

#### c) Examen de los testigos e igualdad de armas en los procesos

En el caso *Mirilashvili contra Rusia*, de 11 de diciembre de 2008, se interpretan algunas cuestiones de alcance general sobre el derecho a la prueba pertinente que el artículo 6.3.d) parece referir únicamente a testigo. Esta prueba incluye no sólo testigos, sino también testimonios de las víctimas, de expertos y material probatorio como pueden ser documentos o cintas.

La equidad en el examen de la prueba exige que el testimonio de los testigos de cargo pueda ser contradicho y comprobada su credibilidad y relevancia en el caso (*cross examination*) mediante su comparecencia en el juicio (no acudieron los testigos ante el tribunal militar por estar en el extranjero, en Georgia), no bastando con que pudiera efectuarse en otras etapas más tempranas del proceso. Si esto no ocurre se sitúa a la defensa en una seria desventaja respecto de la acusación y el valor del testimonio de dichos testigos.

Desde el punto de vista de la doctrina del margen de apreciación nacional, el TEDH afirma que no es una cuarta instancia y no puede revisar la relevancia y credibilidad de los testigos, pero acaba por revisar los hechos ante la falta de un examen contradictorio a los testigos de cargo.

#### d) Derecho a un juicio justo: la intervención de jurisdicciones de varios países aplicando Derecho internacional no puede impedir la correcta ejecución de las sentencias

En *Dinu contra Rumanía y Francia*, de 4 de noviembre de 2008, se plantea el supuesto de ejecución de la obligación paterna de pagar el mantenimiento de un hijo como consecuencia de la aplicación del Convenio de Nueva York regulador de la cuestión. El retraso en la ejecución de la sentencia dictada en Rumanía y ejecutada en Francia no está, a juicio del TEDH, justificada y viola el artículo 6.1 del CEDH por lo que condena a ambos Estados. En este caso, igual que en *Carlson contra Suiza*, de 6 de noviembre de 2008, se muestra el poco conocido papel del Tribunal en la aplicación de normativa internacional que puede conducir a la lesión

de los derechos contenidos en el Convenio, en este último en concreto con relación a la incorrecta aplicación de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, que puede lesionar la vida privada y familiar.

## **F) Vida privada y familiar (artículo 8)**

### **a) Vida privada de menores y obligaciones positivas de los Estados en el control de Internet**

La **STEDH KU c. Finlandia**, de 2 de diciembre de 2008, condena a este país por haber vulnerado el derecho a la vida privada de un menor de edad que se produce porque las autoridades no habrían legislado convenientemente sobre el uso de Internet a fin de sancionar a aquellos que utilizaran este medio (especialmente anónimo) para atraer a menores de edad y abusar sexualmente de ellos. El recurrente, de 12 años de edad, fue objeto de uno de estos actos: todos sus datos, incluido su *e-mail* y teléfono, fueron colgados en una página de contactos de Internet. A la vista de éstos, varios pederastas intentaron, sin éxito, contactar con él. Tras la denuncia de los hechos, las autoridades finlandesas no fueron capaces de actuar contra la persona que colgó en la página de contactos la información, en la medida en que la legislación de protección de datos del país impedía facilitar la dirección IP desde la que se hizo, lo que implica un incumplimiento de las obligaciones positivas que impone el Convenio.

### **b) Conservación indefinida de huellas, muestras biológicas y perfiles de ADN de personas acusadas, pero no condenadas**

La **STEDH S. y MARPER c. Reino Unido**, de 4 de diciembre de 2008, condena al Reino Unido por violación del derecho a la vida privada de dos demandantes, cuyas huellas, perfiles de ADN y muestras biológicas habían sido introducidas en las bases de datos policiales tras haber sido acusados de un delito de robo y de acoso, respectivamente, y a pesar de no haber sido condenados por los delitos indicados. El problema jurídico se centra en la proporcionalidad de la medida, y el TEDH señala que la legislación británica, a diferencia de las de otros Estados parte, no establecía un tratamiento distinto para menores de edad, personas que no hubieran sido condenadas por los delitos correspondientes, o que hubieran sido acusadas de delitos menores. Tampoco se establecía ningún límite temporal para la conservación de los datos, ni mecanismo alguno por el que los afectados pudieran solicitar que éstos fueran borrados de los archivos policiales. Por todo ello considera que no se preserva un justo equilibrio entre el interés general y el interés particular.

### **c) Vulneración por insuficiente indemnización**

**Biriuk contra Lituania y Armoniene contra Lituania**, ambas de 25 de noviembre de 2008. Se trata de dos curiosas sentencias sobre las obligaciones positivas de los Estados para proteger la vida privada de los ciudadanos. Se habría producido vulneración al prever la normativa lituana indemnizaciones muy pequeñas incluso en las vulneraciones más graves de la privacidad

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cometidas por la prensa. En ambos artículos se hacía referencia a su condición de seropositivo y a aspectos de su vida sexual. Reciben una indemnización cercana a los 3000 euros. En ambos el Tribunal, por cuatro votos frente a tres, considera vulnerado el artículo 8 y condena al Estado a pagar 6.500 euros.

#### d) Derecho a la reputación

En *Petrina contra Rumanía*, de 14 de octubre de 2008, el Tribunal considera que se ha vulnerado el derecho a la reputación, en cuanto parte de la vida privada, por la falsa información difundida en dos emisiones de televisión y un periódico de que el recurrente había pertenecido a la Securitate.

#### e) Inviolabilidad. Registro en un bufete. Necesidad de preservar la confidencialidad de las relaciones con los clientes

En *Mancevschi contra Moldavia*, de 7 de octubre de 2008, se considera contraria al artículo 8 una orden de registro al domicilio y bufete de un abogado, por la falta de detalle en la identificación de su objetivo, en cuanto al momento en que se debía realizar y, en especial, por la falta de medidas para garantizar la confidencialidad de las relaciones entre el bufete y sus clientes.

#### f) Derecho a la inscripción registral del nombre en la lengua (¿o dialecto?) propia de la persona

En el curioso supuesto resuelto en *Güzel Erdagöz contra Turquía*, de 21 de octubre de 2008, una ciudadana recurre la negativa de rectificación de su nombre en el registro civil. La recurrente era conocida en su entorno familiar y social como *Gözel* pero los tribunales turcos consideraron que tal término no era más que la forma de pronunciación regional de una palabra que sólo aparecía en el diccionario turco como *Güzel*. Para la recurrente esta negativa era lesiva de su derecho al nombre porque éste, de origen kurdo, habría sido “turquizado”. En este punto el TEDH reconoce a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación por lo que se limita a examinar si la legislación y la práctica de los Estados es conforme al CEDH a partir de la concreta motivación del tribunal nacional para denegar la solicitud realizada por la recurrente. Así, considera que la legislación turca establece una interdicción general de la inscripción de nombres no recogidos en el diccionario de la lengua turca que resulta difícilmente compatible con el artículo 8, especialmente dada la diversidad de los orígenes lingüísticos de los nombres turcos. Tal legislación no contiene una regulación sobre los diferentes mecanismos para cambiar el nombre, ni ofrece salvaguardas adecuadas contra los eventuales abusos de las autoridades por lo que considera que no hay una legislación suficientemente clara respecto a los motivos para denegar tales rectificaciones en los nombres lo que se considera una medida que no es necesaria en una sociedad democrática.

#### g) Libertad de religión (artículo 9 CEDH). Aplicación en Francia de la doctrina Leyla Sahin: Uso del velo islámico en la escuela

La STEDH *Dogru contra Francia*, de 4 de diciembre de 2008, aplica la jurisprudencia sentada por el TEDH en el asunto *Leyla Sahin* (Justicia Administrativa, núm. 31) a un supuesto en el que una

menor de religión islámica que seguía sus estudios en Francia era expulsada de su colegio por negarse a seguir la asignatura de gimnasia sin el velo islámico. El TEDH se centra en el objetivo legítimo de la medida y hace referencia al importante margen de apreciación que tenían los Estados parte a la hora de determinar las relaciones entre el Estado y la Iglesia. La proporcionalidad de la medida sancionadora deriva no sólo de la relevancia del principio constitucional de laicidad, sino también del procedimiento seguido para la imposición de la sanción y de que fuera utilizada como último recurso, una vez que se hubo intentado por otros medios que la alumna cumpliera con las reglas del centro escolar (en la misma línea: **Kervanci contra Francia**, de 4 de diciembre de 2008).

## **H) Libertad de expresión e información (artículo 10)**

### **a) Derecho a recibir información sin fronteras de los inquilinos emigrantes a través de TV por satélite**

Un curioso caso que puede no estar exento de relevancia práctica para las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros es **Khurshid Mustafa y Tarzibachi contra Suecia**, de 16 de diciembre de 2008, en el que un matrimonio de origen irakí, que habitaba en un apartamento como inquilinos, usaba una antena de TV por satélite que al parecer ya estaba en la fachada cuando ocuparon la vivienda. El nuevo propietario de la casa aplicó una cláusula del contrato que impedía colocar antenas en el exterior sin su permiso y desahució a esos inquilinos. Los recurrentes alegaron que se violaba su derecho a recibir información sin interferencias y “sin fronteras” (artículo 10 del CEDH), ya que deseaban ver telediarios e informativos en lenguas árabe y farsi.

La Corte decide que se ha violado esta garantía, puesto que la medida o interferencia no era necesaria en una sociedad democrática. La información deseada por los recurrentes era accesible sin restricciones de emisión o difusión mediante el uso de equipos técnicos. Y las decisiones tomadas en cuenta por las autoridades nacionales no son suficientes para justificar la interferencia en el derecho, debiendo contemplarse y ponderarse adecuadamente las expresiones culturales involucradas para una familia de inmigrantes con niños que deseaban mantener lazos culturales y lingüísticos con su país de origen. El propietario invocó su responsabilidad civil en casos de daños a terceros causados desde el inmueble. Pero el TEDH rechaza este argumento así como el margen de apreciación nacional, entra a revisar plenamente los hechos, aquí inseparables del derecho a recibir información, y concluye que no existían riesgos reales a la seguridad del inmueble, derivados de la instalación de una antena, como atestiguó un ingeniero, y que tampoco existían “particulares aspiraciones estéticas” en un edificio situado en los suburbios de Estocolmo.

### **b) Prohibición de propaganda política en televisión**

El caso **TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra Noruega**, de 11 de diciembre de 2008, revisa la adecuación al Convenio de la prohibición de propaganda política en televisión. Un pequeño partido regional de Noruega (1'3% de los votos de la nación) compró un tiempo

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de anuncios a una televisión, pidiendo el voto. La autoridad reguladora sancionó a la empresa por violar la ley de radiodifusión que impedía transmitir anuncios sobre opiniones políticas en televisión.

La Corte utiliza la recomendación N° R (99) 15 del Consejo de Europa y hace un examen de Derecho comparado sobre la muy variada situación de la regulación en los Estados miembros. Admite un amplio margen de apreciación nacional en la materia. El Gobierno demandado alude a la integridad del proceso democrático y a la necesidad de fortalecer el pluralismo y esgrime razones como son no reducir la calidad del debate político, que puede ser distorsionado por grupos financieros poderosos, limitar los gastos de las campañas electorales... No obstante, se hace un juicio muy concreto o individualizado del asunto y se concluye que la medida no era proporcionada, puesto que se trataba de un pequeño partido, que no recibía atención alguna en los informativos de la televisión, y necesitaba conectar con la opinión pública a través de los medios, siendo acaso los anuncios la única forma de hacerlo.

#### **c) La tenencia de publicaciones declaradas prohibidas no puede ser objeto de sanción penal si no es previsible**

En *Salihoglu contra Turquía*, de 21 de octubre de 2008, el TEDH resuelve el recurso de una ciudadana turca condenada a una multa como consecuencia del descubrimiento durante un registro de las oficinas de su asociación de un número de un semanario prohibido. El Tribunal entiende que las órdenes judiciales prohibiéndolo no habían sido dictadas en el marco de actuaciones judiciales dirigidas contra la recurrente y no había prueba alguna de que fuera consciente de tal prohibición. No podía prever de manera razonable que la tenencia de la publicación podría llevar aparejada una sanción penal.

#### **d) Condena por difamación que, en sí misma, vulnera la libertad de expresión.**

##### **Encaje forzado de un tema que quizá debió analizarse desde la óptica del artículo 6**

El asunto *Juppala contra Finlandia*, de 2 de diciembre de 2008, analiza un curioso caso en el que el TEDH resuelve, en nuestra opinión de forma poco ortodoxa, una posible vulneración de la libertad de expresión derivada de una condena penal por difamación. La recurrente tras observar un moratón en su nieto acude al médico para que determine si es como consecuencia de un golpe intencionado, ya que el menor le había indicado que su padre le había pegado. El médico consideró que el daño podría haberse causado intencionalmente y lo comunicó a los servicios de protección de menores, que tras la investigación correspondiente consideraron el temor infundado. El padre del niño inició entonces un procedimiento que acaba con la condena penal por difamación de la abuela materna del menor. El TEDH señalaba que la recurrente procedió de buena fe y siguiendo un procedimiento adecuado a fin de descubrir si su nieto sufría malos tratos. En la misma línea, se señalaba que el médico que estudió el caso consideró la sospecha fundada y que fue él el que se dirigió a las autoridades competentes. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el TEDH subrayaba que la ingerencia en la libertad de expresión de la demandante había sido desproporcionada.

No deja de ser llamativo, y desde nuestro punto de vista discutible, que el Tribunal haya encauzado la vulneración a través de la libertad de expresión. En efecto es muy forzado admi-

tir que una denuncia de malos tratos es “libertad de expresión” y si lo que se considera es que no debió condenarse por difamación a quien aporta elementos suficientes para la denuncia, el tema parece tener un encaje mucho más natural en la tutela judicial efectiva del artículo 6 del Convenio.

### e) ¿Interdicción de la represión penal del insulto a los cargos electos?

La actuación de las autoridades nacionales en **Khandzhov contra Bulgaria**, de 6 de noviembre de 2008, da lugar a alguna reflexión quizá no prevista en la propia decisión del TEDH. El asunto bastante sencillo se centraba en la detención irregular de un activista político como consecuencia de su campaña en contra del ministro de justicia bajo un lema claramente insultante (en el que se le denominaba el “mayor idiota del gobierno”). La lesión del artículo 5.1 y 3 del CEDH se produjo por el evidente hecho de que los actos de los que se le acusaba no tenían prevista ninguna pena privativa de libertad por lo que su detención preventiva durante 72 horas no podía considerarse justificada. Sin embargo, la decisión es más interesante por lo que sostiene, quizá como un *obiter dictum*, en los últimos párrafos de la sentencia examinando la violación del artículo 10. Es claro que la sanción no estaba prevista en la ley por lo que el TEDH podía haberse detenido en este punto, pero se añade a continuación que aunque la detención hubiera sido conforme a la ley habría sido una sanción desproporcionada por tratarse del ejercicio de la libertad de expresión frente a la actuación de las personas con responsabilidades de gobierno. En fin “la posición dominante que ocupa el gobierno y sus miembros hace necesario que ni ellos –ni las autoridades en general– apliquen medidas encaminadas a la iniciación de procedimientos penales, y las medidas de detención preventiva asociadas, particularmente cuando existen otros medios de réplica” (párrafo 73). Parece que, definitivamente, el Tribunal ha tomado la senda de prohibir la sanción penal en los casos de insultos a las autoridades, dejando solamente la vía civil para estos casos.

### f) ¿Excesiva protección del derecho? Excepciones: el juicio en los medios de comunicación

Como es habitual el TEDH ha conferido una protección muy acusada a las informaciones sobre asuntos de interés general transmitidas a través de los medios de comunicación social. En algunos de los supuestos resulta, a juicio de los cronistas, una protección excesiva dados los casos planteados. Tal supuesto se plantea en **Godlevsky contra Rusia**, de 23 de octubre de 2008. En el primer caso un artículo periodístico con graves acusaciones de corrupción policial por complicidad con las mafias vinculadas al narcotráfico en una región rusa fue objeto de una leve multa (200 euros para cada policía recurrente) y la obligación de publicar una rectificación puesto que el periodista no pudo probar la verdad de los hechos imputados respecto a los reclamantes (que no eran, a diferencia de otros policías, objeto de investigación judicial alguna). El TEDH por el contrario considera que se trató de un legítimo ejercicio de la libertad de información en cuanto afectaba a asuntos de interés público. Además en el artículo no se imputaba en concreto a ningún policía (con nombres y apellidos) el comportamiento corrupto, sino que se hablaba con carácter general de “la policía” (por lo que los reclamantes no tenían por qué haberse dado por aludidos aunque pertenecieran a la policía antinarcótica).

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

cos). En fin, dado que el artículo se apoyaba en declaraciones de terceros, en material público y en particular en un informe del aumento de las muertes por sobredosis en la región, el TEDH entiende que la injerencia en la libertad de expresión no era necesaria en una sociedad democrática.

Como afortunadas excepciones deben destacarse los asuntos **Khuzhin y otros contra Rusia**, de 23 de octubre de 2008, y **Mihaiu contra Rumanía**, de 4 de noviembre de 2008. En el primer supuesto, se considera que la previa intervención de los policías que investigaron un crimen en un programa de televisión vertiendo graves acusaciones contra los recurrentes que fueron, con posterioridad, condenados penalmente así como la filtración a los medios de la foto de la ficha policial de uno de los acusados constituía una violación de los derechos a la vida privada (artículo 8) y a la presunción de inocencia (artículo 6.2) de los recurrentes y no ejercicio de derecho a la información o a la libertad de expresión de los policías. En el segundo, se avala la sanción impuesta a un periodista por la publicación de una noticia sin que hubiera comprobado mínimamente su veracidad.

#### **g) Condena por apología del terrorismo moderada y por motivos pertinentes y suficientes**

En **Erroy contra Francia**, de 2 de octubre de 2008, se analiza la condena de un ciudadano vasco-francés al pago de 1.500 euros por apología del terrorismo por difundir en el semanario abertzale *Ekaizta* un dibujo que simboliza el atentado del 11 de septiembre de Nueva York con la leyenda “Lo habíamos soñado todos, Hamas lo ha hecho”. El tribunal considera que es una sanción moderada e impuesta por motivos pertinentes y suficientes.

#### **l) Libertad de reunión y asociación (artículo 11)**

##### **a) Limitaciones al derecho de manifestación. Varios casos contrarios al Convenio**

Entre los casos presentes en este trimestre con relación a este derecho merece la pena destacar **Éva Molmar contra Hungría**, de 7 de octubre de 2008. Disolución policial exclusivamente por falta de notificación previa. También **SAYA y otros contra Turquía**, de 7 de octubre de 2008: una disolución con varios heridos de una manifestación previamente autorizada, sin mediar ningún tipo de aviso, en la que no se habían cometido actos de violencia ni representaba peligro para el orden público. Y en **Sergey Kuznetsov contra Rusia**, de 23 de octubre de 2008, se recurre ante el TEDH la multa impuesta como consecuencia de una manifestación ante un Tribunal Regional. La reunión fue preavisada con 8 días de antelación infringiendo con ello la legislación que exige que lo sea con 10. La infracción del plazo no es para el TEDH determinante para justificar la sanción porque la diferencia de dos días no impedía a la policía adoptar las medidas necesarias para minimizar los problemas y porque no hubo ninguna queja durante la manifestación por impedirse a nadie la entrada en la sede judicial.

Y, sobre todo, **PATYI y otros contra Hungría**, de 7 de octubre de 2008. Prohibición de una pequeña manifestación (prevista para 20 personas) frente a la residencia privada del Primer Ministro húngaro un día 24 de diciembre por la tarde. Es un caso interesante en el que resulta claro que, a pesar de que la razón de ser de la prohibición era el desarrollarse frente a la resi-

dencia del Primer Ministro, sin embargo las autoridades húngaras alegan perturbaciones para el tráfico y para los demás ciudadanos, y son éstas exclusivamente las razones analizadas por el Tribunal para concluir que la prohibición vulnera el artículo 11 del Convenio, sin analizar el problema, subyacente en el caso y de mucho más interés, de si es posible no autorizar una manifestación por el hecho de que se desarrolle frente al domicilio privado de un responsable gubernamental.

**b) Libertad de asociación: Los trabajadores de los ayuntamientos no pueden ser considerados personal de la Administración del Estado a efectos de las restricciones previstas en el artículo 11 del CEDH**

La STEDH DEMIR y BAYKARA c. Turquía, de 12 de noviembre de 2008, resuelve un supuesto de violación del artículo 11 del CEDH en su vertiente de libertad sindical. En el asunto indicado, el TEDH analizaba si la decisión de los tribunales turcos de disolver un sindicato de funcionarios de Ayuntamiento y de invalidar los convenios colectivos suscritos por éste con las autoridades locales vulneraba la libertad sindical. El TEDH analizaba, en un primer momento, si los funcionarios que trabajan para las entidades locales pueden considerarse incluidos en la condición de miembros de la Administración del Estado que recoge el propio artículo 11 del CEDH. El precepto indicado autoriza a los Estados parte a imponer restricciones legítimas a la libertad de reunión y asociación de los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la Administración del Estado y señala que esa posibilidad debe entenderse en términos restrictivos y que no puede extenderse a los funcionarios locales en la medida en que éstos no forman parte de la Administración del Estado.

Una vez corroborada la ingerencia, el TEDH analizaba el carácter proporcionado de la medida y señalaba que, además, el país afectado había ratificado distintos textos internacionales por los que reconocía la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva a sus funcionarios. En tales circunstancias, el TEDH señalaba que las medidas litigiosas no podían considerarse necesarias en una sociedad democrática.

**J) Propiedad privada (artículo 1 del Protocolo 1º)**

**a) Propiedades expoliadas durante el comunismo y cumplimiento por sustitución mediante indemnizaciones. Sentencia de recomendación legislativa**

El caso Viasu contra Rumanía, de 9 de diciembre de 2008, analiza un supuesto de derecho al goce pacífico de los bienes (artículo 3 del Protocolo 1º) al que la propia Corte da nivel de relevancia 1. Se trata de un propietario de terrenos expoliados durante el comunismo, viéndose obligado a cederlos a una cooperativa agrícola en 1962. Luego estos terrenos fueron a su vez cedidos a una explotación minera de propiedad de la región en 1980. Desaparecido el régimen comunista en 1989, el actor formuló una demanda de restitución de los terrenos, que le fue rechazada aduciéndose la causa de utilización de éstos por parte del Estado. En 1991 una ley, modificada en el año 2000, finalmente, previó unas indemnizaciones para los beneficiarios de decisiones de restitución que no pudieran ser satisfechas en todo o en parte.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Es interesante que el TEDH acude como parámetro de referencia a la Resolución Res (2004) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en la que se invita a la Corte a que, cuando el constante análisis de violaciones del Convenio revele un problema estructural y su fuente, identifique el asunto y ayude a encontrar una solución tanto a los Estados como a las instituciones del Consejo de Europa (Comité de Ministros, Asamblea parlamentaria, Secretaría General, Comisario de Derechos Humanos). Asimismo se invoca la Recomendación del Comité de Ministros REC (2004) 5 sobre la mejora de los recursos internos, para rebajar la carga de trabajo del TEDH, que recomienda a los Estados miembros examinar la efectividad de sus propios recursos, siguiendo las sentencias de la Corte que aborden asuntos repetitivos.

Parece que estas recomendaciones suponen una curiosa invitación a que el TEDH realice “sentencias de recomendación legislativa”, que no son extrañas en otros contextos como son las jurisdicciones constitucionales. Y aquí el TEDH afronta el reto y subraya que la ley nacional no define con precisión el momento en que nacen las indemnizaciones ni su cuantía ni la forma de pago ni la obligación de sustituir mediante una indemnización la restitución de los terrenos en sí mismos; todo lo cual se ha visto agravado por la situación de constantes cambios legislativos –se califica de “actividad normativa superabundante”– que han creado un clima de inseguridad jurídica. En consecuencia, se viola la garantía del artículo 1 del P1 por la falta de un equilibrio adecuado entre el interés general y la protección del derecho de propiedad.

#### **b) La confiscación del dinero en frontera por no declararlo no está justificada una vez ha sido impuesta la sanción pertinente**

En el curioso caso de **Ismailov contra Rusia**, de 6 de noviembre de 2008, el TEDH acepta la reclamación de un ciudadano azerí detenido en la frontera rusa con cerca de 18.000 dólares procedentes de la venta de una casa en su país de origen. Había declarado la posesión de 48 dólares. Es sancionado con una multa y las autoridades no le devolvieron el dinero confiscado. El Tribunal considera que dada la ausencia de antecedentes y las circunstancias del caso no resulta justificado mantener la confiscación, por lo que ordena el pago al recurrente de la cantidad de 25.000 euros. Cantidad que sorprende sobremanera al juez disidente que, no sin cierta razón, se escandaliza ante el hecho de que se premie con esa cantidad a quien ilegalmente introduce 18.000 dólares declarando 48.

#### **K) Derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1º).**

##### **Restricción del Derecho de sufragio pasivo por doble nacionalidad**

En el asunto **Tănase y Chirtoacă contra Moldavia**, de 18 de noviembre de 2008, el TEDH constata la violación del derecho derivada de la modificación de la legislación electoral a fin de impedir el acceso al Parlamento a los moldavos con doble nacionalidad. La medida no se considera proporcionada porque Moldavia acababa de abrir la posibilidad de tener doble nacionalidad a sus propios nacionales sin referirse a la limitación del sufragio; por ser contraria a la Convención Europea sobre la Nacionalidad, de la que era parte Moldavia y, finalmente, porque las autoridades podían lograr por medios menos intrusivos, por ejemplo, exigiendo un juramento, el objetivo perseguido: asegurar la fidelidad de los parlamentarios.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A) Igualdad (artículo 14). Supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por transexualidad/condición sexual en régimen de visitas

La STC 176/2008, de 22 de diciembre, deniega un recurso de amparo sobre supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por ser transexual en relación a la drástica restricción judicial del régimen de visitas a su hijo, efectuada a petición de su mujer.

El TC destaca que la condición de transexual, a pesar de no constar expresamente en el listado del artículo 14 de la CE, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, que ha constituido un motivo de profunda discriminación normativa y social a lo largo de la historia y que se encuentra expresamente prevista en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 13) y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (artículo 21.1) Se observa en este punto una asimilación por el TC de los conceptos de orientación sexual y transexualidad, categorías que no son equivalentes.

Por otra parte, la sentencia alude al derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de ambos, recogido tanto en el Derecho interno (artículo 94 del CC), como en el Internacional sobre protección de menores, integrado en nuestro ordenamiento *ex* artículo 10.2 de la CE y por remisión expresa de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (artículo 3). Tal derecho habrá de respetarse salvo que por razón del interés del menor se acuerde otra cosa.

El TC concluye que cualquier restricción o suspensión de derechos del progenitor cuya *ratio decidendi* sea su orientación sexual o transexualidad supondría una diferenciación discriminatoria contraria al artículo 14 de la CE, y que cualquier decisión restrictiva en este sentido que recaiga sobre un progenitor transexual debe aparecer expresa y exhaustivamente justificada. Sin embargo, considera que las sentencias objeto de amparo no justifican su decisión en la condición de transexual del recurrente sino en la “inestabilidad emocional coyuntural del recurrente”, decretada por el informe pericial psicológico y en el riesgo relevante para la integridad psíquica y desarrollo de la personalidad del menor que dicho estado emocional supone, dada su edad (seis años) y su etapa evolutiva, y concluye que ha sido el interés superior del menor la *ratio decidendi*, por lo que desestima el amparo.

#### B) Derecho de reunión y manifestación (artículo 21). Manifestaciones en período electoral. Sólo pueden prohibirse cuando existan razones fundadas para creer que tenga por finalidad la captación de sufragios

La STC 170/2008, de 15 de diciembre, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la que se había desestimado el recurso contra la Resolución de 23 de octubre de 2006 de la Junta Electoral Provincial de Barcelona que había desautorizado la manifestación convocada por varios sindicatos y asociaciones de Policía de Cataluña reivindicando mejoras laborales, al entender la Junta Electoral que, dada la proximidad de un proceso electoral, la manifestación podía incidir en él.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El TC comienza recordando su propia doctrina sobre el derecho de reunión reconocido en el artículo 21 de la CE y los límites a éste y en relación a los procesos electorales, el TC ha manifestado que “sólo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio” (STC 136/1999). Añade ahora el TC que no cabe duda de que las opiniones vertidas con ocasión de una manifestación pueden llegar a influir en el ciudadano, pero dicha situación sólo puede ser contemplada como una mera sospecha o una simple posibilidad. Por ello, sólo cuando se aporten “razones fundadas” sobre el carácter electoral de la manifestación, es decir, cuando su finalidad sea la captación de sufragios (artículo 50.3 de la LOREG), podrá desautorizarse ésta con base en dicho motivo, concluyendo que, de lo contrario, se podría llegar al absurdo de que durante la campaña electoral estuvieran absolutamente prohibidas todas las manifestaciones.

#### **C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24)**

##### **a) Denegación de legitimación activa a una empresa para impugnar un pliego de condiciones de un concurso por no haber participado en éste**

STC 119/2008, de 13 de octubre. La empresa recurrente impugnó un pliego de condiciones de un concurso público municipal para adjudicación de servicio de aguas. Se inadmite el recurso por falta de legitimación activa al no haber participado en el referido concurso. El TC considera que dicha resolución no ponderó otras circunstancias como el dato muy relevante de que había sido la concesionaria anterior, y que su interés en la impugnación estaba justificado en conseguir la nulidad y poder participar en otro concurso con un pliego de condiciones que se ajustara a Derecho, y por ello es una interpretación rigorista y desproporcionada.

La STC 144/2008, de 10 de noviembre, se refiere a un supuesto análogo. La recurrente había alegado que el concurso público era *ad hoc*, con una convocatoria hecha en términos deliberadamente imprecisos, para evitar la participación de empresas distintas de la que, a la postre, resultó adjudicataria. La recurrente no había impugnado las bases de la convocatoria ni participado en él, no obstante, al concurrir una hipótesis de “nulidad radical conforme a la legislación aplicable”, se declara vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción.

##### **b) Repatriación de menores de edad. Legitimación de los propios menores y de las Asociaciones de Protección**

STC 183/2008, de 22 de diciembre. Se trata de un menor de edad (17 años), legalmente tutelado por una Comunidad Autónoma, que instó la repatriación de aquél. El menor impugnó esa decisión, pero el órgano judicial de apelación inadmitió el recurso por carecer el recurrente de capacidad procesal y no tener competencia el juzgado de instancia para suplir ese defecto a través del nombramiento de defensor judicial.

El TC estima que esta interpretación es contraria al principio *pro actione*, pues al no reconocer capacidad procesal directa, ni permitir su suplencia mediante el nombramiento de defensor judicial, ni tampoco permitir la subsanación del nombramiento, se impide “de manera defini-

tiva a un menor, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de una decisión administrativa, como era la de su repatriación, que afectaba de una manera muy directa a su vida y esfera personal, lesionando de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción”.

En la **STC 184/2008, de 22 de diciembre** (Sala Primera), por otro lado, se examina el amparo interpuesto por una asociación que había impugnado la resolución de repatriación conjuntamente con el menor y a la que en apelación por el Tribunal competente se le denegó que tuviera legitimación activa por no tener interés legítimo. El TC aprecia que ello contraría el derecho de acceso a la jurisdicción, pues entre los fines estatutarios de la asociación estaba la integración y promoción de personas marginadas, especialmente menores y jóvenes, incluyendo el ejercicio de acciones judiciales en defensa de sus derechos y libertades fundamentales y, siendo el afectado por la resolución combatida un menor extranjero, la sentencia de apelación es excesivamente rigorista.

#### **D) Libertad sindical (artículo 28.1 de la CE): Naturaleza de sindicato de las asociaciones y federaciones fundadas al amparo de la Ley 19/1977**

La **STC 152/2008, de 17 de noviembre**, resuelve el recurso de amparo interpuesto por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (Fedeca) contra el Laudo arbitral de 15 de marzo de 2007 y la Sentencia judicial confirmatoria que anularon la decisión de la Mesa Electoral Coordinadora del Ministerio de Economía y Hacienda de proclamación de las candidaturas presentadas por Fedeca en las elecciones sindicales generales del mencionado Ministerio. Las resoluciones recurridas estimaron que la citada Federación era una asociación profesional constituida para la defensa de los intereses de las asociaciones que la configuraban, pero no era un sindicato al no cumplir los requisitos de carácter subjetivo y objetivo precisos para ello.

La Federación recurrente consideraba que se habían vulnerado sus derechos a la igualdad (artículo 14 de la CE) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y, en especial, su derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE). Alegaba que, con anterioridad a la aprobación de la CE, la constitución de sindicatos se amparaba en la Ley 19/1977, de Asociación Sindical, derogada por la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). Aducía, asimismo, que de la Ley 19/1977, del Real Decreto 873/1977 que la desarrollaba y del Real Decreto 1522/1977, que permitió la aplicación de ambas a los funcionarios públicos, se extrae la conclusión de que a los sindicatos se les calificaba como “asociaciones profesionales” y que esa denominación no desvirtuaba su propia naturaleza sindical.

El TC se centra en la posible vulneración de la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE) y afirma que lo que se discute en el caso es la falta de reconocimiento judicial del carácter sindical de la Federación recurrente, siendo la negación de su derecho a la presentación de su candidatura en el proceso electoral cuestionado una mera consecuencia de la negación de su condición de sindicato y de su legitimación para ejercer uno de los derechos que constituyen manifestación básica de la libertad sindical.

El TC examina cada uno de los argumentos utilizados por la Sentencia recurrida para negar la naturaleza de sindicato de la Federación recurrente, otorgando en definitiva el amparo por

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

vulneración de la libertad sindical. Para el TC no puede establecerse una contraposición entre asociación y sindicato, pues la relación que existe entre ambos es una relación de género y especie. El sindicato no sería sino una manifestación asociativa con relevancia constitucional. Frente a los argumentos basados en la forma federativa y la imposibilidad para cualquier trabajador de afiliarse a ella, el TC recuerda que el artículo 28.1 de la CE prevé expresamente “el derecho de los sindicatos a formar confederaciones”, sin que tampoco puede negarse su derecho a la libertad sindical por la circunstancia de representar y defender únicamente los intereses profesionales de los funcionarios, ya que no existe ningún impedimento constitucional o legal para constituir sindicatos en los que la afiliación atienda a las cualificaciones profesionales, especialidades laborales o profesionales de los trabajadores.

#### 4. TRIBUNAL SUPREMO

##### A) Nacionalidad y extranjería (artículos 11 y 13)

###### a) Nacionalidad y buena conducta. Diligencias penales sin apertura de juicio oral

En la STS de 19 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso, Ponente: Sr. Díez-Picazo Giménez, se analiza el recurso del Abogado del Estado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que declara el derecho del recurrente a la nacionalidad española. Considera el Tribunal Supremo que el único motivo invocado para rechazar la solicitud de nacionalidad ha de rechazarse pues consiste en la tramitación de diligencias penales por estafa y delito contra los derechos de los trabajadores, pues se trató de un hecho aislado y no fue suficiente para la apertura de juicio oral y no es obstáculo insalvable para considerar satisfecho el requisito de la “buena conducta cívica” siempre que se desprendan del expediente otros datos de carácter positivo que lo justifiquen.

###### b) Derecho de asilo y prueba indiciaria

En la STS de 11 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso, Ponente: Sr. De Oro-Pulido y López, se impugna la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional que confirma la denegación del derecho de asilo al recurrente de origen kurdo. El Tribunal Supremo valora nuevamente las circunstancias concurrentes en el demandante que alegó sufrir persecución en su país de origen por la implicación de familiares directos en movimientos políticos y sociales de oposición de la minoría kurda. La Sala considera el dato de que a dos de los familiares se les reconoció el derecho de asilo en Francia y también por Sentencia de la Audiencia Nacional que devino firme en que se considera acreditada la vinculación de los familiares del actor con el movimiento kurdo en Turquía. Da por cierta la implicación relevante del círculo familiar del demandante en dichas actividades hasta el punto de tener que huir de Turquía lo que coincide con los informes sobre la situación del país, sin que frente a dichos datos puedan prevalecer los meros reparos de la instrucción sobre supuestas contradicciones en los relatos del actor.

##### B) Derecho a la integridad física y moral y a la intimidad domiciliaria (artículos 15 y 18 de la CE):

###### Ruidos causados por el sobrevuelo de aviones

La STS de 13 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso, Ponente: Sr. Lucas Murillo de la Cueva, estima un recurso de casación en tutela de los derechos fundamentales a la vida, la

integridad física y moral y a la intimidad domiciliaria (artículos 15 y 18.1 y 2 de la CE) de 346 vecinos del aeropuerto de Barajas. La Sentencia de instancia había desestimado el recurso por no apreciar, con arreglo a los criterios de la STC 119/2001, que el nivel de ruido causado por los aviones reuniese la frecuencia, duración e intensidad necesaria para atribuirle la lesión de los derechos a la integridad física y a la intimidad domiciliaria, tras valorar la prueba aportada consistente en la medición durante varios días y puntos de la ciudad en horario diurno del ruido causado por el sobrevuelo de los aviones que se disponían a aterrizar.

Sin embargo el TS estima la tesis de los recurrentes sobre la vulneración de su derecho a la intimidad domiciliaria, aunque no la lesión a la integridad física y moral pues no se aporta prueba suficiente de que los actores hayan padecido trastornos en su salud que hayan comprometido su integridad física o moral.

Sobre las infracciones de los derechos a la intimidad domiciliaria o del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el domicilio, afirma que el ruido es el elemento desencadenante de las vulneraciones alegadas. La Sentencia de instancia sigue las pautas de la STC 119/2001 según la cual, para que los ruidos fueran determinantes de la infracción del artículo 18.1 CE han de ser prolongados, insoportables y evitables; sin embargo el TEDH (caso Moreno Gómez) en su Sentencia de 16 de noviembre de 2004 considera que hubo efectivamente una lesión del artículo 8 del Convenio no corregida por el TC, entendiéndolo muy formalista la exigencia de prueba sobre los niveles de ruido dentro de las viviendas cuando las autoridades municipales habían declarado la zona en que se encuentra acústicamente saturada.

El TS parte de los hechos que se recogen en la Sentencia como los miles de aviones que sobrevolaron la ciudad Santo Domingo, la baja altura, la frecuencia de sobrevuelos, ... y a partir de esos mismos datos llega a la conclusión contraria al valorarlos con arreglo a la doctrina del caso Moreno Gómez, esto es, evitando enfoques indebidamente formalistas. Considera que las mediciones son efectivamente representativas de la situación padecida por los actores, que el sobrevuelo ha sido prolongado en medida suficiente y que la situación no era totalmente inevitable al reconocerse que hay rutas de aproximación al aeropuerto que no incluyen el sobrevuelo de la ciudad y la entrada en funcionamiento de nuevas pistas reduciría la frecuencia de la utilización en las condiciones descritas.

Por todo ello se considera infringido el derecho de los recurrentes a su intimidad domiciliaria y a desarrollar libremente su personalidad, se estima parcialmente el recurso, lo que comporta la declaración de la vulneración del derecho fundamental por falta de acción de la Administración para evitar ese resultado y se fija una indemnización de 6.000 euros a cada recurrente.

### **C) Derecho al honor (artículo 18.1)**

#### **a) La difusión del contenido de una sentencia no vulnera el derecho al honor si se hace de forma neutra, entre un círculo de personas razonable y siempre que tenga interés**

La STS de 22 de diciembre de 2008, Sala Civil (recurso 192/2003), analiza en qué circunstancias puede violar el derecho al honor de una de las partes de un litigio que la otra parte

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

haga público el contenido de la sentencia que lo puso fin. Según el TS, en aquellos supuestos en que un derecho fundamental pueda ser vulnerado por la difusión del contenido de una sentencia procederá la ponderación del interés particular y el interés general, asociado al principio de publicidad de las actuaciones judiciales. En esa ponderación deberá ser tenido en cuenta el hecho de que el contenido de la sentencia haya sido difundido de forma neutra; el interés que pueda tener la persona que haga pública la decisión; la extensión del círculo de personas entre quienes se difunda el contenido de la sentencia, y, finalmente, el modo en que tal difusión se produzca. En el supuesto concreto, considera que no se había violado el derecho al honor ya que la parte demandada, que tenía especial interés en el contenido del litigio porque se refería a la legalidad del negocio que regentaba, se había limitado a difundir el contenido de una sentencia que le era favorable entre sus allegados y sus clientes (regentaba un negocio), a través de unas octavillas que recogían el texto literal de la decisión judicial.

#### **b) Deber de información y derecho al honor: ¿puede violar el derecho al honor la omisión de una información?**

La STS de 12 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 841/2005), plantea un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información un tanto curioso en la medida en que la violación del primero se habría producido porque el medio informativo omitió la publicación de una noticia. La parte demandante era una empresa a la que se había investigado por posible comisión de un delito contra el medioambiente. La denuncia presentada fue ampliamente recogida por el medio informativo que, sin embargo, no informó de que se había procedido al archivo de las diligencias previas.

El TS señalaba que esta omisión no vulneró el derecho al honor por cuanto el medio informativo no tuvo conocimiento de que se había producido el sobreseimiento hasta que se publicó en otro medio; había transcurrido un período importante de tiempo entre la noticia inicial y el auto de sobreseimiento y, por tanto, había perdido interés informativo, lo que pudo impulsar legítimamente al medio a considerar que criterios de oportunidad periodística y económica iban en contra de la publicación.

#### **D) Derecho a la intimidad (artículo 18.1). Especial protección de los menores de edad**

La STS de 22 de octubre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 446/2005) y la STS de 23 de octubre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 2071/2005), resuelven sendos supuestos de colisión entre el derecho a la intimidad de dos menores de edad y la libertad de información, que se habría producido en ambos casos tras la publicación de una noticia en la que se reseñaba la muerte del padre de las menores en un asalto a su casa y la agresión sexual que habría sufrido una de ellas. Recuerda el TS que, a pesar de que, según la jurisprudencia constitucional, la libertad de información debe prevalecer sobre el derecho a la intimidad siempre que la información sea veraz y de interés público, en el caso de los menores de edad, el TC ha otorgado una suerte de superprotección al derecho fundamental, de modo que toda información que afecte a la intimidad de menores de edad debe ser considerada contraria al derecho, independientemente del interés público y la veracidad de la noticia, si los menores son identificables.

**E) Derecho a la propia imagen (artículo 18.1)****a) Publicación de una imagen relacionada con un reportaje veraz y de interés público**

La STS de 10 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 2900/2003), resuelve un supuesto de colisión del derecho a la propia imagen y la libertad de información que presenta algunos trazos característicos. La imagen litigiosa se insertaba en un reportaje sobre la relación extramatrimonial que mantenía un personaje público que fue considerado de relevancia pública y veraz, y su publicación fue consentida por la pareja del afectado. A pesar de que se realizó sin el consentimiento del interesado, el TS considera que no se había producido una violación del derecho a la propia imagen, en la medida en que el conjunto del reportaje había sido considerado constitucionalmente legítimo desde el punto de vista del derecho al honor y el derecho a la intimidad y no cabe hacer un pronunciamiento diferenciado en relación con el derecho a la propia imagen.

**b) Derecho a la propia imagen de personajes públicos e interpretación de la noción de “lugares abiertos al público”**

El TS ha resuelto en el trimestre analizado varios supuestos de colisión entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información en los que el afectado era un personaje público que se encontraba en un momento más o menos íntimo cuando fue fotografiado y cuya imagen fue conseguida de forma subrepticia y publicada sin su consentimiento. A pesar de ello, el fallo del Tribunal ha sido distinto debido a las circunstancias concretas en que se encontraba la persona afectada, al carácter más o menos frecuentado del lugar en el que fue fotografiada y a la supuesta intención de la persona de buscar un lugar alejado en el que desenvolverse libremente lejos de la curiosidad ajena.

En ese sentido, la STS de 18 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 1669/2003), fotografía inconsentida de una modelo en top less. El TS considera que no se produjo violación del derecho en la medida en que la modelo era un personaje de evidente proyección pública y se encontraba en un lugar público muy concurrido (una playa) en una situación que no podía considerarse estrictamente privada o familiar.

Sin embargo la STS de 28 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 29/2004), y la STS de 24 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 2013/2002), resolvían en un sentido diametralmente distinto al encontrarse los personajes públicos en una playa pública, pero de difícil acceso y poco frecuentada, constanding así su voluntad de alejarse del ojo curioso del gran público.

En la STS de 13 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil (recurso 1739/2006), la decisión del Alto Tribunal iba en la misma línea, estimando vulnerado el derecho fundamental a la propia imagen en un asunto en el que un personaje de relevancia pública había sido fotografiado manteniendo relaciones sexuales en su coche. El TS consideró que la información correspondiente carecía de relevancia pública y que las fotografías publicadas fueron tomadas mientras el afectado se encontraba en un momento íntimo y en un lugar privado (el coche personal estacionado en plena calle, aunque en un lugar un poco apartado).

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **F) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1). Legitimación de Asociación que representa intereses municipales en procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y derecho de audiencia**

En la STS de 17 de diciembre de 2008, Ponente: Sr. Peces Morate, se estima el recurso de casación promovido por la Asociación de municipios afectados por Centrales Nucleares por cuanto no se le concedió trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración y aprobación de los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares.

El TS rechaza la causa de inadmisibilidad de falta de legitimación de la asociación recurrente por cuanto los Municipios integrados en la asociación son precisamente los que tienen parte de su término municipal en un círculo de 10 Kilómetros con centro en una central nuclear a quienes no se puede negar la condición de afectados por los Planes Directores impugnados, rechazando, además, la alegación del Abogado del Estado sobre la suficiente audiencia de la Asociación a través del informe de la Comisión de Protección Civil.

#### **G) Derecho a la educación (artículo 27 de la CE)**

##### **a) Bilingüismo**

STS de 12 de diciembre de 2008, Sala de lo Civil, Ponente: Sr. Menéndez Pérez. Impugnación de la Resolución de la Consellera del Departament d'Ensenyament de la Generalidad. El TSJ de Cataluña en atención a lo dispuesto en el número 2 del artículo 21 de la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1998, de política lingüística que garantiza el derecho de los niños a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual, ya sea catalán o castellano, estima el recurso por considerar procedente la reclamación de los actores, padres o tutores de menores para que en la preinscripción en la primera enseñanza para el curso 2000-2001 se les pregunte en formulario oficial destinado al efecto la lengua habitual de los niños, sea el catalán, el castellano o ambas, antes del inicio del período de matriculación. El TS rechaza los motivos de casación y confirma la interpretación de la Sala de instancia.

##### **b) Asignatura optativa a la enseñanza religiosa**

STS de 9 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso, Ponente: Sr. Antonio Martí García. Impugnación directa por Izquierda Republicana del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria, alegando vulneración de los principios de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE, del principio de libertad ideológica y religiosa, de legalidad y seguridad jurídica de los artículos 16.1 y 9.3 de la CE.

El TS examina la aducida vulneración del principio de igualdad acudiendo a la propia doctrina de la Sala contenida entre otras en la Sentencia de 31 de enero de 1997 que declara que “es evidente que las actividades alternativas no sería necesario programarlas si no fuera preciso que los poderes públicos estuvieran obligados constitucionalmente a atender a la enseñanza religiosa en los términos indicados” y en la Sentencia de 1 de abril de 1998 en que se manifiesta que “en el supuesto de que no se les impusiera unas actividades alternativas ello supon-

dría una penalización de la religión y un motivo disuasorio en contra de ella pues se dejaría a los alumnos que no opten por ninguna enseñanza religiosa en una situación ventajosa respecto de aquéllos pues evidentemente tendrían menos horas de clase y menos actividades a realizar con la posibilidad de dedicar esas horas a juego y ocio lo que atraería a la mayoría de los alumnos a no optar por ninguna clase de religión de lo cual se desprende que no existe la discriminación descrita por los recurrentes”.

Se rechaza de igual modo la vulneración de los artículos 27.2 y 16.3 de la CE, y ello por cuanto, de una parte, junto al carácter no confesional del Estado la CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto recordando el contenido del artículo 16.3 de la CE y, en la misma línea, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. De otra parte, por cuanto los apartados impugnados no hacen sino recoger los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede, así como los suscritos con otras confesiones, por tanto la vía de impugnación sería la impugnación de dichos Acuerdos. Por último, recuerda la Sentencia del TC de 15 de febrero de 2007 que declara “el derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las confesiones religiosas se realicen por las personas que las confesiones consideren cualificadas para ello y con el contenido dogmático por ellas decidido”.

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. Ley.** A) Reserva de Ley en materia penal y sancionadora (artículo 25.1 de la CE). a) No vulnera el derecho a la legalidad penal la subsunción razonable y previsible de una conducta en un tipo penal. b) La garantía material de *lex certa* –que protege el derecho a la legalidad penal– abarca el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa. c) El principio de *non bis in idem* forma parte de las garantías integrantes del principio a la legalidad penal que regula el artículo 25.1 de la CE. **3. Reglamento.** A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) El trámite de audiencia no obliga a oír a todas las asociaciones u organizaciones con interés en la elaboración de la norma. b) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: procedimiento de elaboración, principio de interdicción de la arbitrariedad y respeto a la Ley. **4. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) No vulnera el principio de igualdad favorecer la representación institucional de las organizaciones sindicales más representativas. b) Vulneración del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas: sólo cuando la infracción de la legalidad implique a su vez una vulneración de la igualdad cabe entender que se ha vulnerado el derecho que reconoce el artículo 23.2 de la CE. c) La previsión de cupos o cuotas para hombres y mujeres para la composición de órganos administrativos no infringe el principio de igualdad ante la Ley. d) Derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual. e) Requisitos para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130042008100570-ST/5 6410/2008. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 31/2009, de 29 de enero.

**2. LEY****A) Reserva de Ley en materia penal y sancionadora (artículo 25.1 de la CE)****a) No vulnera el derecho a la legalidad penal la subsunción razonable y previsible de una conducta en un tipo penal**

En la *STC 145/2008*, de 10 de noviembre, se plantea la posible vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 de la CE) de una serie de resoluciones judiciales, que se impugnan alegando que habían realizado una interpretación extensiva *in malam partem* de un delito contra la hacienda pública. A juicio del Tribunal, la argumentación utilizada en las resoluciones judiciales impugnadas para calificar la conducta desarrollada por los condenados como un negocio simulado y subsumirla dentro del delito contra la hacienda pública, no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito. En consecuencia, el Tribunal deniega el amparo solicitado.

**b) La garantía material de *lex certa* –que protege el derecho a la legalidad penal– abarca el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa**

En la *STC 181/2008*, de 22 de diciembre, se resuelve el recurso interpuesto contra la imposición de una sanción, con vulneración del derecho a la legalidad penal. El demandante de amparo fue sancionado con una multa por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 37.c) de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias, consistente en la realización de ciertas intervenciones quirúrgicas sin poseer el título de médico especialista en Cirugía Plástica y Reparadora que exige para las mismas el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico. La vulneración del derecho a la legalidad penal se justifica por parte del demandante en el insuficiente rango de la norma finalmente aplicada, su falta de concreción suficiente, y la interpretación irrazonable que de ella han realizado la Administración y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

El Tribunal Constitucional afirma que forma parte del derecho a la legalidad sancionadora tanto la garantía de tipicidad de la conducta sancionada como la garantía de la determinación de la norma sancionadora aplicada. El artículo 25.1 de la CE exige “no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla”; “la garantía material de *lex certa* integra asimismo el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el déficit de taxatividad (...) encuentra un cauce idóneo en el recurso de amparo” (*STC 283/2006*, de 9 de octubre, FJ 6º).

El Tribunal reitera en esta sentencia su doctrina relativa al hecho de que no afecta al derecho a la legalidad sancionadora, la falta de rango que ex artículo 36 de la CE pueda tener la norma que integre los tipos de intrusismo profesional. En la *STC 283/2006* ya se aclaró que se trata

#### IV. Fuentes del Derecho

de una “cuestión que, por sí misma, es ajena al derecho fundamental concernido, por cuanto el mero hecho de que la norma de complemento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el artículo 25.1 de la CE. Baste recordar, a estos efectos, que, como reiteradamente hemos afirmado, ‘la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos’ (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 3º; en igual sentido, SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3º; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3º)” (FJ 5º).

El recurrente alega que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal por el carácter inconstitucionalmente impreciso de la regulación que tipifica la conducta infractora. Esta infracción se produce por la norma que deriva del artículo 37.c) de la Ley canaria 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias junto con el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista, que es con el que la Administración integra la remisión de la norma legal. A juicio del Tribunal, la integración de estos dos textos en el precepto sancionador no alcanza a configurar un tipo de infracción suficientemente determinado pues “el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter” (STC 283/2006, FJ 7º).

En conclusión el Tribunal entiende que la norma finalmente aplicada no expresa con la determinación constitucionalmente requerida en qué consistía la infracción (intrusismo en el ámbito de la cirugía plástica y reparadora) por la que se le sancionó al recurrente, que debe por ello ser ahora amparado.

En la **STC 162/2008, de 15 de diciembre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zaragoza respecto al artículo 31.3.a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria, que dispone que [“Son infracciones leves las siguientes: (...) a) El incumplimiento de cualquier otra prescripción reglamentaria no incluida en los apartados anteriores”], por posible vulneración del artículo 25.1 de la CE.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Justifica esta declaración de inconstitucionalidad en que para definir las infracciones que sanciona como leves, se limita a remitirse a las prescripciones reglamentarias que no estén incluidas en los apartados anteriores, que son los que tipifican las infracciones muy graves (apartado 1 del artículo 31) y graves (apartado 2). Esta práctica normativa está prohibida por el artículo 25.1 de la 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” (FJ 2º). Para el Tribunal Constitucional, la pura remisión a los reglamentos y la que supone la existencia de otras infracciones, dificulta de tal modo el conocimiento de lo prohibido –al exigir la búsqueda de los reglamentos aplicables y de las normas que en ellos establecen obligaciones– que permite afirmar ya desde la norma de remisión que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve la proclamación del artículo 25.1 de la CE (FJ 2º).

### **c) El principio de non bis in idem forma parte de las garantías integrantes del principio a la legalidad penal que regula el artículo 25.1 de la CE**

En la STC 1/2009, de 12 de enero, se resuelve el recurso de amparo interpuesto, entre otros fundamentos, por la posible vulneración del artículo 25.1 CE, al haber sido condenado el recurrente como autor de un delito contra la seguridad del tráfico y de un delito de desobediencia grave. El fundamento de la argumentación relativa a la vulneración del artículo 25.1 de la CE se centra en que la sentencia impugnada ha infringido el principio de *non bis in idem*.

En este caso, sin embargo, no concurre la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos infracciones (ya sean penales o administrativas) que exige la vulneración del indicado principio. El hecho sancionado en el artículo 379 del CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el artículo 380 del CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de las conductas típicas reseñadas excluye, a juicio del Tribunal Constitucional, la vulneración del principio *non bis in idem*.

## **3. REGLAMENTO**

### **A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general**

#### **a) El trámite de audiencia no obliga a oír a todas las asociaciones u organizaciones con interés en la elaboración de la norma**

La STS de 26 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Id Cendoj 28079130042008100570-ST/6410/2008, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Colectivo Moucho de A Coruña, la Asociación preSOS Galiza y la Asociación Comité AntiSIDA de Santiago. El objeto de impugnación es el RD 1169/2003, aprobado por el Consejo de Ministros que modifica el Anexo I del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Las recurrentes consideran que el Real Decreto debía declararse nulo de pleno Derecho por vulnerar los artículos 9, 24, 97 y 105 de la Constitución. El principio de legalidad (artículo 9 de la CE) se entiende vulnerado al interpretar que el Real Decreto supone una revisión retroactiva de actos declarativos de derechos. El principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9 de la CE) se considera igualmente violado por la ausencia de justificación de los criterios cuantitativos de valoración de la minusvalía asociada al VIH. El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) también se considera infringido porque el expediente está incompleto, generando indefensión. Y, finalmente, se entiende vulnerado el trámite de audiencia pública [artículo 105.c) de la CE], puesto que las demandantes entienden que debieron ser oídas en la elaboración del Real Decreto al ser asociaciones privadas con interés directo sobre el asunto que regulaba la norma.

## IV. Fuentes del Derecho

Las supuestas vulneraciones del principio de legalidad y del derecho a la tutela judicial efectiva se rechazan por el Tribunal. La primera vulneración no se atribuye al Real Decreto impugnado, sino al Real Decreto 1791/1999, que no es objeto del recurso. Y en cuanto a la violación del artículo 24 de la CE por falta de completitud del expediente, señala el Tribunal que no puede entenderse que el expediente no esté completo por aludir a documentos que no se recogen en él (FFJJ 5º y 6º).

Sobre la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por la modificación de los baremos, afirma el Tribunal que no puede considerarse que la introducción de nuevos criterios sea arbitraria, desproporcionada o productora de inseguridad jurídica. Simplemente se realizó una nueva valoración de circunstancias por un Comité de expertos, sin que las alegaciones realizadas por las demandantes aporten criterios claros para descalificar los nuevos baremos (FJ 6º).

Por último, con respecto al trámite de audiencia, el Tribunal afirma que no se ha vulnerado. Señala que para la elaboración del Real Decreto impugnado se creó mediante Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 12 de junio de 2001 una Comisión de Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía como órgano competente para estudiar los problemas que presentan los baremos y para proponer las modificaciones precisas. Dicha Comisión estaba compuesta por representantes de todas las Administraciones competentes en el reconocimiento de situaciones de minusvalía. Además, en concreto, para la apreciación de las minusvalías de las personas con SIDA/VIH, se constituyó un grupo de trabajo en el que se integraban expertos de las Comunidades Autónomas, de la Universidad, del Plan Nacional sobre el SIDA y del Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI). Las propuestas surgidas de este grupo se tuvieron en cuenta para la elaboración del Real Decreto. Por tanto, puede concluirse que se oyó efectivamente a las organizaciones representativas de afectados por el SIDA, cumpliendo con la obligación legal contenida en el artículo 24 de la Ley del Gobierno. El trámite de audiencia no consiste en la obligación de oír a cuantas asociaciones privadas puedan estar interesadas en la norma que se elabora. Basta con garantizar que se ha oído a representaciones u organizaciones que agrupan y representan los intereses de los ciudadanos afectados, como sucedió en el caso del Real Decreto impugnado (FJ 5º). Con base en estos argumentos, se desestima el recurso interpuesto.

### **b) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: procedimiento de elaboración, principio de interdicción de la arbitrariedad y respeto a la Ley**

En su STS de 11 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Id Cendoj 28079130062008100399-ST 5851/2008, el Tribunal Supremo resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de organización y régimen del Notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. El demandante solicitaba la declaración de nulidad global del Real Decreto y, subsidiariamente, la nulidad de determinados preceptos (artículo 1.17, 18, 19, 22, 25, 30, 68, 84, 93, 100, 179, 187, 207, 211, 212, 214; artículo 2; Disposición Adicional Única; Disposición Final Primera, y Disposición Final Segunda, apartado dos). La declaración de nulidad global del Real Decreto se apoyaba –según el demandante– en la vulneración del artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), debido a la ausencia de informe por parte del Consejo General del Poder Judicial.

Señala el recurrente que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado solicitó en dos ocasiones la emisión de dicho informe –el 10 de mayo de 2006 y el 7 de junio de 2006– y que debe considerarse preceptivo, ya que todos los aspectos relativos al notariado y a la fe pública notarial tienen incidencia general en las normas procesales, afectando a los aspectos jurídico-constitucionales de tutela.

En relación con esta alegación, el Tribunal invoca el criterio empleado para resolver supuestos similares en situaciones precedentes. En concreto, en la Sentencia de la misma Sala de 8 de junio de 2004, que entendió que “según se desprende del tenor literal del mencionado artículo 108.1.e), tiene carácter preceptivo, y así lo ha señalado esta Sala en las Sentencias de 2 y 10 de febrero de 2000, de tal forma que su omisión comporta la nulidad radical de la norma respecto de la cual se haya producido el defecto”. Ahora bien, matiza el Tribunal que la nulidad no se extiende a la totalidad de la disposición general, sino sólo a los preceptos cuyo contenido determina la necesidad del informe, delimitando el alcance de la infracción formal denunciada. Conforme a este criterio, entiende la Sala que el Real Decreto impugnado no incide en las normas procesales ni en los aspectos jurídico-constitucionales de la tutela. Para probarlo acude a su Exposición de Motivos, donde se agrupa el contenido del Real Decreto en tres bloques: estatuto del notario, como funcionario público; formas documentales y prestación de la función pública notarial y organización corporativa del Notariado. Ahora bien, el Tribunal no descarta que algún precepto concreto pueda afectar a aspectos señalados en el artículo 108.1.e) de la LOPJ, pero entiende que para llevar a cabo esa valoración el demandante debería haber identificado y justificado su existencia (FJ 1º).

Desestimada la pretensión de nulidad global, el Tribunal analiza pormenorizadamente el ajuste a Derecho de cada uno de los preceptos impugnados. En este sentido, estima las alegaciones referidas al artículo 1.211 del Real Decreto que reforma el artículo 340 del Reglamento notarial, así como del artículo 1.215 del Real Decreto que modifica el artículo 344.A.11 del Decreto de 1944.

a) El artículo 340 –conforme a su nueva redacción– establecía que el Consejo General del Notariado: “Igualmente, podrá crear la unidad especializada prevista en el artículo 17.6 de la Ley del Notariado a los efectos de colaborar eficazmente con las Administraciones Públicas, y especialmente, con las autoridades judiciales, administrativas y policiales competentes en lo relativo a la lucha contra el fraude tributario pudiendo a estos efectos recabar del notario la información y datos precisos. Creada dicha unidad el notario le prestará auxilio en el ejercicio de sus funciones, debiendo facilitar a dicha unidad especializada cualquier información que ésta les requiera para el ejercicio de su función de examen”. Entiende el recurrente que de este modo se habilitaba al Consejo para crear esa unidad atribuyendo a la misma la facultad de imponer a los Notarios la obligación de facilitarle cualquier información que les sea requerida para el ejercicio de su función de examen. Y que dicha obligación no viene impuesta por la Ley, entendiendo que la misma limitación objetiva que afecta a la propia Administración –reconocida en el artículo 17.3 de la Ley del Notariado– debe afectar a la unidad creada por el Consejo para colaborar con aquélla. Esta argumentación se admite por el Tribunal, que declara la nulidad de este aspecto del precepto, en cuanto que permite a la unidad especializada recabar del notario directamente y al margen del correspondiente índice informatizado, datos y cualquier información, e impone al mismo el deber de remitirlos, extralimitándose de la habilitación contenida en el artículo 17.3 de la Ley del Notariado (FJ 11º).

## IV. Fuentes del Derecho

b) Por otro lado, el artículo 1.215 del Real Decreto preveía el establecimiento de compensaciones institucionales para determinados cargos del Consejo General del Notariado con el fin de garantizar su debida dedicación a sus obligaciones corporativas. Entiende el Tribunal que la indefinición de la fórmula empleada permitía interpretar la regulación como una forma de retribución del cargo, prohibida por el artículo 318 del Reglamento de 2 de junio de 1944. Así que anula el precepto con base en el principio de interdicción de la arbitrariedad, que impide que el contenido de la norma sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, con la naturaleza de las cosas o las esencias de las instituciones (FJ 13º).

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 7 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Id Cendoj 28079130062008100374-STs 5586/2008; 28079130062008100373-STs 5585/2008; 28079130062008100363-STs 5574/2008; 28079130062008100355-STs 5385/2008; 28079130062008100377-STs 5589/2008; 28079130062008100375-STs 5587/2008; 28079130062008100366-STs 5577/2008; 28079130062008100362-STs 5573/2008; de 14 de octubre de 2008, Id Cendoj 28079130062008100371-STs 5583/2008; 28079130062008100368-STs 5579/2008; 28079130062008100365-STs 5576/2008; 28079130062008100364-STs 5575/2008; 28079130062008100357-STs 5394/2008; 28079130062008100376-STs 5588/2008; 28079130062008100372-STs 5584/2008; 28079130062008100369-STs 5580/2008; 28079130062008100367-STs 5578/2008; de 4 de noviembre de 2008, Id Cendoj 28079130062008100393-STs 5660/2008 y 28079130062008100394-STs 5661/2008; y de 11 de noviembre de 2008, Id Cendoj 28079130062008100403-STs 5855/2008; 28079130062008100402-STs 5854/2008; 28079130062008100401-STs 5853/2008; 28079130062008100400-STs 5852/2008.

### 4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

#### A) Principio de igualdad

##### a) No vulnera el principio de igualdad favorecer la representación institucional de las organizaciones sindicales más representativas

En la STS de 19 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Id Cendoj 28079130042008100567-STs 6287/2008, se resuelve el recurso de casación interpuesto por la Unión Sindical Obrera de La Rioja contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja de 2 de marzo de 2006, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra el artículo 3.5 del Decreto 24/2005, de 31 de marzo, de la Consejería de Presidencia y Acción Exterior que creó el Consejo de Formación Profesional de La Rioja y que confirmó su conformidad a Derecho. El motivo del recurso de casación se apoya en la vulneración de los artículos 7, 14 y 28.1 de la Constitución. En especial, pone el acento en la vulneración del principio de igualdad (artículo 14 de la CE) al incluir dentro del Consejo a la asociación sindical más representativa, excluyendo a la recurrente.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación conforme a la jurisprudencia constitucional. Entiende que “es posible introducir diferencias entre los Sindicatos para asegurar la efectivi-

dad de la actividad que se les encomienda, pero siempre que se haga con arreglo a criterios de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad y el concepto de mayor representatividad es un criterio objetivo constitucionalmente válido”. Y junto a ello añade que “entre las funciones y prerrogativas atribuidas con exclusividad a los sindicatos más representativos se admiten los supuestos de representación institucional ante órganos administrativos”. La inclusión de esa diferenciación es conforme a la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, que en su artículo 6.1 admite que las organizaciones más representativas poseen “una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical”. De modo que el distinto trato introducido en el Decreto es conforme a Derecho (FJ 4º).

En el mismo sentido, la STS de 19 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Id Cendoj 28079130042008100569-STC 6409/2008.

**b) Vulneración del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas: sólo cuando la infracción de la legalidad implique a su vez una vulneración de la igualdad cabe entender que se ha vulnerado el derecho que reconoce el artículo 23.2 de la CE**

Las SSTC 154/2008, 155/2008, 157/2008, todas de 24 de noviembre, relativas al principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas se remiten a la STC 87/2008, JA, núm. 42, pág. 112. Los antecedentes fácticos de estos recursos así como las invocaciones de derechos fundamentales realizadas por los recurrentes 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 realizado para acceder al Centro de Formación de la Guardia Civil para acceso a la escala ejecutiva.

En estas sentencias el TC considera que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de los recurrentes. El Tribunal precisa que el artículo 23.2 de la CE no consagra un derecho al cumplimiento estricto de la legalidad en el acceso a las funciones públicas. 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 esta dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 de la CE.

**c) La previsión de cupos o cuotas para hombres y mujeres para la composición de órganos administrativos no infringe el principio de igualdad ante la Ley**

En la STC 13/2009, de 12 de enero, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. En concreto se impugnan los artículos 3.7 (párrafo segundo) y 20.4.b), 5, 6 y 7, y la Disposición Final Segunda (apartado 2), por vulneración del principio de igualdad ante la ley. A juicio de los recurrentes los preceptos impugnados incurren en infracción de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la CE, alegando que con la previsión de cupos o cuotas para hombres y mujeres para la composición de órganos administrativos, el legislador autonómico, además de vulnerar el artículo 14 de la CE, ha afectado directamente al contenido esencial del derecho de acceso a la función pública (artículo 23.2 de la CE).

#### IV. Fuentes del Derecho

El párrafo segundo del artículo 3.7 de la Ley impugnada prescribe que, “a los efectos” de la Ley 4/2005, “se considera que existe una representación equilibrada en los órganos administrativos pluripersonales cuando los dos sexos están representados al menos al 40%”. El artículo 20.6 dispone que, “a los efectos” de los apartados 4 y 5 del mismo artículo 20, “se considera que existe una representación equilibrada cuando en los tribunales, jurados u órganos afines de más de cuatro miembros cada sexo está representado al menos al 40%. En el resto, cuando los dos sexos estén representados”.

La previsión incluida en el artículo 20.7 se limita a disponer que los órganos administrativos llamados a adoptar las medidas de promoción de la igualdad previstas en los restantes apartados del mismo artículo 20 deberán “establecer indicadores que permitan realizar la evaluación del grado de cumplimiento y de la efectividad de [tales] medidas ... de cara a la consecución del objetivo de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres”.

Los apartados 4 y 5 del artículo 20 establecen la exigencia de una representación mínima en distintos órganos administrativos del 40% para cada sexo, en virtud de su referencia al concepto de “representación equilibrada” definido en los artículos 3.7 y 20.6 de la misma Ley.

Para los recurrentes, “la proporcionalidad de los preceptos impugnados brilla por su ausencia, instalándose en la mera oportunidad política”, pues la promoción de la mujer, pudiendo conseguirse por medio de los procedimientos establecidos en otros muchos preceptos de la Ley, no puede alcanzarse fijando cuotas en órganos en los que el género es absolutamente ajeno a la toma de decisiones y en los cuales el mérito y la capacidad son los criterios que garantizan la correcta selección de quienes hayan de valorar, escoger, calificar o decidir.

Para el TC, en lo que se refiere a los que vayan a tomar parte en esos procesos selectivos como aspirantes a la función pública o a la promoción funcionarial, lo determinante en relación con el derecho que a ellos les asiste *ex* artículo 23.2 de la CE es que quienes integren los tribunales de selección reúnan las condiciones de mérito y capacidad exigidas por el artículo 103.3 de la CE (SSTC 215/1991, de 14 de noviembre, y 174/1996, de 11 de noviembre). Tales condiciones constituyen el presupuesto mismo establecido en ambos preceptos para la operatividad de la medida de promoción de la igualdad arbitrada por el legislador, pues en ambos casos se especifica que los hombres y mujeres que, en la proporción señalada, integren los órganos administrativos en cuestión han de contar con “la capacitación, competencia y preparación adecuada”. En el caso del artículo 31.3 de la Ley de la función pública vasca se prevé, además, la eventualidad de que el porcentaje establecido para alcanzar una representación equilibrada de ambos sexos pueda excepcionarse si “se justifi[ca] debidamente su no pertinencia”, lo que con perfecta naturalidad es aplicable al supuesto de que no pueda darse debida satisfacción al requisito inexcusable del mérito y la competencia que han de concurrir en los miembros de los órganos administrativos, sea cual sea su sexo. En parecidos términos, y en relación con los apartados 2, 4 y 5 del artículo 20, el artículo 20.8 de la Ley 4/2005 permite excepcionar su cumplimiento por causa justificada.

El Tribunal entiende que “en todo caso la medida adoptada, cifrada en la representación equilibrada de ambos sexos y, en consecuencia, dispensando a hombres y mujeres el mismo tratamiento y operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras, resulta conforme con el mandato constitucional de promoción de la igualdad

efectiva contenido en el artículo 9.2 de la CE (STC 12/2008, de 29 de enero), al que el legislador autonómico ha querido hacer justicia, como explica en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2005 (apartado II), mediante la aplicación en los últimos años de planes de acción positiva que han facilitado la implantación y el desarrollo de las políticas de igualdad en los tres niveles de la Administración pública vasca con efectos muy notables, aun cuando no es menos cierto que todavía queda un trabajo importante por hacer para conseguir que la igualdad de mujeres y hombres sea un objetivo estratégico y prioritario por parte de todos los poderes y administraciones públicas vascas, siendo voluntad de la Ley incidir también en dicha cuestión, entre otras medidas, a través de las acordadas en el conjunto de los preceptos que ahora nos ocupan”. Sobre esta cuestión vid. STC 12/2008, de 29 de enero, JA, núm. 39.

#### **d) Derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual**

En la **STC 176/2008, de 22 de diciembre**, se resuelve el recurso de amparo presentado frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Lugo que, en un litigio de separación matrimonial, modificaron el régimen de visitas a su hijo menor de edad. El recurrente alega que la restricción de las visitas se ha producido como consecuencia de su condición de transexual por lo que entiende que se ha vulnerado su derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual amparado por el artículo 14 de la Constitución.

La jurisprudencia constitucional no admite que pueda ser constitucionalmente admisible presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el artículo 14 de la CE.

En este caso el Tribunal Constitucional entiende que no se ha producido dicha vulneración dado que la restricción temporal de los derechos de visita del padre transexual a su hijo no se debe a su condición, sino que se justifica con pruebas periciales psicológicas sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad.

El Tribunal argumenta que el interés superior del niño opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos se produce un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

El Tribunal afirma que los razonamientos de las Sentencias impugnadas por la vía del recurso de amparo permiten llegar a la conclusión de que la decisión de restringir el régimen de visi-

## IV. Fuentes del Derecho

tas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretende el recurrente por un supuesto perjuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre. En consecuencia, se desestima el amparo solicitado.

### e) Requisitos para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

En la **STC 160/2008, de 2 de diciembre**, se plantea la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley en un caso de responsabilidad patrimonial. De acuerdo con la demanda de amparo, la lesión del derecho fundamental se habría producido por el cambio sin justificación del criterio sostenido por el mismo órgano judicial en una sentencia anterior relativa al mismo caso respecto de la existencia de nexo causal entre la presencia de una sustancia deslizante en la calzada y el accidente de tráfico que causó daños a los vehículos de los demandantes de amparo. El accidente se produjo como consecuencia de que un vehículo se salió de la calzada y chocó contra algunos vehículos, entre los que se encontraban los de los demandantes, que estaban estacionados en las proximidades del lugar del accidente.

En este caso el Tribunal Constitucional considera que se ha producido la lesión del derecho fundamental a la igualdad en aplicación de la Ley (artículo 14 de la CE) dado que se cumplen los requisitos que exige la doctrina del Tribunal para apreciar su vulneración:

“Los recurrentes aportan un *tertium comparationis* válido, es decir, resoluciones judiciales precedentes a la impugnada en amparo; que procedan del mismo órgano judicial, pues las Sentencias corresponden a la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional; y las Sentencias aportadas se refieren a los otros perjudicados por el mismo accidente de tráfico, es decir, existe alteridad y se refieren a los mismos hechos. En estas circunstancias el mismo órgano judicial cambió de criterio con respecto al aplicado a los otros perjudicados por el mismo accidente de tráfico, sin que en la resolución judicial aparezca justificación alguna al respecto y, por tanto, con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva con la que se enjuició, por lo que se aprecia la lesión del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la CE)” (FJ 7º).

En consecuencia, el Tribunal estima el recurso de amparo interpuesto.

Sobre esta misma cuestión se pronuncia la **STC 161/2008, de 2 de diciembre**, en relación con una providencia y un Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por los que se acuerda no conferir a la representación procesal del demandante, plazo para formalizar el recurso de casación preparado contra una Sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que le condenó como autor de un delito contra la salud pública.

El demandante invoca dos precedentes en los que la Sala ha otorgado plazo específico para formalizar el recurso de casación una vez personado ante el Tribunal Supremo, siendo en ambos casos el Letrado actuante ante el Tribunal a quo el mismo que posteriormente compa-

recía ante el Tribunal Supremo para formalizar el recurso de casación, al igual que ocurre en el presente caso.

El TC precisa que la interpretación de las reglas referidas al plazo para formalizar la casación constituye una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde resolver en exclusiva a los órganos judiciales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 de la CE, sin que le competa a este Tribunal revisar dicha interpretación, salvo que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la aplicación de la norma de que se trate sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o producto de un error patente, vicios que no concurren en el presente caso.

En la **STC 7/2009, de 12 de enero**, se resuelve un recurso de amparo interpuesto también por vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. El objeto de este recurso de amparo es determinar si la denegación por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del reintegro de las cuotas médicas colegiales abonadas por el recurrente, que presta sus servicios en exclusividad para la Administración penitenciaria, lesionó su derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 de la CE), al haber sido reconocido dicho reintegro a los médicos inspectores del Insalud por Resolución de 22 de junio de 1998 y extendido por decisión judicial a otros médicos del mismo organismo. El Abogado del Estado pide la desestimación del amparo porque entiende que no se plantean supuestos de hecho sustancialmente iguales que puedan ser objeto de un juicio de igualdad, ya que el recurrente presta sus servicios para la Dirección General de Instituciones Penitenciarias mientras que la Resolución de 22 de junio de 1998 reconoció el reintegro de las cuotas de colegiación a médicos inspectores del Insalud, médicos que realizan funciones distintas de las que presta el recurrente en amparo y en un organismo (Insalud) dotado de personalidad jurídica propia, distinto de la Administración penitenciaria.

El TC respalda la tesis del Abogado del Estado y considera que no se ha cumplido uno de los requisitos fundamentales que exige la jurisprudencia constitucional para entender que ha sido vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que es la identidad del supuesto de hecho enjuiciado por los Tribunales. A juicio del TC no se produce esta identidad porque la comparación se plantea entre profesionales médicos que no pertenecen al mismo cuerpo de funcionarios, sino a cuerpos de funcionarios con distinto régimen jurídico. En este sentido el Tribunal precisa que la autonomía de dirección y de gestión del Insalud respecto de la Administración del Estado, donde se integra la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, determina la aplicación de normativa diferente para regular el estatuto de su personal.

El personal médico del Insalud se regía en el momento de la reclamación del recurrente por su normativa específica, que establecía una regulación completa no sólo del nombramiento, cese y situaciones administrativas del personal estatutario, sino también de las retribuciones y funciones de ese personal. Sin embargo, al recurrente en amparo le era de aplicación lo dispuesto en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, porque como declaró la Resolución de 8 de noviembre de 2002, desestimatoria de su reclamación, el Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria integra funcionarios al servicio de la Administración del Estado. En consecuencia, estamos ante dos cuerpos de facultativos con diferente regulación, dato objetivo y general que

#### IV. Fuentes del Derecho

nos impide apreciar la lesión constitucional por parte de la Resolución de 8 de noviembre de 2002, que precisamente se basó en la distinta estructura retributiva del personal estatutario del Insalud y de los funcionarios al servicio de la Administración del Estado (colectivo en el que están plenamente integrados los funcionarios del Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria y los del Cuerpo de Ayudantes Técnicos Sanitarios de Instituciones Penitenciarias) para desestimar su solicitud. En consecuencia el Tribunal declaró la desestimación del recurso de amparo presentado.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DÍEZ SASTRE



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

### Actos y Procedimiento Administrativos

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos administrativos.** A) Actos de trámite.

a) Acto de trámite impugnabile: procedimiento de expulsión con privación de libertad.

b) Acto de trámite inimpugnabile: declaración de impacto ambiental. c) Acto de trámite inimpugnabile: estudio informativo de proyecto de obra de infraestructura ferroviaria.

**3. Procedimiento administrativo.** A) Inicio. a) No necesidad de incoar múltiples

procedimientos: remisión a legislación sectorial. b) Deber de presentación telemática

de documentos por los Notarios. B) Interesado. a) Condición de interesado

en procedimiento de apertura de supermercado. C) Tramitación. a) Dilaciones indebidas

en la tramitación del procedimiento. b) Indefensión por omisión del trámite de

audiencia. D) Terminación. a) La obligación de resolver se cumple con la inadmisión.

**4. Nulidad y anulabilidad.** A) Anulabilidad por causar indefensión.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia pronunciadas en el período comprendido entre los meses de noviembre de 2008 a enero de 2009 (ambos incluidos).

En este período se han producido varias sentencias del Tribunal Supremo sobre la impugnabilidad o no de ciertos actos administrativos de trámite, destacando, en especial, la STS de 14 de noviembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta), sobre la impugnación de una declaración de impacto ambiental. En esta sentencia, que insiste en la jurisprudencia que declara a este tipo de actos de trámite no impugnables, se recoge, como ha sucedido ya en otras ocasiones, un voto particular que disiente de la decisión mayoritaria y que defiende la impugnabilidad de este tipo de actos.

## 2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

### A) Actos de trámite

#### a) Acto de trámite impugnabile: procedimiento de expulsión con privación de libertad

Las SSTs de 7 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recursos de casación 1697/2003 y 5646/2003), y de 19 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso de casación 4042/2004), se pronuncian sobre el carácter impugnabile de un acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo de expulsión de un extranjero del territorio español. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal Supremo se fundamenta en la constante doctrina dictada, en esta materia, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de la que, a título de ejemplo, cita varias sentencias. Conforme a dicha doctrina, la incoación de un expediente de expulsión de un ciudadano extranjero del territorio nacional, es un acto de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional. Ahora bien, también el Tribunal Supremo ha matizado que esto es así siempre que no resulte acreditado que dicho acto haya tenido otras consecuencias para el interesado. Así, en la cuestión examinada en este caso, el recurrente sufre una privación de libertad. En efecto, se decide en el acto recurrido “proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado/a, al Juez de instrucción, que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente (...)”. Para el Tribunal, no cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse) afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla.

En consecuencia, no es conforme a lo dispuesto en el artículo 51.1.c) de la LJCA, en relación con el artículo 25.1 de la LJCA, que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar una determinación, cual es el ingreso en un centro de internamiento, habida cuenta de que el interesado interpuso su recurso contencioso-administrativo por la vía especial del procedimiento de protección de derechos fundamentales, invocando no sólo el artículo 24 de la CE, sino también el artículo 17 de la CE, denunciando la privación de libertad que, en principio, vincula a la decisión administrativa de incoación del expediente de expulsión. Por todo ello, concluye el Tribunal estimando el recurso.

#### b) Acto de trámite inimpugnabile: declaración de impacto ambiental

A diferencia de lo visto en el apartado anterior, en el caso de la STS de 14 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 7748/2004), el Tribunal Supremo concluye declarando inimpugnabile una Resolución del Director General de Calidad y Evaluación Ambiental, que realiza la Declaración de Efectos Ambientales de un proyecto de planta de almacenamiento y regasificación de gas licuado. La sentencia recurrida consideraba que dicho acto de trámite era impugnabile, aunque recayó un voto particular en contra de su contenido. Y precisamente la teoría del Magistrado discordante es la que comparte el Tribunal Supremo, haciendo suyos sus razonamientos. Recuerda la sen-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

tencia (FD 5º), con cita de abundante jurisprudencia, que las declaraciones ambientales que integran la decisión medio ambiental tienen un carácter instrumental o medial, en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto, en este caso la instalación de una planta de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado. La consecuencia lógica que se deriva de la indicada naturaleza jurídica, por tanto, es que no estamos ante un acto administrativo definitivo, ex artículo 25.1 de la LJCA, sino de un acto de trámite, no cualificado por las circunstancias previstas en el citado artículo 25.1, que puede ser impugnado únicamente con motivo de la impugnación del acto administrativo que ponga fin al procedimiento, en este caso, con la autorización de la instalación.

En esta sentencia, un Magistrado emite **voto particular**, en el que coincide con la Sala de instancia en su decisión de considerar que el acto administrativo que finaliza un procedimiento de evaluación y declaración de impacto ambiental es susceptible de impugnación autónoma, sin tener que esperar a que la autoridad sustantiva ponga fin al procedimiento que a ella compete. Lo que no comparte con la Sala de instancia es su forma de justificar esta decisión, ya que se ha limitado a expresar su desacuerdo con la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Considera el Tribunal que, si la Sala sentenciadora no comparte la mencionada doctrina jurisprudencial, debería haber expuesto las razones de tal disenso y no limitarse a transcribir literalmente lo razonado en algunos votos particulares.

### c) Acto de trámite inimpugnable: estudio informativo de proyecto de obra de infraestructura ferroviaria

La STS de 5 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso de casación 1496/2006), conoce del recurso frente a la resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras (Ministerio de Fomento) por la que se acuerda no admitir la solicitud formulada por un Ayuntamiento en relación con determinadas “deficiencias” de un Estudio Informativo de una Autovía. Se trata de una actividad administrativa no susceptible de impugnación, habida cuenta de que el acto combatido tiene naturaleza de simple preparación de una ulterior resolución final en la que, en su caso, se tomarán en consideración las alegaciones u observaciones que se hayan planteado en relación con el trazado de la obra pública en cuestión.

## 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### A) Inicio

#### a) No necesidad de incoar múltiples procedimientos: remisión a legislación sectorial

En la ya citada STS de 5 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso de casación 1496/2006), el Tribunal Supremo recuerda que la Ley 30/1992 (LRJPAC) no obliga a incoar múltiples procedimientos, consecutivos a las solicitudes de los interesados, sino que la Administración ha de atenerse a las prescripciones específicas, en este caso contenidas en la Ley de Carreteras y el Real Decreto por el que se aprueba

su Reglamento de desarrollo, poniendo en marcha los trámites exigibles desde la aprobación provisional a la aprobación definitiva de los estudios informativos.

Como ya se afirma en la STS de 8 de abril de 2008, que cita, “carecería de sentido jurídico que, una vez incoado el procedimiento específicamente previsto y diseñado para permitir la participación de personas particulares y de entes públicos afectados o interesados, tuvieran que abrirse tantos nuevos procedimientos como personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas) estuvieran afectadas o interesadas en el proyecto y discreparen del contenido (...)”.

### **b) Deber de presentación telemática de documentos por los Notarios**

La STS de 26 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, conoce del recurso que se interpone contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. En dicho recurso, se pide la nulidad de su artículo 249.2 en cuanto impone al Notario el deber de presentación telemática de las copias, frente a la expresión “podrá” utilizada por la Ley de la que trae causa, esto es, artículo 112.1 de la Ley 24/2001, que viene a establecer, en el marco de la incorporación a los nuevos sistemas y técnicas de comunicación, la presentación telemática de los documentos susceptibles de inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, posibilidad que se deja a la consideración del interesado, de acuerdo con el principio de inscripción voluntaria que se refleja en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que éste puede efectuar indicación en contra de esa previsión legal, pero, en ausencia de ella, desaparecido el único condicionante, ha de cumplirse la previsión legal que establece la presentación telemática de tales documentos, sin que otorgue al Notario facultades para decidir al respecto. Es la Ley la que incorpora esa posibilidad de presentación de documentos en el Registro, con la sola exclusión de la manifestación de voluntad contraria de los interesados y no del Notario, que a falta de tal manifestación no tiene facultad de decidir, debiendo dar cumplimiento a la previsión legal.

Para el Tribunal, resulta congruente la regulación del artículo 196 del Reglamento al plasmar dicha determinación de la Ley 24/2001, y establecer el sistema a través del cual deberá el Notario inexcusablemente remitir el documento correspondiente. Por todo ello, considera que esta impugnación debe ser desestimada.

## **B) Interesado**

### **a) Condición de interesado en procedimiento de apertura de supermercado**

La STS de 7 noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 7738/2004), afirma que la concurrencia de un interés legítimo resulta evidente si tenemos en cuenta que la sociedad recurrida, titular de un supermercado, pretendía oponerse a la instalación y apertura de una gran superficie en la misma zona. De manera que resultaba “afectado por la resolución”, como exige el artículo 31.1.c) de la LRJPAC, pues concurre un interés notable, con trascendencia en su esfera de intereses, que revela y justifica

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

una razonable expectativa de obtener beneficio o de reportarle un perjuicio, en función del sentido de la resolución administrativa que se adopte sobre la apertura o no de la gran superficie en la misma zona donde realiza su actividad comercial.

### C) Tramitación

#### a) Dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento

La STSJ de Castilla y León, Burgos, 483/2008, de 21 noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda (recurso contencioso-administrativo 538/2006), considera que quedan acreditados olvidos y retrasos de la tramitación de una solicitud de traslado de un funcionario por razones de salud de su esposa. Estos retrasos, que suponen la vulneración de los principios consagrados en el artículo 3 de la Ley 30/1992, motivaron que, pese a existir las vacantes en condición de poder satisfacer la solicitud del recurrente, durante dos meses, no se tuvo en cuenta esa solicitud, y no se le ofreció al recurrente en ese período la posibilidad de ocuparlas. Esta omisión ha supuesto la privación al recurrente del derecho a acceder a un puesto de acuerdo con las previsiones legalmente establecidas y esta privación es lo que justifica la estimación del recurso a fin de retrotraer el procedimiento para que se ofrezca al recurrente por la Administración una de las dos plazas vacantes.

#### b) Indefensión por omisión del trámite de audiencia

La STS de 3 diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 7067/2004), declara la existencia de indefensión del interesado por la ausencia de trámite de audiencia a las partes interesadas en un procedimiento de petición de reconocimiento de derecho real de goce, disfrute y aprovechamiento silvopastoral. En consecuencia, ordena la retroacción de las actuaciones administrativas para que se lleve a cabo dicho trámite.

### D) Terminación

#### a) La obligación de resolver se cumple con la inadmisión

En la ya citada STS de 5 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso de casación 1496/2006), el Tribunal Supremo afirma que la resolución expresa de inadmisión cumple con la exigencia de la obligación de resolver impuesta por los artículos 42 y 89 de la LRJPAC. La obligación de resolver de forma expresa puede cumplirse tanto si se entra en el fondo de la pretensión deducida en vía administrativa como si se inadmite ésta, por las razones que la propia Administración exponga de forma motivada. Y uno de los contenidos posibles de la resolución administrativa a los que se refiere el artículo 89 es, precisamente, el que rechaza la tramitación de un procedimiento singular por entender que el aplicable a las alegaciones correspondientes es el previsto en la legislación sectorial de carreteras, en lo que se refiere a este caso.

#### 4. NULIDAD Y ANULABILIDAD

##### A) Anulabilidad por causar indefensión

La STS de 7 noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 7738/2004), declara la anulabilidad de un acto por el que se autorizaba la instalación de un supermercado. La anulabilidad se fundamenta en la falta de consideración de interesado de la empresa propietaria de otro supermercado situado muy cerca de donde se pretendía instalar el nuevo. El Tribunal considera que las consecuencias derivadas de la falta de consideración como interesado le privan del ejercicio de los derechos que la Ley liga a dicha consideración. Basta con señalar que quien ostenta un interés legítimo no ha sido oído en el procedimiento administrativo ni ha podido participar en él. Esta marginación revela como efectos concretos previstos en la Ley 30/1992, por citar los más relevantes, que no haya tenido la posibilidad de hacer alegaciones (artículo 79), participar en las pruebas (artículo 81) o, en fin, cumplimentar el trámite de audiencia mediante presentación de alegaciones y documentos y justificaciones que estime pertinentes (artículo 84). El vicio de forma consistente no en la falta de un trámite, sino de todos los que se anudan a la condición de interesado en la Ley 30/1992, comporta la anulabilidad del acto administrativo, ex artículo 63.1 de la expresada Ley. Esta consecuencia no sólo se produce cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, sino también, como sucede en este caso, cuando produce indefensión del interesado (apartado 2 del mencionado artículo 63).

Este defecto de procedimiento ha de tener trascendencia invalidante, pues ha producido una indefensión material a la sociedad limitada recurrida porque, por esa vía, se sustrae al órgano administrativo y posteriormente a la Sala de los elementos de juicio precisos para una adecuada valoración jurídica de las circunstancias del caso.

Por otro lado, la privación de la condición de interesado, la falta de personación y la falta de notificación de la resolución no puede entenderse suplida por la personación de la sociedad recurrida en el procedimiento seguido ante otra Administración, en otro procedimiento administrativo. Esta circunstancia no comunica ni supone convalidación alguna de la ausencia completa y absoluta del interesado en el procedimiento seguido ante la Administración autonómica, pues se ha sustanciado el expediente administrativo para la concesión de la licencia sin tener en cuenta ni, por tanto, tomar en consideración, el punto de vista del “interesado” sobre la actividad comercial en la zona, que podía haber influido en la adopción de la decisión administrativa.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Es ajustado al Ordenamiento Jurídico Europeo que un municipio adjudique sin licitación alguna la gestión de su red de teledistribución municipal a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente otros municipios y asociaciones de municipios. B) Carácter taxativo de las causas de exclusión en los procedimientos de licitación de contratos públicos basadas en la honradez profesional, solvencia y capacidad económica y financiera del licitador.

**3. Ejecución de los contratos.** A) 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: Aplicación supletoria de la figura del anatocismo regulada en el artículo 1109 del CC. **4. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) La solicitud de suspensión de la ejecución por el contratista que demanda la tramitación de un proyecto modificado no puede entenderse estimada por silencio positivo. b) Para que se interrumpa el plazo de garantía la Administración debe comunicar al contratista las deficiencias advertidas. c) No es ajustada a derecho la indemnización de daños y perjuicios derivados de una paralización o suspensión de las obras que vino seguida de la aprobación de un proyecto modificado, al que la empresa prestó su conformidad al suscribir el contrato por el que se le adjudicó la ejecución de dicho proyecto modificado. d) Reclamación de intereses en los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio. Modalidad excepcional. e) Fuerza mayor.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de noviembre de 2008 a febrero 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) Es ajustado al Ordenamiento Jurídico Europeo que un municipio adjudique sin licitación alguna la gestión de su red de teledistribución municipal a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente otros municipios y asociaciones de municipios**

La STJCE de 13 de noviembre de 2008, Sala Tercera, As. C-324/07, –Coditel Brabant SA contra Commune d’Uccle y otros– apartados 25, 26 y 42, al resolver la cuestión prejudicial sobre la necesidad o no de previa licitación pública, afirma que

“Los artículos 43 CE y 49 de la CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.”

Aclara el Tribunal de Justicia que

“Los contratos de concesión de servicios públicos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (...). Pese a que dichos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la mencionada Directiva, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar las normas fundamentales del Tratado CE, los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad y de igualdad de trato así como la obligación de transparencia que deriva de ellos (artículos 12, 43 y 49 de la CE).”

### **B) Carácter taxativo de las causas de exclusión en los procedimientos de licitación de contratos públicos basadas en la honradez profesional, solvencia y capacidad económica y financiera del licitador**

Planteada una cuestión prejudicial acerca de si las causas de exclusión de la participación en un contrato público de obras, previstas en el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37 (y que coinciden sustancialmente con los supuestos de prohibición de contratar regulados en el artículo 49 de la LCSP), tienen o no carácter taxativo, la STJCE de 16 de diciembre de 2008, Gran Sala, As. C-213/07 –Michaniki AE contra Ethniko Symvoulío Radiotileoras y Ypourgos Epikrateias–, rotundamente confirma su carácter taxativo, tras precisar que las

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

siete causas de exclusión de la participación de un contratista hacen referencia a las cualidades profesionales del interesado y, más concretamente, a su honradez profesional, a su solvencia y a su capacidad económica y financiera. Ahora bien, igualmente se reconoce la competencia de los Estados miembros para establecer otras medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, siempre que tales medidas resulten proporcionadas a dicha finalidad. En concreto, se afirma que

“(…) 43. Por consiguiente, debe interpretarse que el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37 enumera de manera exhaustiva las causas que pueden justificar la exclusión de un contratista de la participación en un contrato por razones basadas en datos objetivos y relacionadas con sus cualidades profesionales. Por lo tanto, impide que los Estados miembros o las entidades adjudicadoras puedan completar la lista que consta en su texto mediante la adición de otras causas de exclusión basadas en criterios relacionados con la aptitud profesional (véase, por analogía, la sentencia *La Cascina* y otros, antes citada, apartado 22). 44. Sin embargo, la enumeración exhaustiva que figura en el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37 no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de adoptar normas materiales para garantizar, en particular, que se respeta, en el sector de los contratos públicos, tanto el principio de igualdad de trato como el consiguiente principio de transparencia, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de estos contratos (véanse, en este sentido, las Sentencias *ARGE*, antes citada, apartado 24, y de 16 de octubre de 2003, *Traunfellner*, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartado 29) (...) 47. De lo anterior se deriva que un Estado miembro puede prever, además de las causas de exclusión basadas en consideraciones objetivas relacionadas con la aptitud profesional, taxativamente enumeradas en el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37, medidas de exclusión que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre todos los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. 48. Sin embargo, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho comunitario (véase, en particular, la Sentencia de 14 de diciembre de 2004, *Swedish Match*, C-210/03, Rec. p. I-11893, apartado 47), estas medidas no deben exceder de lo necesario para alcanzar este objetivo (véase, en este sentido, la Sentencia *Fabricom*, antes citada, apartado 34) (...)”

Finalmente, el Tribunal de Justicia también afirma que el Derecho comunitario no se opone a que se adopten medidas nacionales para evitar, en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, el riesgo de que, como consecuencia de la presencia entre los licitadores de un empresario que desarrolle una actividad en el sector de los medios de comunicación o que esté vinculado a una persona implicada en este sector, se produzcan prácticas que puedan menoscabar la transparencia y falsear la competencia, y para prevenir o reprimir, de este modo, el fraude y la corrupción. Pero dicha medida debe respetar, igualmente, el principio de proporcionalidad. Por ello, si la medida consiste en la exclusión de una categoría completa de empresarios de obras públicas sobre la base de la presunción absoluta de que la presencia entre los licitadores de un empresario también implicado en el sector de los medios de comunicación supone necesariamente que se falsee la competencia en perjuicio de los demás licitadores, ésta debe reputarse desproporcionada.

### 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### **A) 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: Aplicación supletoria de la figura del anatocismo regulada en el artículo 1109 del CC**

Las SSAN de 17 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 4/2008), FD 2º y de 11 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 9/2008), FFDD 2º a 4º, 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 de la 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 de la 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 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 a reiterada jurisprudencia (entre otras, STS de 18 de diciembre de 2001, recurso 220/2003), intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo 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 de la 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).

### 4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

#### A) Contrato de obra

##### a) La solicitud de suspensión de la ejecución por el contratista que demanda la tramitación de un proyecto modificado no puede entenderse estimada por silencio positivo

La STS de 17 de diciembre de 2008 (recurso de casación 2864/2005), FD 2º, reitera la inaplicación del artículo 43 de la Ley 30/1992, en el desenvolvimiento de la ejecución de un contrato. Reiterando el pronunciamiento contenido en la STS de 28 de febrero de 2007 (recurso de casación 302/2004), afirma como principio general que “(...) el artículo 43 de la Ley 30/1992 no se refiere a cualquier solicitud deducida ante la Administración, sino a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Esto es, a las solicitudes que determinan la iniciación de un procedimiento; no a las que se insertan en un procedimiento ya iniciado. De suerte que si éste, como ocurre en los procedimientos de contratación administrativa, se inicia de oficio (ver, por todos, los artículos 67.1 y 69.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), los efectos del silencio quedan regidos, no por aquel artículo, y sí por lo que dispone el siguiente artículo 44 de aquella Ley (...)”. Desde esta premisa, el Tribunal Supremo considera que la solicitud efectuada por un contratista tras la verificación de la comprobación del replanteo, donde solicitaba la suspensión temporal total de las obras, con efectos desde la fecha del acta de comprobación del replanteo hasta tanto se aprobara y firmara el proyecto modificado que reputaba necesario, no puede entenderse estimada por silencio positivo. Y ello porque tal pretensión debe enmarcarse en el procedimiento de modificación de los contratos de obras, prescribiendo taxativamente el artículo 146.3 del Texto Refundido de 2000 que la iniciación de tal procedimiento de modificación requerirá la previa autorización del órgano de contratación. De ahí concluye el Tribunal Supremo que “(...) no es la solicitud del contratista, ni tan siquiera el parecer coincidente del Director facultativo de la obra, la que inicia jurídicamente el procedimiento de modificación, sino la autorización que a tal fin otorga el órgano de contratación. El procedimiento de modificación es así, realmente, un procedimiento que se inicia de oficio, aunque tal inicio pueda venir impulsado a raíz de una solicitud del contratista. En él, por tanto, el vencimiento del plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce los efectos a que se refiere el artículo 44, no el 43, de la Ley 30/1992. En el caso de autos, el efecto a que se refiere el número 1 del citado artículo 44; esto es: que la solicitante, la contratista, pudiera entender desestimada su pretensión por silencio administrativo, y pudiera así reaccionar contra ese acto presunto ejercitando los pertinentes medios de impugnación (...)”.

Aquí debe precisarse que esta solución jurisprudencial ha sido recogida expresamente e incorporada al Derecho Positivo por la Disposición Final Octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al disponer que “En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”.

**b) Para que se interrumpa el plazo de garantía la Administración debe comunicar al contratista las deficiencias advertidas**

La SAN de 5 de noviembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 415/2007), FD 2º, recoge la asentada jurisprudencia en esta materia y afirma la expiración efectiva del plazo de garantía sin que pueda admitirse que las actuaciones unilaterales de una de las partes contractuales interrumpan el plazo de garantía, ya que, dado el carácter bilateral de los contratos, aunque sean contratos públicos, para que se produzca el efecto interruptor, la otra parte ha de conocer las deficiencias denunciadas.

**c) No es ajustada a derecho la indemnización de daños y perjuicios derivados de una paralización o suspensión de las obras que vino seguida de la aprobación de un proyecto modificado, al que la empresa prestó su conformidad al suscribir el contrato por el que se le adjudicó la ejecución de dicho proyecto modificado**

La SAN de 22 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 221/2006), FD 4º, recoge un supuesto en el que “inicialmente se pactó en el contrato una duración inicial de 18 meses, posteriormente hubo una prórroga a instancia del contratista y sin penalización por plazo de 3 meses, fijándose como nueva fecha de terminación el 27 de mayo de 1995”. Antes de que finalizara dicho plazo, la Administración y el contratista suscribieron un acuerdo de formalización de un contrato de modificación del proyecto de obras inicial, “por un importe de 0 pesetas, modificando así el contrato principal formalizado, todo ello, bajo las mismas condiciones estipuladas en el contrato principal de las obras y ampliando el plazo de ejecución en un mes, aceptando el contratista estas condiciones”.

Ante ello, el contratista solicita de la Administración una indemnización por daños y perjuicios causados por “la dilatación del plazo de la obra por causas, que alega, no le son imputables, y en la realización de trabajos imprevistos, con las consecuencias de ello derivadas en los costes indirectos, revisión de precios, gastos generales, etc., sin olvidar las referencias efectuadas a diferencias de valor en certificación”. La Audiencia Nacional argumenta que

“Si el contratista asumió sin reserva ni objeción dicha cláusula, que interpretada de acuerdo con los antecedentes expuestos, implica que el plazo de un mes debe entenderse a partir de la aprobación del modificado no puede ahora ir contra sus propios actos y solicitar se le indemnice por las consecuencias derivadas de esa mayor duración de las obras, que él aceptó. Como también aceptó el resto de los modificados incorporados en el Proyecto por importe 0 pesetas.

En esta línea interesa traer a colación la STS de 25 de septiembre de 2007 (recurso 374/2004) que contempla un supuesto similar al presente, en el que se solicitaba la indemnización de daños y perjuicios derivados de una paralización o suspensión de las obras que vino seguida de la aprobación de un proyecto modificado, al que la empresa prestó su conformidad al suscribir el contrato por el que se le adjudicó la ejecución de este proyecto modificado. Señala la citada sentencia que ‘el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues si el período de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar –y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual– una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados de aquella suspensión’.

En este sentido y en cuanto a la vinculación del contratista con las modificaciones del proyecto primitivo, plasmadas en un segundo contrato que asumió con su firma, se refiere la STS de 19 de julio de 2005 (recurso 1921/2002). Por ello, todas las partidas que la parte reclama derivadas de esa mayor duración del contrato, como son los costes indirectos, revisión de precios, gastos generales, gastos de vigilancia, seguridad e higiene en el trabajo, etc., deben ser desestimadas.”

### **d) Reclamación de intereses en los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio. Modalidad excepcional**

La STS de 18 de diciembre de 2008 (recurso de casación 5212/2005), FFDD 3º y 4º, recoge un supuesto en el que el clausulado del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares del contrato al que se contrae la litis establece lo siguiente:

“El precio que figure en el contrato se pagará al final de la obra. El precio total y final de la obra que la Administración pagará al empresario será el que resulte de la aplicación de los precios unitarios del presupuesto, afectados por la baja, a la medición de la obra realmente ejecutada, incrementado en la revisión de precios y en la compensación financiera, tal como se fijó en el cálculo definitivo de los costes de financiación.

El abono del precio se documentará a partir de la fecha de terminación total de la obra. Si existe diferencia positiva, entre el precio total y final definido en el punto 17.1 y el pago a realizar al final de la obra tal como figura en el contrato, se abonará dentro de las tres anualidades siguientes a la de la citada entrega.

Si la Administración incurriere en mora en el pago abonará al empresario el interés establecido en el artículo 100 de la LCAP, a contar de dos meses desde la recepción de la obra.”

Ante estas condiciones estipuladas en los Pliegos el Alto Tribunal argumenta lo que sigue:

“(…) El Reglamento de la LCAP guarda silencio sobre el contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio del mismo modo que el Texto Refundido de la LCAP, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, tampoco incorporó el contenido del artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, aunque su Disposición Final Decimocuarta contiene una referencia a los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio. La Disposición Adicional Vigésima Segunda de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2003, Ley 52/2002, de 30 de diciembre, estableció que durante el citado ejercicio el gobierno no autorizará la celebración de nuevos contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio, regulada en el

artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Precepto que reproducía prohibiciones similares contenidas en las Leyes 49/1998, de 30 de diciembre, Disposición Adicional Vigésima Primera, y 54/1999, de 29 de diciembre, Disposición Adicional Decimotercera.

La Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, de 20 de octubre, en su Disposición Final Segunda modifica el artículo 47 de la Ley General Presupuestaria, 47/2003, de 26 de noviembre, relativo asimismo a los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio.

Como primera consideración, debemos señalar que sobre la cuestión de la posibilidad de reclamar intereses en los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio, esta Sala y Sección ha tenido ocasión de pronunciar en diferentes sentencias. Citamos, por todas la de 12 de marzo de 2008, dictada en el recurso de casación 4205/2005, cuya doctrina seguimos por razones de igualdad, seguridad jurídica y unidad de doctrina (...) la obra respecto de la cual se reclaman intereses fue concertada bajo la modalidad de abono total del precio establecida en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, cumpliendo así la exigencia fijada por el artículo 14 del TRLCAP. Respecto a la prohibición del pago aplazado salvo en los casos que una ley lo autorice expresamente. Se trata de una modalidad excepcional, perfectamente conocida por el contratista que aceptó tales condiciones legales al participar en el correspondiente concurso (...) las cláusulas que se impugnan tienen su cobertura no en la LCAP, cuya vulneración se invoca, sino en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que constituye una excepción, con cobertura legal a las reglas generales contenidas en la LCAP.

La prerrogativa administrativa para abonar en tres plazos figura en el contrato y la misma fue aceptada al concurrir al concurso regido por tales pliegos de cláusulas administrativas particulares. Puede que lesione el equilibrio financiero del contrato en cuanto a que el precio incluirá los costes reales como declara el apartado siete del artículo 147. No obstante si en el pliego de licitación no hubo previsión expresa de otras compensaciones al contratista que las referidas al precio de construcción y los costes de financiación a que se refiere el apartado quinto del antedicho artículo 147 a ello debe estarse (...)."

### e) Fuerza mayor

La STS de 10 de noviembre de 2008 (recurso de casación 5221/2006), FFDD 3º y 4º, afirma en lo que se refiere a la aplicación de la figura de "fuerza mayor", regulada en el vigente artículo 214 de la LCSP:

"(...) la calificación de fuerza mayor no puede realizarse acudiendo a la normativa genérica del Código Civil, sino a la específica de la Ley de Contratos del Estado, donde se hace una enumeración tasada de los supuestos de fuerza mayor; ahora bien, ello no es óbice para que el Juzgador al calificar la *vis maior* en el marco específico de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pueda utilizar también los principios o conceptos jurídicos acuñados por la doctrina y jurisprudencia del orden civil para apreciar en el caso concreto,

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

si se produce o no, este evento exonerador de la responsabilidad contractual, pues, como declaramos en la sentencia de dos de junio de mil novecientos noventa y nueve –recurso número 4966/1993– ‘la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe ser ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o previsto fuese inevitable como guerras, terremotos, etc.’

Y, no puede dejarse de señalar, a efectos de interpretación que el artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, al enunciar los casos de fuerza mayor incluye ‘los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes’ lo que supone centrar la concurrencia de fuerza mayor en la existencia de un fenómeno natural y su carácter catastrófico, sin que la modalidad o forma de manifestación sea determinante, pues la Ley especifica unos supuestos concretos pero sin excluir otros semejantes, según expresión literal de la misma”.

Y aplica esta doctrina al supuesto concreto en el que se ha producido un temporal marítimo, que no se ha probado que fuera catastrófico:

“En el caso que enjuicamos la *ratio decidendi* del Tribunal para desestimar el recurso contencioso-administrativo fue que correspondía probar a la actora que los daños ocasionados por los temporales marítimos eran catastróficos, concluyendo en el inciso último del fundamento jurídico séptimo que ‘En cualquier caso, la no acreditación en legal forma de que estos temporales eran catastróficos en los términos expuestos y por ello constituían fuerza mayor nos ha de llevar a confirmar la resolución recurrida (...)’.

Este razonamiento del Juzgador de instancia en cuanto que parte de unos hechos probados nos vinculan, pues, la recurrente no invoca ningún motivo casacional por indebida o errónea apreciación de la prueba, por ser su valoración ilógica, irracional o arbitraria, pues, en base a los informes del Jefe de Proyectos y Obras del Servicio Provincial de Costas de Alicante, del Coordinador del Área de Contratación y Normativa de la Dirección General de Costas del Ministerio, de la Subdirección General de Actuación en la Costa, del Coordinador del Área de Contratación Administrativa y del Consejo de Obras Públicas, se limita a señalar que los tres temporales tuvieron efectos catastróficos, dañosos y ruinosos, cuando en realidad los únicos informes técnicos que podrían ser válidos para acreditar los efectos catastróficos durante los días seis a nueve de mayo en el Campello, serían los emitidos por el Centro Meteorológico Territorial en Valencia del Ministerio de Medio Ambiente, sobre el tiempo reinante y estado de la mar, cuando en dichos informes a los que se remite la recurrente, se aprecia que la intensidad del viento y del estado de la mar, según las escalas de Beaufort y Douglas, no revestían el carácter de temporal marítimo, y, por ende, no pueden calificarse de catastróficos”.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:****1. Administración del Estado. Competencias de los Delegados del Gobierno.**

**2. Administración local.** A) Alteración de términos municipales. Segregación improcedente por incumplimiento de los requisitos. B) Autonomía local. No vulnera el principio de autonomía local la ratificación de los Planes de Actuación Municipal de Emergencia Nuclear por el Delegado del Gobierno. C) Competencias municipales. El Ayuntamiento de Yaiza carece de competencia para regular un servicio público en el Parque Natural del Timanfaya. D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Por la Comunidad Autónoma. Relaciones organizativas. Un municipio no puede suscribir convenios de colaboración con otra Comunidad Autónoma sobre materias que son competencia de la Comunidad Autónoma a la que pertenece y sin el consentimiento de ésta. E) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. Imposibilidad de renuncia por el Alcalde al carácter dirimente de su voto de calidad. **3. Organismos públicos. Autoridades**

**independientes: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Alcance de su potestad de regulación.** **4. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) Concesión procedente del título de Procurador a solicitante no Licenciado en Derecho tras la STS de 17 de junio de 2005. B) Los Colegios profesionales están sometidos al Derecho de la competencia, así como las Administraciones Públicas. Validez del pacto de *cuota litis*.

**1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.  
COMPETENCIAS DE LOS DELEGADOS DEL GOBIERNO**

La STS de 29 de septiembre de 2008 (recurso 2641/2004), resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 12 de diciembre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Delegación del Gobierno contra el Convenio Colectivo sobre condiciones de trabajo de personal laboral aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Torrelavega, declarando la nulidad de la resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico. El TS casa y anula la Sentencia de instan-

cia e inadmite parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día por el Delegado del Gobierno.

Entre las alegaciones del Ayuntamiento de Torrelavega, cabe destacar las contenidas en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia: la infracción, en opinión del recurrente del artículo 65.1 de la Ley 7/1985 al entender que el Delegado de Gobierno de Cantabria carece de competencia para impugnar las cláusulas 10 y 11 del Acuerdo Corporación-Funcionarios relativas a permisos, vacaciones y licencias del personal municipal. El Delegado del Gobierno, dice el Alto Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 93, apartado 6, de la LOFAGE, tiene competencia para velar por las que corresponden al Estado constitucionalmente y por la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo recursos y acciones que procedan legalmente. Pero como sostiene la recurrente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142 del RD Legislativo 781/1986, esta materia se rige, en primer lugar, por la normativa autonómica, en concreto por lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de la Función Pública de Cantabria 4/1993. Por otro lado, el artículo 65 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local legitima a la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos o acuerdos de alguna Entidad local cuando consideren que infringen el ordenamiento jurídico, pero sólo en el ámbito de sus respectivas competencias. Este precepto ha sido declarado constitucional por la STC 331/1993.

En consecuencia, admitiendo la Sentencia impugnada que la normativa que debe regir en este asunto es la autonómica, el Tribunal Supremo concluye que el Estado en este caso carece de legitimación activa para impugnar esta parte del acuerdo, aun cuando la tenga para otros aspectos del mismo, por lo que este motivo de casación ha de estimarse, casando en este punto la Sentencia y sustituyéndola por otra en la que se declare inadmisibile el recurso contencioso-administrativo en cuanto a las cláusulas 10 y 11 del Acuerdo Corporación-Funcionarios impugnado.

## 2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

### A) Alteración de términos municipales. Segregación improcedente por incumplimiento de los requisitos

Mediante STS de 21 de octubre de 2008 (recurso 939/2006), el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Vecinos de San Blas de Barciela contra la Sentencia dictada por el TSJ de Galicia el 15 de septiembre de 2005, que denegaba la segregación-agregación de la parroquia de A Barciela, en el municipio de Santiago de Compostela, para su incorporación al Ayuntamiento de Oroso. La Sala del TSJ de Galicia entendió que no concurrían las circunstancias exigidas por el artículo 29 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia para dicha actuación, que ha de ampararse en criterios serios, objetivos y de estricta necesidad en que prime el interés general y no el emocional e interesado de un grupo de vecinos.

Los recurrentes pretendían corregir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, pero ello no es posible en casación, salvo en supuestos de arbitrariedad, irracionalidad

## VI. Organización Administrativa

o error de hecho, o de vulneración de un precepto de las leyes procesales sobre prueba tasada. Tampoco –como ya se dijo en la Sentencia de 22 de febrero de 2005 (recurso 6982/1999)– “puede revisarse en casación la aplicación por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de la legislación autonómica en la materia, puesto que lo veda la regulación del recurso de casación, destinado en exclusiva a la verificación de la correcta interpretación del derecho estatal o comunitario como expresamente se deriva de lo establecido en el artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción”.

En relación con la alegada lesión del artículo 5 de la Carta Europea de Autonomía Local, el Tribunal considera que en él sólo se prevé la consulta a las colectividades afectadas, sin que se indique que su resultado sea vinculante, pues pueden existir otros elementos determinantes de la inconveniencia de la segregación. En el mismo sentido debe interpretarse el artículo 33.2 de la Ley 5/1997 de Administración Local de Galicia, “ya que será el órgano competente del Gobierno Autónomo el que decida sobre la procedencia o improcedencia de la segregación, con independencia de que el expediente se haya iniciado de oficio o a instancia de los vecinos, siendo, por tanto, irrelevante que se haya alcanzado las dos terceras partes de los vecinos residentes, a que el precepto se refiere”.

En el presente caso, además de no cumplirse el requisito de confusión de núcleos, tampoco existen notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa. La Sala del Supremo considera que “la parte ha pretendido sustituir su criterio por el más objetivo de la Sala de instancia, que valorando la prueba practicada llegó a la conclusión –no revisable en casación–, de que no se daba este requisito al estar la zona que se pretende segregar suficientemente atendida por el Ayuntamiento de Santiago, aunque en algunas ocasiones se presten servicios de enseñanza y sanidad en el otro municipio, debiendo destacarse que la norma habla de ‘notorios motivos’, es decir, no meramente accidentales, transitorios o individuales, requiriendo, por tanto, una prueba evidente y no meramente indiciaria de la necesidad o conveniencia”.

### **B) Autonomía local. No vulnera el principio de autonomía local la ratificación de los Planes de Actuación Municipal de Emergencia Nuclear por el Delegado del Gobierno**

La STS de 19 de diciembre de 2008 (recurso 103/2004), desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares (AMAC) contra el Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear.

Junto a otros motivos, la parte demandante alega que la previsión de que los Planes de Actuación Municipal en Emergencia Nuclear (PAMEN) deban ser objeto de “ratificación” por el Director del Plan de Emergencia Nuclear (PEN), que es el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, infringe los principios constitucionales configuradores de la autonomía local. Su pretensión no es acogida por el Tribunal Supremo, que entiende válida esta previsión contenida en el Título IV, apartado 7.1.1.c), del Real Decreto 1546/2004.

En su argumentación, el Tribunal Supremo considera que de los diversos apartados del Real Decreto se infiere que existe un principio de dirección y coordinación con un mando único en la planificación de las emergencias nucleares y que es necesario que las actuaciones de

los órganos y estamentos implicados en los planes de emergencia se desarrollen de forma coordinada. Dentro de las previsiones del Real Decreto referidas específicamente a los Planes de Actuación Municipal, queda clara la incardinación del PAMEN como instrumento de desarrollo de las previsiones del PEN en el ámbito de cada municipio y el papel del Alcalde como “responsable de la dirección y coordinación de las actuaciones que le ordene el director del PEN”. El Real Decreto establece, pues, una estructura escalonada de las distintas clases de planes de emergencia nuclear y una configuración piramidal de los distintos organismos implicados en su desarrollo y puesta en práctica. En ese esquema organizativo y de actuación, cobra pleno sentido y está plenamente justificada, a juicio del Tribunal Supremo, la previsión de que los Planes de Actuación Municipal en Emergencia Nuclear sean objeto, por claras razones de coordinación, operatividad y eficacia, de “ratificación” por el Director del PEN.

Por lo demás, realizando una interpretación analógica, esta previsión de ratificación por el Director del PEN tiene cobertura suficiente en una norma con rango legal, como es la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil. Su artículo 10.1 establece que los planes municipales de protección civil, cuya aprobación es competencia de las corporaciones locales, se integrarán en su caso en los planes supramunicipales, insulares o provinciales, y deberán ser “homologados” por la Comisión de Protección Civil de la Comunidad Autónoma. Es claro, señala el Tribunal, “que ese trámite de homologación previsto en la norma legal se explica y justifica por razones análogas a las que hemos señalado a propósito de la ratificación establecida en el Real Decreto, pues las emergencias nucleares a que refiere este último no son, en definitiva, sino una especie o modalidad singular de las situaciones de riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria a las que se refiere la mencionada Ley 2/1985; y esta norma legal se inspira, por razones de necesidad fácilmente comprensibles, en los mismos principios de superior dirección y acción coordinada que informan la regulación de las emergencias nucleares (pueden verse, entre otros, los artículos 15 a 18 de la Ley 2/1985, sobre Protección Civil). Por ello debe entenderse que la finalidad de la ratificación prevista en el Real Decreto impugnado es la misma que el artículo 10.2 de la Ley 2/1985 atribuye a la homologación que allí se regula (‘La homologación a que se refiere esta Ley consistirá en la comprobación de que los planes se acomodan al contenido y criterios de la norma básica’).”

El Tribunal concluye que no puede considerarse vulnerado el principio de autonomía municipal por el hecho de que los Planes de Actuación Municipal en Emergencia Nuclear (PAMEN) deban ser objeto de “ratificación” por parte del Director del PEN y aclara que otra cosa es que con ocasión o so pretexto de esa ratificación se realice una labor de fiscalización que vaya más allá de la finalidad perseguida en la norma. En tal caso podría aducirse que la autonomía municipal ha sido vulnerada; pero sería en el seno de la impugnación dirigida contra una actuación concreta del Director del PEN y no contra la previsión contenida en el Real Decreto.

Precisamente, la **STS de 17 de diciembre de 2008** (recurso 289/2006), utiliza la sentencia que acabamos de comentar para conferir legitimación a la AMAC (Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares) en el recurso de casación que interpone contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006, por el que se aprueban los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares. El Tribunal Supremo estima el recurso en la medida en que la AMAC no había podido participar en el procedimiento de elaboración de la disposición de carácter general y, por tanto, no se

## VI. Organización Administrativa

había cumplido el trámite de audiencia previsto en los artículos 105.a) de la Constitución y 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, pese a que la Federación Española de Municipios y Provincias sí hubiese informado favorablemente los Planes Directores aprobados por el Acuerdo impugnado.

### **C) Competencias municipales. El Ayuntamiento de Yaiza carece de competencia para regular un servicio público en el Parque Natural del Timanfaya**

En STS de 12 de diciembre de 2008 (recurso 1050/2006), el Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Yaiza contra la STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2005, que anulaba una ordenanza municipal de 5 de octubre de 2001 reguladora de servicio de transporte de turistas en camello en la Montaña del Fuego (Parque Nacional de Timanfaya).

Los motivos en los que se basa la Sala Tercera son varios. En primer lugar, el artículo 15.1 de la Ley 6/1981, de 25 de marzo, por el que se establece un régimen jurídico especial para el Parque Nacional del Timanfaya dispone que “los Ayuntamientos de los municipios incluidos en la demarcación del parque nacional tendrán derecho preferente para la obtención de concesiones y autorizaciones de establecimientos y prestación de los servicios de utilización pública previstos en el Plan Rector de Uso y Gestión o en los Planes Especiales, sin perjuicio de los derechos que actualmente tiene el Cabildo Insular de Lanzarote respecto de la prestación de servicios del Parque”. Este artículo no confiere, por tanto, al Ayuntamiento de Yaiza un derecho a participar en la gestión de unos servicios determinados, ya que sólo concede un derecho preferente para la obtención de concesiones y autorizaciones. Pero además el Tribunal entiende, de acuerdo con la Sala de instancia, que el Ayuntamiento recurrente carece de competencia para la regulación de aquel servicio público de transporte de turistas en camello en el Parque Nacional. El artículo 23 de la ahora derogada Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales establecía, en la redacción vigente cuando se aprobó la ordenanza y dentro de los matices fijados por la STC 194/2004 que “la gestión de los Parques Nacionales se efectuará, en cada uno de ellos, por la Administración General del Estado y por la Comunidad Autónoma en que se halle ubicado, a través de una Comisión Mixta de Gestión, que (...) tiene asignadas las siguientes funciones (...) establecer el régimen de funcionamiento de las instalaciones y servicios del Parque Nacional”. Pero, además, el artículo 7.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que una competencia atribuida por delegación se ejerce en los términos de ésta, sin que del título invocado en el proceso por el Ayuntamiento —el contrato de 9 de mayo de 1986—, se deduzca que lo atribuido en él al Ayuntamiento comprenda la potestad de dictar una disposición de carácter general reguladora de aquel servicio.

El Tribunal Supremo entiende correcta la calificación que, como contratista o concesionario de aquel servicio, se atribuye por la Sala de instancia al Ayuntamiento de Yaiza. En consecuencia, el Ayuntamiento podrá dictar las oportunas instrucciones para cuidar el buen orden del servicio [artículos 72.2 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965; 218.2 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, y 256.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público]. Su naturaleza jurídica, que no es la propia de una disposición de carácter general, y su posible contenido impiden que una Ordenanza como la impugnada pueda ser considerada como las

mencionadas instrucciones en cuanto prevé aprobación por el Ayuntamiento de tarifas; somete a licencia municipal la prestación del servicio y limita el número de licencias permitidas; regula su transmisibilidad, caducidad, revocación y anulación; impone el pago de exacciones municipales, e incluso establece un régimen sancionador.

En conclusión, es nula la Ordenanza Municipal reguladora del Servicio de Transporte de Turistas en Camello en el Parque Nacional de Timanfaya, ya que el Ayuntamiento carece de competencia para la regulación de dicho servicio público, al ser su función la de contratista o concesionario de éste, pudiendo dictar las oportunas instrucciones para cuidar del buen orden del servicio, pero no regularlo.

**D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Por la Comunidad Autónoma. Relaciones organizativas. Un municipio no puede suscribir convenios de colaboración con otra Comunidad Autónoma sobre materias que son competencia de la Comunidad Autónoma a la que pertenece y sin el consentimiento de ésta**

La STS de 19 de diciembre de 2008 (recurso 6928/2005), desestima el recurso extraordinario de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 14 de octubre de 2005, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Castilla y León contra el acuerdo de 12 de marzo de 2002, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de la Puebla de Arganzón en sesión de 12 de marzo de 2002, por el que se aprobaba suscribir los Convenios de Colaboración entre el Gobierno Vasco y los Ayuntamientos de Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón en materia de educación y cultura y en materia de promoción económica y desarrollo rural. Estamos ante una problemática recurrente que ha dado lugar a otros pronunciamientos judiciales sobre distintas cuestiones relacionadas, algunos de los cuales ya fueron objeto de comentario en los números 28 y 31 de esta Revista.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia había anulado los citados acuerdos y el Tribunal Supremo confirma su decisión reiterando los pronunciamientos emitidos en STS de 15 de julio de 2008 (recurso 3806/2005), por razones de igualdad, seguridad jurídica y unidad de doctrina, ya que la citada Sentencia enjuició la impugnación de convenios idénticos a los ahora examinados.

“El convenio de colaboración entre el Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Condado de Treviño y el Ayuntamiento de La Puebla de Arganzón en materia de educación y cultura tiene, según el mismo indica, el objeto de ‘regular la colaboración entre las instituciones firmantes en asuntos relacionados con las materias de educación y cultura, estableciendo los requisitos y condiciones que ordenen el uso y acceso por los habitantes de los municipios del Enclave de Treviño a la prestación de servicios que son competencia del Gobierno Vasco en el ámbito de la cultura, en general, y de la enseñanza en particular, (...) de actividades propias o de terceros y de instituciones relacionadas con el fomento de la cultura, la enseñanza en euskera, su estudio y divulgación’. Pues bien, tanto en materia de cultura, como en materia de educación la Comunidad Autónoma de Castilla y León tiene asumidas competencias, como así se recogen en el artículo 23 del Estatuto. Por consiguiente, la competencia viene directamente atribuida a la Comunidad Autónoma, sin que sea posible ale-

## VI. Organización Administrativa

gar que sólo se pretende una asistencia social, pues también corresponde a la Comunidad Autónoma dicha función, como recoge el artículo 23.19ª y 20ª del Estatuto. Ello sin perjuicio de que lo que realmente se pretende con el convenio es expandir la enseñanza en euskera en estos dos Ayuntamientos, y la lengua también se encuentra regulada en el Estatuto de Autonomía de esta Comunidad Autónoma de Castilla y León, en su artículo 4º Si las materias a que se refiere el convenio relativo a la educación y cultura son materias sobre las que, sin perjuicio de la competencia que sobre ciertos aspectos de las mismas ostentan los Ayuntamientos, también ostenta competencia la Comunidad Autónoma de Castilla y León, procede decir lo mismo respecto de las materias a que se refiere el segundo de los convenios, en materia de Promoción Económica y Desarrollo Rural. Este convenio tiene, según su cláusula primera, el objeto de ‘regular la colaboración entre las instituciones firmantes del mismo, estableciendo diversas líneas de actuación para apoyar el impulso por los municipios del Enclave de Treviño de actividades propias o de instituciones y terceros relacionadas con la promoción económica y la consecución de un desarrollo rural sostenible’. Pues bien el artículo 23 del Estatuto de Autonomía recoge todas y cada una de las distintas competencias a que se refiere el convenio. Por consiguiente, es materia de competencia de la Comunidad Autónoma; sin perjuicio de que parte de esta materia en determinados aspectos sea también competencia del Ayuntamiento, por lo que se precisa una coordinación y colaboración entre ambas instituciones, por lo que no procede, ni puede admitirse la celebración de convenios sobre estas materias sin la correspondiente colaboración y el expreso consentimiento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.”

### **E) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. Imposibilidad de renuncia por el Alcalde al carácter dirimente de su voto de calidad**

La STSJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 2008 (recurso 123/2007), estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una promotora contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cogollos de 1 de junio de 2006, contrario a la aprobación provisional de un plan parcial y declara aprobado provisionalmente dicho plan.

Cuando el Pleno del Ayuntamiento sometió a debate la aprobación de dicho plan se produjo un empate de votos. Tras una segunda votación con idéntico resultado el Alcalde manifestó su voluntad de no emplear el voto de calidad para dirimir el empate, alegando la necesidad de un consenso amplio para la aprobación del plan, que, por tanto, quedó sin ser aprobado. Frente a ese acuerdo se interpuso recurso de reposición por la ahora recurrente que fue desestimado. La actora interpone recurso contencioso-administrativo invocando que el acuerdo es nulo por el hecho de que el Alcalde no puede dejar sin aplicar el ordenamiento jurídico y debe dirimir el empate haciendo uso del voto de calidad, circunstancia que había sido puesta de manifiesto por el Secretario de la corporación.

El objeto del debate se centra, pues, en examinar si la votación del plan se ajusta o no a la normativa aplicable. La Sala comparte la posición de la recurrente y manifiesta que “el voto de calidad atribuido al Alcalde es requisito necesario en las decisiones de los órganos colegiados. Si efectuado un recuento de votos resultan posturas empatadas, el empate se resuelve a favor de la postura defendida por el Alcalde, cuyo voto juega en este caso un efecto cualitativo o dirimente y se añade expresamente que, en el caso que nos ocupa, el voto del Alcalde fue favorable

a la aprobación provisional del Plan Parcial SAU-2 por lo que debió entenderse favorable en este caso”. En el presente supuesto, lo que queda reflejado del informe de Secretaría es que el voto del Alcalde era favorable y, por tanto, al ser un voto de calidad debería resolver el sentido de la votación. “No cabe estimar una renuncia al ejercicio del voto de calidad o que éste exija un voto posterior añadido. Es el mismo voto del Alcalde el que inclina la votación en el sentido del mismo, dada la consideración de voto de calidad que le atribuye tanto la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local en su artículo 211, apartado c) (...) o el 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, en su artículo 41, (...) lo que corrobora el artículo 100, al precisar en su número 2, que en el caso de votaciones con resultado de empate se efectuará una nueva votación, y si persistiera el empate, decidirá el voto de calidad del Presidente”.

El Tribunal, que cita las SSTSJ de Galicia, de 23 de noviembre de 2000, y de Madrid, de 6 de junio de 2002, entiende que el voto de calidad atribuido al Presidente es “requisito necesario en las decisiones de todo órgano colegiado, ya que la expresión concreta de voluntad de una entidad integrada por varios individuos es la que constituye el acuerdo formal o resolución de un asunto y lo mismo que se establece el sistema de mayorías, debe de suponerse que si el número de votantes es par, puede producirse una paridad de criterios que de no arbitrarse un procedimiento convencional para salvar los empates podría paralizar la vida administrativa, sin que ello suponga que se disponga por el Presidente de dos votos, sino que se trata de un solo voto capaz de producir un doble efecto (...) ya que además en las sesiones el Presidente es el último en emitir su voto por lo que si realizado el recuento de votos en la segunda votación después de que el Presidente emite el suyo, resulta un empate, éste se resuelve a favor de la postura defendida por el Alcalde cuyo voto en este caso juega un efecto cualitativo o dirimente si persiste el empate, y ello no puede ser considerado un formalismo o que vaya en contra del criterio de la mayoría o que sea una facultad susceptible de ser ejercitada o no, ya que no se trata de dos votos, sino de uno solo con un doble efecto del que no cabe renunciar en caso de empate, porque ello produciría precisamente el efecto contrario al pretendido por la ley al atribuir tal calidad al voto del Presidente, que no es otro que posibilitar el desarrollo de la vida administrativa”.

### **3. ORGANISMOS PÚBLICOS. AUTORIDADES INDEPENDIENTES: COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. ALCANCE DE SU POTESTAD DE REGULACIÓN**

La STS de 18 de noviembre de 2008 (recurso 1161/2003), resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 27 de febrero de 2005, que estimó el recurso interpuesto por Telefónica y anuló el acuerdo del Consejo de la CMT de 23 de octubre de 2003 que zanjó un conflicto de interconexión surgido entre “Intermail Telematic Services SL” y “Telefónica de España SAU”. El conflicto surgió a raíz de la decisión unilateral adoptada por Telefónica de aplicar a Intermail los precios previstos en el Acuerdo General de Interconexión suscrito entre ambas empresas el 1 de marzo de 2001 en lugar de los precios más económicos previstos en el Adendum de 26 de marzo de 2001 para los servi-

## VI. Organización Administrativa

cios de terminación de tráfico de voz internacional. La decisión de Telefónica se basaba en que Intermail en los cinco meses anteriores no había satisfecho las facturas debidas a Telefónica.

La Sala de instancia abordó la cuestión de determinar si la CMT tiene o no competencia para intervenir en las relaciones contractuales establecidas en el Acuerdo de 26 de marzo de 2001 y adoptar la Resolución que se impugna. Dio respuesta positiva a tal cuestión, sin que sobre este extremo haya debate en el recurso de casación. Ahora bien, en el fundamento jurídico segundo, el Tribunal de instancia se pronunció sobre la conformidad a Derecho del acuerdo impugnado llegando a la conclusión de que era nulo pues “cuando los convenios de interconexión establecen cláusulas o tienen alcance puramente privado, la CMT no puede modificar lo convenido por las partes. Si entre las partes surgen diferencias ha de ser la jurisdicción privada quien las resuelva”.

El TS puntualiza que sólo en aquellos aspectos que dichos acuerdos puedan afectar a principios de trascendencia jurídico-pública, puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico-privadas que sean ajenas a tales principios. Si bien *a priori* no se puede descartar la competencia de la CMT para conocer de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión, y de sus anexos, la CMT no puede extenderse en el ejercicio de esta competencia a discernir cuestiones jurídico-privadas que quedan incorporadas a los acuerdos de interconexión por voluntad de las partes y que sean ajenas a los intereses públicos implicados.

Ahora bien, la intervención de la CMT no puede desligarse de los objetivos públicos cuya salvaguardia tiene encomendada, entre otros, el de fomentar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva del mercado de las telecomunicaciones. Esto quiere decir que cuando ha de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes la CMT debe prestar atención especial al capítulo “precios”. Aun cuando las partes disponen de autonomía contractual para fijar sus condiciones, dentro del marco predeterminado, aquellos 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.

En efecto, la CMT 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 porque en el sector se da una situación de inicial ventaja para quien es titular de las redes. De ahí que la CMT pueda adoptar exigencias de que las partes se atengan a lo pactado de modo que el operador dominante, que presta sus servicios de red, no imponga de modo unilateral al nuevo operador entrante las condiciones de aquellos servicios, especialmente el precio. El fallo del caso de autos es que la CMT debió referirse también de un modo más explícito a esta finalidad pública de su intervención. Sin embargo, el TS entiende que la referencia a ella está implícita en el texto de la resolución impugnada: el organismo regulador debe velar por el “equilibrio justo” entre los intereses legítimos de las partes como uno de los criterios materiales para resolver los conflictos que se produzcan en relación con los acuerdos de interconexión.

En definitiva, la apelación a los preceptos generales reguladores de las obligaciones entre las partes no puede ocultar que en el caso de autos servía para respaldar una decisión administrativa vinculante cuyo único sentido era el de impedir que el precio de los servicios objeto de

interconexión se fijara por una de las partes (la dominante) y no de mutuo acuerdo. Esta finalidad se corresponde con la salvaguardia de los intereses públicos en cuya consideración se ha atribuido a la CMT la capacidad resolutoria de conflictos entre partes privadas. Por eso procede la estimación del recurso de casación y la desestimación del recurso contencioso-administrativo que Telefónica promovió contra la resolución de la CMT de 23 de octubre de 2003.

#### **4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS**

##### **A) Concesión procedente del título de Procurador a solicitante no Licenciado en Derecho tras la STS de 17 de junio de 2005**

La SAN de 30 de octubre de 2008 (recurso 5/2007), resuelve el recurso promovido por el Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de España contra la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 2006 que expedía el título de Procurador de los Tribunales a un solicitante no licenciado en Derecho. La Sentencia realiza, entre otras consideraciones, un profundo análisis de la postura procesal del Consejo General de Colegios de Procuradores de España además de determinar que la Orden del Ministerio de Justicia es conforme a Derecho.

El Consejo alega principalmente que por Sentencia de 17 de junio de 2005 el Tribunal Supremo declaró la nulidad del artículo 8.c) del Estatuto General de los Procuradores, aprobado por RD 1281/2002, de 5 de diciembre, que exigía la licenciatura en derecho como requisito para ejercer la Procura, por vulnerar el principio de reserva de ley. El solicitante pidió tras esta declaración de nulidad la expedición del título al Ministerio sin que en el proceso tuviera audiencia la demandante, solicitud que fue estimada por la Orden ahora controvertida.

Estima el Consejo, que la Sentencia citada tiene un alcance limitado y, aunque declara la nulidad del precepto estatutario mencionado, no permite el ejercicio de la Procura a quienes no sean licenciados en derecho dado que el vacío legal provocado por la Sentencia no puede ser aprovechado fraudulentamente. Por otro lado, considera nula de pleno derecho dicha Orden, dado que se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, ya que al recurrente no se le concedió el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992 como titular de un interés legítimo para la defensa de los intereses corporativos y para impedir el intrusismo y la clandestinidad en el ejercicio de la profesión.

Sobre esta segunda cuestión el Tribunal Supremo recuerda que ha analizado en profundidad el interés que ostentan los Colegios Profesionales en estos procedimientos y sus consecuencias en relación con su personación, la necesidad de concederles un trámite de audiencia y la obligación de notificarles las resoluciones que se dicten, en las Sentencias de 20 de julio de 2006 (recurso 2760/2001), 27 de septiembre de 2006 (recurso 1943/2000) y la más reciente de 6 de junio de 2007 (recurso 4747/2001). Estas Sentencias han afirmado que aun ostentando los Colegios un interés legítimo, éste es indirecto, por lo que cuando dichas Corporaciones no han promovido tales procedimientos ni se han personado en éstos no existe obligación de notificarles el acto que pone fin al procedimiento ni tampoco la Administración está obligada

## VI. Organización Administrativa

a llamarles para que participen mediante el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992. El interés es indirecto porque la homologación sirve o puede habilitar para el ejercicio profesional, pero también puede tener otras finalidades, desde la participación en procesos selectivos hasta la mera satisfacción personal. En el caso que nos ocupa el Consejo General tiene un interés legítimo, pero ni promovió el procedimiento, ni se personó en él, ni ostenta un derecho que pueda resultar afectado por la resolución, por lo tanto no es interesado a efectos del artículo 31 de la Ley 30/1992, lo que lleva a rechazar al Alto Tribunal el primer motivo de la impugnación.

Respecto al fondo del asunto, 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).

### **B) Los Colegios profesionales están sometidos al Derecho de la competencia, así como las Administraciones Públicas. Validez del pacto de *cuota litis***

La STS de 4 de noviembre de 2008 (recurso 5837/2005), resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAN de fecha 27 de junio de 2005 que estimaba el recurso administrativo promovido por el Consejo General de la Abogacía contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002, que declaró a su vez no ajustado a Derecho el artículo 16 de Código Deontológico de la Abogacía, por entenderlo contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) por prohibir el pacto de *cuota litis* en sentido estricto, dado que el artículo 2.4 de la Ley de Colegios profesionales somete los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios de trascendencia económica a los límites del referido artículo 1 de la LDC, y el 5.º otorga al Consejo General la facultad de establecer baremos de honorarios con carácter meramente orientativo.

La AN entendió, sin embargo, que conforme a la Ley de Colegios Profesionales, los Colegios son corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad

para el cumplimiento de sus fines. Del contenido del artículo 1 de esta Ley se deduce que los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido del artículo 8.1 de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contenciosa aquellos actos emanados de los Colegios Profesionales sujetos a Derecho Administrativo, lo que presupone la existencia de otros actos ajenos a tal Derecho y por ello a las competencias exorbitantes propias de éste. Para la AN lo esencial era determinar si la conducta sancionada se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o fuera del Derecho Público, estando en el primero de los casos, ante una habilitación legal que justificaría tal conducta, aun siendo ésta subsumible en el tipo infractor de la LDC. La AN llega a la conclusión de que el artículo 1 de la Ley de Colegios Profesionales determina como funciones propias de la Administración corporativa profesional la ordenación del ejercicio de las profesiones, su representación y la defensa de los intereses profesionales. Como el Estatuto de la Abogacía se aprueba por Real Decreto quedarían los Colegios Profesionales, por este motivo, fuera del control del TDC, pese a que la modificación operada en la Ley de Colegios profesionales en el año 1997 estableció en su artículo 2.1 que “el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia, estando sujeto en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración a la LDC y a la Ley de Competencia Desleal”.

Respecto a si la actuación de los Colegios profesionales está sometida a la LDC, el TS deja sentado, contrariamente a lo que estableció la AN, que ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio profesional –ni a la Administración Pública en general– de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la inaplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Por otro lado, entiende que la propia Ley de Colegios se encarga de dejar sentado tal sometimiento de los Colegios a la regulación sobre competencia.

Sobre el fondo del asunto, el TS declara que la prohibición de la cuota litis en el sentido establecido en el Código Deontológico implica la obligación de fijar unos honorarios mínimos con independencia de los resultados y se excluye, por el contrario, con carácter general no cobrar o cobrar exclusivamente por resultados. Y paralelamente se limita la libertad de fijación de cuantía y forma de cobrar en esa misma medida, puesto que tal libertad implica la posibilidad de no cobrar en caso de pérdida del pleito o de otros pactos entre cliente y abogado.

Semejante conclusión evidencia que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la LDC que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones

## **VI. Organización Administrativa**

colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto “en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración” a las previsiones de la LDC (artículo 2.1, segundo párrafo) y que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la LDC.

Para concluir, debe señalarse que el TS realiza en esta sentencia un análisis del pronunciamiento del TJCE de 19 de febrero de 2002, sobre el asunto C 309/99 que trata sobre los Colegios de Abogados como asociaciones de empresas.

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) Colaboración reglamentaria: es inconstitucional cuando la Ley no ha prefigurado los elementos esenciales de la infracción. El supuesto de la tipificación como infracción del incumplimiento de cualquier prescripción reglamentaria. B) Tipicidad de las infracciones: prohíbe la indeterminación de la conducta infractora.

**3. Antijuridicidad.** A) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la libertad de información. B) Ejercicio legítimo del derecho a una libertad de expresión reforzada cuando se vincula con el derecho de defensa: no legitima el insulto ni la descalificación.

**4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber. B) Inexistencia de culpabilidad por la incertidumbre jurídica sobre la materia. C) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad. **5. Sujetos responsables.** A) La Administración como sujeto responsable de infracciones administrativas. B) No basta tener una participación mayoritaria en una persona jurídica para poderle exigir las responsabilidades propias de los administradores.

**6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Infracción permanente. B) Anulación de la sanción administrativa anticipada sin que concurra la triple identidad, por incumplimiento del deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador por hechos posiblemente delictivos con el fin de garantizar la vinculación a la declaración fáctica de la sentencia penal firme. **7. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Derecho a ser informado de la acusación: lo vulnera la notificación edictal si fue posible la personal. B) Derecho fundamental a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios. C) El procedimiento sancionador tramitado debe ser el legal o reglamentariamente establecido. D) Que se sancione a una persona distinta de la inicialmente acusada no lesiona el derecho a ser informado de la acusación si el finalmente sancionado ha disfrutado de las garantías de contradicción y prueba durante la tramitación. **8. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) La inadmisión de pruebas no decisivas en términos de defensa no lesiona el

derecho fundamental a la prueba. B) La garantía de contradicción en la práctica de una prueba de inspección ocular y toma de muestras. C) Carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción: la duda sobre el momento en que se cometió el hecho infractor, esencial para apreciar o no la comisión de la infracción, favorece al imputado.

D) Carga de la prueba de la identidad del infractor cuando hay un cambio de titularidad.

E) Prueba indiciaria: requisitos. **9. La resolución del procedimiento sancionador.**

A) La motivación puede satisfacerse con los documentos obrantes en el expediente, aunque la resolución ni siquiera se refiera a ellos. **10. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.**

A) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador. **11. Extinción de la responsabilidad por prescripción.**

A) La sanción no prescribe mientras esté pendiente la resolución del recurso de alzada interpuesto. ¿Un primer paso hacia una nueva regla a propósito de la prescripción de la infracción? **12. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.**

A) Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo. B) Anulación de la sanción y retroacción de las actuaciones.

C) La denegación de las pruebas propuestas en el proceso contencioso-administrativo como causa de indefensión del sancionado que determina la retroacción del proceso judicial a la fase de admisión de prueba.

## 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

### A) Actos que no constituyen sanción

– La suspensión temporal de la licencia de armas a un vigilante de seguridad hasta que realice con resultado positivo los correspondientes ejercicios de tiro de carácter periódico. La STS de 17 de junio de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 151/1995), niega el carácter sancionador de esta suspensión temporal, aclarando que “se trata de la simple comprobación de las condiciones para el ejercicio de unas funciones portando armas de fuego –como consecuencia de una expresa habilitación y delegación legal– y, derivado de lo anterior, del ejercicio de una medida temporal de suspensión de la licencia habilitante para el uso de las mencionadas armas, sólo para el caso de la no acreditación del mantenimiento de la aptitud en el manejo de las mismas”. Es decir, esta potestad suspensiva temporal debe enmarcarse “en el ejercicio de la potestad de control administrativo sobre las condiciones en las que se lleva a cabo la prestación de los servicios de seguridad por quienes no integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y que persigue la continuada comprobación de la aptitud de los citados vigilantes en el peligroso manejo y la compleja utilización de las armas de fuego”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

– La clausura de un establecimiento o la suspensión de su funcionamiento cuando no cuente con la previa autorización o no esté inscrito en los registros sanitarios correspondientes. Según la STS de 24 de septiembre de 2008, Sección Cuarta (recurso de casación 6772/2005), es “una medida cautelar que sólo se alzará cuando el centro (sanitario) cuente con las autorizaciones necesarias para entrar en funcionamiento o reanudar su actividad en el supuesto de suspensión del funcionamiento”.

### 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

#### **A) Colaboración reglamentaria: es inconstitucional cuando la Ley no ha prefigurado los elementos esenciales de la infracción. El supuesto de la tipificación como infracción del incumplimiento de cualquier prescripción reglamentaria**

El artículo 31.3.a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, tipifica como infracción leve “el incumplimiento de cualquier otra prescripción reglamentaria no incluida en los apartados anteriores”. En el caso, se había sancionado con multa de 200.000 pesetas por emitir la ficha reducida de características técnicas de un vehículo “omitiendo en ella la contraseña de homologación correspondiente”, lo que “permite la cumplimentación falsaria del mismo”, conducta calificada como infracción leve según el mencionado precepto, puesto en relación con el artículo 9.6.4 del Real Decreto 2140/1985 que establece el deber de aportar la mencionada ficha según los modelos establecidos. El Juzgado competente para resolver el recurso interpuesto contra la multa considera que la norma sancionadora pudiera vulnerar el principio de legalidad al tratarse de una remisión absoluta al reglamento. Por ello, plantea la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Al respecto, la STC 162/2008, de 15 de diciembre, Sala Primera, comienza su argumentación recordando la doctrina constitucional existente en la materia:

“el artículo 25.1 de la CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege* (...) que (...) es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo. Comprende tanto una garantía formal como una garantía material. La garantía formal, de exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Por tanto, la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley (SSTC 242/2005; 42/1987; 341/2003; 132/2001, y 25/2002)(...)”

La garantía material, por su parte, aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 242/2005)”.

La aplicación de esta doctrina conduce, según la sentencia, a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Con relación a la reserva de Ley, porque el precepto se limita, para definir las infracciones que sanciona como leves, a remitirse a las prescripciones reglamentarias que no estén incluidas en los apartados anteriores, que son los que tipifican las infracciones muy graves (apartado 1 del artículo 31) y graves (apartado 2):

“Constituye ésta una de las prácticas normativas vedadas por el artículo 25.1 de la 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 (...). A esta conclusión no empece (...) ni la mera acotación del ámbito al que se refieren los reglamentos destino de la remisión, que es la actividad industrial, ni el hecho de que queden excluidas de tal destino normativo las infracciones que ya la ley califica como muy graves y graves. Ni lo uno ni lo otro, ni la conjunción de ambos, supone una descripción legal mínima de las conductas sancionables ni, con ello, el límite suficiente que el artículo 25.1 de la CE exige (...). Así lo afirmamos ya para una norma, la del artículo 142.n) de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres, que guarda evidentes rasgos de analogía con la que ahora se cuestiona (...). Y a similar conclusión había llegado anteriormente la STC 341/1993 (...) que declara la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 26.j) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.”

Por lo que respecta al principio de tipicidad, señala la sentencia que “en la conclusión de inconstitucionalidad abunda la perspectiva de la predeterminación normativa de las conductas sancionadas (...). La pura remisión a los reglamentos, sin más (...), dificulta de tal modo el conocimiento de lo prohibido (...) que permite afirmar ya desde la norma de remisión que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del artículo 25.1 de la CE”.

### **B) Tipicidad de las infracciones: prohíbe la indeterminación de la conducta infractora**

Se impone una sanción de 9.000 euros a un médico por intrusismo profesional. En concreto, por realizar varias intervenciones quirúrgicas (*lifting*, liposucciones, rinoplastia) que exigían el título de médico especialista en cirugía plástica sin poseer dicha titulación, lo que constituía una infracción grave del artículo 37.c) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias que tipifica “el ejercicio de cualquier actividad para la que se exija título o habilitación profesionales sin contar con el que sea exigible”. Según la Administración sancionadora, el título de médico especialista en cirugía plástica vendría exigido para realizar esas intervenciones por el Real Decreto 127/1984, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista. Sin embargo, para el recurrente “el Real Decreto 127/1984 (...) no delimita los actos médicos propios de cada especialidad médica” por lo que se ha lesionado su derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la CE. La **STC 181/2008, de 22 de diciembre**, Sala Primera (recurso de amparo), recuerda que el artículo 25.1 de la CE impide

“la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla. Esta garantía de tipicidad no es más que el reverso, el complemento

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con normas ‘concretas, precisas, claras e inteligibles’ (SSTC 34/1996, 137/1997, 151/1997). (...) Así, ‘la garantía material de *lex certa* integra asimismo el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa (...)’ (STC 283/2006)”.

En el caso enjuiciado, no es la técnica de tipificación utilizada –una norma sancionadora en blanco– la cuestionada. Lo que la sentencia considera contrario al principio de legalidad “es el resultado impreciso de la integración del precepto legal sancionador que se aplicaba –el artículo 37.c) de la Ley canaria–”:

“Ni la vaga alusión de las resoluciones administrativas (sancionadoras) al Real Decreto 127/1984 (...) ni la más concreta de la Sentencia a su artículo 1 y a su anexo configuran una norma que transmita con una precisión mínima qué actividades médicas son propias de la Cirugía Plástica y Reparadora y en qué casos su realización exige el título correspondiente de Médico Especialista (...). Es notorio que la integración de estos dos textos (del artículo 1 y del Anexo de Real Decreto 127/1984) en el precepto sancionador [en el artículo 37.c) de la Ley canaria] no alcanza a configurar un tipo de infracción suficientemente determinado pues ‘el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter’. En suma, la norma finalmente aplicada no expresa con la determinación constitucionalmente requerida en qué consistía la infracción por la que se le sancionó al recurrente, que debe por ello ser ahora amparado.”

### 3. ANTIJURIDICIDAD

#### A) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la libertad de información

La Agencia de Protección de Datos sancionó a la “Asociación contra la Tortura” por ofrecer, vía internet, un listado de datos sobre policías, guardias civiles y políticos implicados en actuaciones relativas a torturas, señalando, además del nombre de cada funcionario, su situación en relación con la denuncia por tortura (investigación, condenado, absuelto), el lugar de los hechos, la fecha y la identificación del caso. Tales hechos suponían una vulneración del artículo 7.5 de la LORTAD, que prohíbe que los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas puedan estar incluidos en otros ficheros que no sean los de las Administraciones públicas competentes, así como del artículo 11 de la LORTAD, en la medida en que no todos los datos habían sido extraídos de fuentes accesibles al público. Frente a estas sanciones, la “Asociación contra la Tortura” justifica su conducta en el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información [artículo 20.1.a) y d) de la CE]. Sin embargo, la STS de 26 de junio de 2008, Sección Sexta (recurso de casación 6818/2003), estima que

“las concretas conductas sancionadas nada tienen que ver ni con la libertad de expresión, ni con el derecho a la información, en relación a la tortura y a la denuncia de tan execrable práctica. La probada publicación vía internet (...) no es una manifestación de los derechos

a la libre expresión y a la información que no puede atribuirse sin más a la actora, con la mera remisión a sus fines sociales, sino una clara vulneración del derecho fundamental consagrado en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución”.

Sin embargo, la sentencia no justifica esta afirmación, remitiéndose a las razones sustentadas en la sentencia de instancia. En esta última, haciendo una interpretación conjunta del “Convenio para la protección de datos automatizados de carácter personal” y de la Directiva 95/46/CEE, se llega a la conclusión de que la libertad de información sólo constituiría una excepción admisible frente a la protección de datos de carácter personal en caso de que revistiese la forma cualificada de “libertad de prensa”. A este respecto, señala que “como razona la STC 165/1987, la libertad de información no corresponde exclusivamente a los profesionales de la información, debiendo ser reconocida a ‘quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce’; pero el propio Tribunal matiza que la libertad de información ‘alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción’”.

### **B) Ejercicio legítimo del derecho a una libertad de expresión reforzada cuando se vincula con el derecho de defensa: no legitima el insulto ni la descalificación**

Una abogada es sancionada disciplinariamente con un apercibimiento por escrito por infracción leve consistente en faltar el respeto a la magistrada y a la abogada de la parte contraria en un proceso de separación matrimonial. En concreto, por incluir en un escrito de contestación el siguiente fragmento: “resulta evidente que la igualdad de partes en el presente procedimiento brilla por su ausencia (...). En definitiva, dicho sea con todos los respetos y en estrictos términos de defensa de los intereses que le han sido encomendados, la amistad más que pública y notoria existente entre la letrada Sra. ... y la Juez titular del Juzgado de Familia, sin que SSª se abstenga de conocer cuantos casos pudiera dirigir la letrada Sra. ... (...) causa no poca indefensión a esta letrada, a su cliente y a cuantos letrados y clientes se han encontrado o puedan encontrarse en la misma situación tanto en el presente, pasado como futuro”.

Por tales hechos, se condenó a la demandante de amparo a una pena de cuatro meses de multa por la autoría de un delito de calumnia. No obstante, esta sentencia fue anulada en apelación por otra de la Audiencia Provincial de Navarra que declara la absolución pues, aunque no concurre el tipo de calumnia sino el de falta de injuria, “es de preferente aplicación la vía disciplinaria”. Posteriormente, es el Colegio de Abogados de Pamplona el que sanciona disciplinariamente con el apercibimiento por falta leve y razona del modo siguiente: “si bien contemplada de forma aislada podría considerarse como grave o muy grave, en atención a la actitud rectificadora de la Letrada (que retiró las expresiones proferidas en su escrito) y del procedimiento penal al que se ha visto sometida, estima que la calificación adecuada para la infracción es la de leve”.

La STC 39/2009, de 9 de febrero, Sala Primera (recurso de amparo), enjuicia si esas expresiones reflejadas en un escrito procesal que firmaba como abogada encuentran amparo en la

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada. A propósito de su doctrina sobre este derecho fundamental, reitera que

“la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación (...) de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar. Es por ello por lo que ampara ‘la mayor beligerancia en los argumentos’ e incluso ‘términos excesivamente enérgicos’, pero siempre en atención ‘a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen’, y con el límite del ‘mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial’. La libertad de expresión del Abogado no legitima así ni el insulto ni la descalificación”.

Según la Sala,

“cabe entender que late en la afirmación, realizada ‘en un escrito y, por tanto, de forma reflexiva y consciente’, ‘sin el calor inmediato que puede producirse en un debate oral’, una velada imputación de comportamiento judicial irregular que trasciende además al proceso en el que se aporta el escrito. (...) En estas circunstancias, el reproche atenuado que recibe la recurrente (...) no puede entenderse lesivo de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada so pena de desfigurar el equilibrio constitucional de intereses que se concita en el proceso y en el que tal libertad tiene un papel preponderante pero no ilimitado ni único (...). Tildar de parcial cierta actuación judicial *pasada, presente y futura* por la intervención de determinada Letrada ‘entraña una descalificación personal (...) que no puede encontrar (...) justificación en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones. Las reseñadas son expresiones que resultan sin duda objetivamente ofensivas para un Juez en el desempeño de la función judicial (...). No es óbice para ello el opuesto por el Fiscal relativo a que la amistad íntima constituye una causa de recusación, por lo que su imputación por otro cauce no podría por ello convertirla en insultante. Lo que aquí sucede no es sin más la exteriorización de un motivo de recusación (...) (sino) atribuir a la Magistrada una actuación parcial en el proceso en curso, y además en procesos anteriores, y augurar asimismo una conducta semejante en el futuro”.

### 4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

#### A) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber

Una funcionaria de instituciones penitenciarias fue sancionada disciplinariamente por presentarse durante dos días a los servicios que tenía asignados (18 y 19 de febrero) y no comunicar a la Dirección del Centro que no podría acudir por encontrarse enferma, limitándose a enviar una carta por correo urgente que llegó con posterioridad a que se produjera su ausencia (20 de febrero). Los hechos fueron calificados como una infracción leve por el incumplimiento de la obligación de dar aviso inmediato de la imposibilidad de acudir al puesto de trabajo, produciendo un desajuste en los servicios que tuvieron que ser reestructurados sobre la marcha. La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de junio de 2008, núm. 266/2008, señala que “hay que considerar que la actuación de la interesada merece un jui-

cio positivo de culpabilidad ya que le es exigible que conozca y sepa la obligación de cursar inmediatamente el aviso de su enfermedad al responsable del centro para que se pueda organizar el servicio”. Esta exigencia de conocimiento se basaría no sólo en la normativa aplicable, “sino en la existencia de un conflicto entre la actora y alguno de sus compañeros motivado porque los días de permiso que la actora quería disfrutar (12, 13, 18 y 19 de febrero) coincidían con los que otros funcionarios también habían solicitado, resolviéndose el aludido conflicto mediante un sorteo que dio como resultado que los días 18 y 19 fueran de permiso para otros compañeros y, por lo tanto, de trabajo para la actora”.

### **B) Inexistencia de culpabilidad por la incertidumbre jurídica sobre la materia**

El Colegio oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, junto a otros, fue sancionado como autor de una infracción administrativa en materia de defensa de la competencia. Los hechos consistieron en la publicación de anuncios e informaciones que incluían manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para los demás operadores del mercado de la intermediación inmobiliaria que no eran Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (APIs). La **STS de 1 de julio de 2008**, Sección Tercera (recurso de casación 6663/2005), estima, sin embargo, que no concurría culpabilidad en la actuación del sancionado dadas las controversias jurídicas existentes en el momento en que se produjeron los hechos sobre el desarrollo en exclusiva de las funciones de mediación inmobiliaria por los APIs.

Destaca la sentencia que, con anterioridad a los hechos sancionados, la STC 111/1993, de 25 de marzo, al hilo del enjuiciamiento de una sanción penal por intrusismo, ya había declarado que no existía ningún interés público esencial que justificara la exigencia de un título para desarrollar la actividad de intermediación en el mercado inmobiliario. No obstante, la Sala concluye que “la incertidumbre jurídica respecto del ejercicio de la función de intermediación duró hasta la publicación del Real Decreto-ley 4/2000 (de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes), como su Exposición de Motivos claramente indica”.

### **C) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad**

Aplicando una reiteradísima jurisprudencia, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de julio de 2008**, núm. 321/2008, rechaza la concurrencia de una interpretación razonable que excluyera la culpabilidad en el supuesto que enjuicia. En éste, el infractor sancionado, a pesar de ejercer su actividad profesional durante todo el año, sólo se dio de alta durante dos semanas en el IAE en el mes de diciembre, presentando declaración por IVA sólo por el cuarto trimestre y no en los otros tres. Señala la sentencia que “el problema no es que exista duda razonable en la aplicación de las normas, sino una manipulación de las mismas basada en la omisión en la declaración de todos los hechos determinantes de la obligación tributaria. Falta pues la declaración veraz y completa con lo cual no puede decir el recurrente que haya actuado de buena fe y con ausencia de culpabilidad”.

En sentido contrario, y aceptando, en consecuencia, la concurrencia de una interpretación razonable de la norma que excluye la culpabilidad, se manifiesta la **STSJ de Madrid de 28 de**

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

mayo de 2008, núm. 20330/2008. En el supuesto de hecho, la entidad mercantil Ferdelcores, SL, había sido sancionada por una errónea disminución del resultado contable por la revalorización experimentada durante el ejercicio por participaciones en instituciones de inversión colectiva (FIM y SIMCAV), de modo que se habrían tomado como activos FIAMM lo que eran inversiones FIM e incluso acciones SIMCAV. Estima la sentencia que “los antecedentes relatados, analizados a la vista del expediente sancionador y documentación aportada al mismo, revelan la existencia de discrepancias entre la actora y la Inspección actuante respecto del concepto ya señalado, basada en diferencias de criterios sobre la determinación e interpretación de la normativa de aplicación, cuya entidad incluso se ha discutido por los Tribunales, lo que acredita tal interpretación razonable, dado lo ciertamente discutible del concepto en cuestión”.

### 5. SUJETOS RESPONSABLES

#### A) La Administración como sujeto responsable de infracciones administrativas

STS de 21 de julio de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 5469/2004). La Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo (SEPES) había sido sancionada por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la legislación sobre residuos tóxicos y peligrosos. Lo llamativo del caso es que los hechos constitutivos de la infracción tenían su origen en unos trabajos de urbanización para la provisión de suelo industrial que la mencionada Sociedad Estatal había ejecutado en virtud de convenio firmado con el propio Principado de Asturias.

#### B) No basta tener una participación mayoritaria en una persona jurídica para poderle exigir las responsabilidades propias de los administradores

La Administración fundó la responsabilidad de la sancionada tanto en su presunto papel de administradora de hecho como también en su condición de accionista mayoritaria de la entidad infractora. La SAN de 6 de junio de 2008, Sección Sexta (recurso contencioso-administrativo 473/2006), declara que, con carácter general, “la responsabilidad infractora [sic] de los accionistas mayoritarios, por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y dado el principio de tipicidad que rige en el Derecho Administrativo Sancionador, no puede exigirse sin cobertura legal (...) La responsabilidad de los administradores se centra en la intervención de éstos en la gestión de la entidad, unido a los instrumentos jurídicos existentes para el efectivo control de su funcionamiento. Pero tal responsabilidad no es trasladable a los accionistas, ni aún mayoritarios, porque en su calidad de tal no tienen funciones de gestión”.

Ello no obsta a que determinadas leyes sectoriales puedan prever la responsabilidad sancionadora de los accionistas mayoritarios en determinados supuestos. Así ocurre con el artículo 40.3.g) del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, que tipifica como infracción “poner en peligro la gestión sana y prudente de una entidad aseguradora mediante la influencia ejercida por el titular de una participación significativa (...)”.

Por cuanto afectaba al caso enjuiciado, la sentencia señaló que, en todo caso, “precisamente lo que no se ha acreditado es que la actora haya intervenido en la gestión, ni de forma prudente ni de forma imprudente, lo que impide exigir responsabilidad sancionadora por este título”.

Por otra parte, la Sala reitera que “la responsabilidad exigida a los administradores de una entidad por infracciones cometidas por ella se basa en el control que tales administradores pueden ejercer sobre la actividad de la entidad, y que, efectivamente, no la han ejercido haciendo con ello dejación de las funciones y obligaciones legalmente impuestas”. Por tanto, “cuando una sociedad incurre en la conducta prohibida, el administrador, para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito”.

## **6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: NON BIS IN IDEM**

### **A) Infracción permanente**

La Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo (SEPES) fue sancionada por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 16 de la ya derogada Ley 20/1986, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos. En particular, por “el abandono, vertido y depósito incontrolado de residuos tóxicos y peligrosos”. Alega la prescripción de la infracción tomando como fecha inicial la de los movimientos de la tierra, pero la STS de 21 de julio de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 5469/2004), rechaza esa argumentación pues “la conducta infractora no se agota en la fecha en que se realizó el movimiento de tierras contaminadas sino que pervive en el tiempo mientras se mantenga el depósito no autorizado, y este hecho persistía incluso en el momento de dictarse la resolución sancionadora”.

### **B) Anulación de la sanción administrativa anticipada sin que concurra la triple identidad, por incumplimiento del deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador por hechos posiblemente delictivos con el fin de garantizar la vinculación a la declaración fáctica de la sentencia penal firme**

Muy interesante es el caso enjuiciado por la STS de 22 de julio de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 5614/2004). Al respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación declaraba que “el día 30 de diciembre de 2001, a las 4,30 horas, un grupo de amigos se reunieron en la discoteca Tramp’s para finalizar la noche tomando unas copas. A esa hora y cuando el grupo se redujo hasta siete personas, de las cuales dos eran mujeres, fueron rodeados sin provocación alguna, y fueron objeto de una brutal agresión por personal de la citada discoteca”. Resultado de esa agresión fue la muerte de uno de los agredidos y graves lesiones al resto. A raíz de tales hechos, se inicia el correspondiente proceso penal contra el personal de la discoteca que intervino en la agresión. Al mismo tiempo, la Administración

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

inicia un procedimiento sancionador contra la persona jurídica titular de la discoteca y le impone una sanción de cierre de establecimiento por desórdenes públicos cuando todavía la resolución penal no era firme. La Sala de instancia admite la sanción administrativa esgrimiendo dos argumentos: que los sujetos sancionados en vía administrativa y en vía penal eran diferentes y que el Tribunal Constitucional ha admitido una sanción penal, existiendo una sanción administrativa previa, siempre que el resultado no vulnere el principio de proporcionalidad. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia del TC existente en la materia, ninguno de esos argumentos legitima a la Administración a incumplir su deber de paralizar el procedimiento sancionador por hechos que pueden ser constitutivos de delito. Por un lado, la Administración tiene el deber inexcusable de paralizar aunque no concurra la triple identidad. Por otro, la solución del TC a que se refiere la sentencia de instancia sólo procede para remediar situaciones patológicas y excepcionales (que el juez penal se encuentre con una sanción administrativa anticipada que es nula pero no ha sido anulada y decida castigar por el mismo ilícito, que no es el caso, compensando en la pena el mal que haya generado el previo cumplimiento de la sanción) que no concurren en este caso en el que lo que se impugna es la sanción anticipada. Así que, como no podía ser de otra manera, la sentencia del TS casa la sentencia recurrida con el siguiente razonamiento:

“no se trata de que sea posible enjuiciar penalmente los hechos constitutivos de un delito contra la integridad de las personas y de sancionar administrativamente, como consecuencia de esos mismos hechos, a una persona jurídica por haber incurrido en una infracción administrativa por desórdenes graves en las vías o espacios públicos, tipificada en el artículo 23.n) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sino que la cuestión está en la fijación de los hechos realmente sucedidos, pues no cabe que en el proceso penal se declaren probados hechos diferentes de los que se consideren acaecidos para la Administración sancionadora, por lo que en el caso enjuiciado estamos ante lo que correctamente denomina la representación procesal de la entidad recurrente proscripción de la doble verdad con el fin de evitar pronunciamientos contradictorios sobre una misma realidad fáctica, por lo que el artículo 32.2 de la citada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, establece que la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedado hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción”.

### 7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Derecho a ser informado de la acusación: lo vulnera la notificación edictal si fue posible la personal

Un banderillero fue sancionado con multa de seiscientos euros por obstaculizar el arrastre de un novillo –lidiado en un festival taurino benéfico– con el fin de que el público insistiera en la petición de trofeos. Alega en amparo que la iniciación del procedimiento sancionador, la propuesta de resolución y la resolución sancionadora final le fueron notificadas en su dirección anterior por un error de la Administración que consultó mal su domicilio en el Registro General de Profesionales Taurinos a pesar de que él había comunicado debidamente en el mencionado Registro los dos cambios de domicilio que había realizado. Como consecuencia de todo ello, aduce que se ha lesionado su derecho de defensa en el procedimiento adminis-

trativo sancionador. Al respecto, la **STC 32/2009, de 9 de febrero**, Sala Segunda (recurso de amparo), declara una vez más que

“el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone 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 (...). 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 (SSTC 54/2003; 145/2004, y 70/2008).

En el caso, explica la sentencia, “la indefensión –sufrida por el sancionado– es directamente imputable a la Administración que ignoró los sucesivos cambios de domicilio comunicados por el actor al registro de profesionales taurinos, notificando en un domicilio antiguo y acudiendo después a la vía edictal, en detrimento del derecho de defensa del demandante”. Se otorga el amparo solicitado, se declara vulnerado “el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador”.

## **B) Derecho fundamental a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios**

Un preso es sancionado con seis días de privación de paseos por falta grave consistente en desobedecer una orden de un funcionario de que disolviera una reunión con otros presos que estaba teniendo lugar en una esquina del patio de la prisión. Alega en amparo que se le ha impedido entrevistarse personalmente con otro preso del mismo centro penitenciario para que le asesorase en el procedimiento disciplinario, lo que ha lesionado su derecho fundamental a la asistencia letrada. Al respecto, la **STC 10/2009, de 12 de enero**, Sala Segunda (recurso de amparo), recuerda la doctrina de la **STC 71/2008**, de 23 de julio, sobre este derecho fundamental de los reclusos en centros penitenciarios y, en su virtud, deniega el amparo solicitado:

“Declaramos en la citada Sentencia, tras destacar la relevancia constitucional de que el interno se asesore legalmente para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que se le imputan, ‘que la previsión legal de que el asesoramiento se lleve a cabo por cualquier persona que designe el interno debe entenderse en el sentido de que la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario, lo que determina que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa, el establecer condicionamientos a la forma en que ha de procurarse el asesoramiento no puede

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

causar vulneración del artículo 24.1 de la CE, y menos aún si de las opciones que el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, éste opta por aquellas que impiden cumplir los fines de la pena privativa de libertad o las normas de seguridad del centro. Esta última consideración está en relación con la exigencia, también reiterada por este Tribunal, de que para apreciar una indefensión vulneradora del artículo 24.1 de la CE resulta necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (STC 55/2006).

(...) Se constata (...) que lo denegado no fue en sí mismo el hecho del asesoramiento, sino la forma concreta en que propuso su realización el recurrente (mediante entrevista personal) (...). La decisión administrativa no imposibilitaba que ese asesoramiento hubiera [podido] efectuarse de cualquier otra forma que no resultara contrario a las razones de seguridad y buen orden, como es el asesoramiento por escrito.”

### **C) El procedimiento sancionador tramitado debe ser el legal o reglamentariamente establecido**

Lo declara la STS de 17 de julio de 2008, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 342/2004):

“no basta para cumplimentar las exigencias del principio de legalidad procedimental con la tramitación de un procedimiento cualquiera en base a criterios de pura oportunidad, sino que es preciso que ese procedimiento sea el pertinente en cada caso. Bien claramente consigna el artículo 134.1 de la LRJPAC la exigencia de que el procedimiento sea el ‘legal o reglamentariamente establecido’”.

En el caso de autos, la Sala concluye que “la norma en cuya virtud han de separarse los expedientes de investigación y de liquidación correspondientes a cuotas tributarias de los de las sanciones que pudiera corresponder a los sujetos pasivos, es una innovación establecida en el artículo 34 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes 1/1998”, por lo que ningún reproche cabe hacer al procedimiento que se tramitó para la imposición de la sanción y donde no se produjo esa separación.

### **D) Que se sancione a una persona distinta de la inicialmente acusada no lesiona el derecho a ser informado de la acusación si el finalmente sancionado ha disfrutado de las garantías de contradicción y prueba durante la tramitación**

La Administración inició un procedimiento sancionador en materia de aguas contra la entidad Agrupación Agrícola Perichan, SL, a raíz de una perforación realizada en una finca de su propiedad con posterioridad a 1986 y sin contar con autorización, con la finalidad de alumbrar aguas para riego. La entidad imputada acreditó que había transmitido la propiedad de la finca a la entidad Agrícola El Casón, SL, por lo que el expediente sancionador se redirigió contra esta última, sin que la Administración estimara conveniente archivarlo e incoar un nuevo procedimiento contra el verdadero imputado. Ante estos hechos, Agrícola El Casón, SL, solicita la nulidad de la sanción finalmente impuesta dada la ausencia de la diligencia de apertura

de un procedimiento sancionador dirigido contra ella. La STS de 20 de junio de 2008, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 144/2005), estima, por el contrario, que “dirigido inicialmente el procedimiento frente a la anterior titular de la finca regada, una vez que se conoció el cambio de titularidad, se entendieron todas las actuaciones con la nueva propietaria, quien ha disfrutado de todas las garantías de contradicción y prueba durante su sustanciación, de modo que no ha existido indefensión alguna”.

## 8. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

### A) La inadmisión de pruebas no decisivas en términos de defensa no lesiona el derecho fundamental a la prueba

En el supuesto de la STC 10/2009, de 12 de enero, Sala Segunda (recurso de amparo), un preso que había sido sancionado con privación de paseos y actos recreativos por negarse a disolver una reunión que estaba teniendo con otros presos en una esquina del patio de la prisión alega que, en el procedimiento disciplinario, se ha lesionado su derecho fundamental a la prueba pues la Administración penitenciaria le denegó sin motivación alguna todas las que propuso en su defensa. Según la sentencia

“Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la prueba exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado tal derecho en los supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. Igualmente se ha señalado que para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración de este derecho es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la prueba sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (SSTC 66/2007; 71/2008).”

En concreto, el interno solicitó “la práctica de diversas pruebas (parte del funcionario, declaraciones de los funcionarios testigos de los hechos, etc.) encaminadas a acreditar tanto la habitualidad de dichas reuniones pacíficas y silenciosas no sancionadas con anterioridad, como la falta de una orden por parte del funcionario para que se disolviera la reunión”. La Administración penitenciaria desestimó las pruebas interesadas por considerarlas resultas durante la instrucción (la documental sobre la existencia de una orden de disolución) o por ser imposible su realización (la pericial relativa a la habitualidad de tales reuniones que no habían sido castigadas antes). Según la sentencia, “el recurrente no ha cumplido en este caso con la carga procesal que le corresponde de acreditar y justificar que la actividad probatoria denegada, siquiera indiciariamente, se tradujera en una situación de indefensión efectiva por la posible relevancia o trascendencia que aquella actividad pudiera tener en relación con la decisión final del proceso, lo que constituye motivo suficiente, (...), para desestimar su queja”. Además, “las pruebas relativas a la veces que el demandante se ha concentrado y no ha sido sancionado y al documento en el que se prohíben las concentraciones, (...), resultan totalmente

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

irrelevantes a los efectos de acreditar el hecho que ha determinado la sanción, esto es, la desobediencia a la orden del funcionario de disolver la concentración”.

Sin embargo, a nuestro juicio, ambas pruebas sí eran pertinentes y útiles para acreditar la antijuridicidad y la culpabilidad de la infracción, con independencia de que fueran o no decisivas en términos de defensa, es decir, de que su denegación haya causado o no indefensión material porque, de haberse practicado, podrían haber cambiado el sentido de la resolución sancionadora.

### **B) La garantía de contradicción en la práctica de una prueba de inspección ocular y toma de muestras**

Según la STS de 21 de julio de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 5469/2004), la falta de contradicción inicial en la realización de una inspección ocular que tiene lugar sin citar previamente a la acusada para que puede estar presente e intervenir en su desarrollo no lesiona su derecho a que las pruebas –en este caso, la prueba de cargo en la que se basó la resolución sancionadora– sean practicadas con las debidas garantías ni le provoca indefensión, pues tal irregularidad se subsanó al informarle después de los resultados obtenidos cuando se le notificó la propuesta de resolución, frente a la que no formuló alegación alguna. En el caso enjuiciado, como ya se expuso anteriormente, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias sancionó a la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo por vertidos ilegales de sustancias muy peligrosas. En el procedimiento sancionador y con posterioridad a las alegaciones de SEPES al pliego de cargos, el instructor ordenó una visita de inspección al lugar donde se habían depositado los vertidos y una toma de muestras. Esa inspección y toma de muestras se realizaron sin previa comunicación a SEPES y sin que conste que esta entidad tuviese intervención en ellas. La Sala reconoce que eso vulnera lo previsto en la normativa de residuos y que la resolución sancionadora se sustenta muy señaladamente en tales pruebas. A pesar de ello, rechaza la alegación de indefensión “pues la existencia de esa inspección y la información resultante de ella quedaron reseñadas en la propuesta de resolución, habiéndose dado traslado de esta propuesta a SEPES sin que la entidad ahora recurrente hiciese entonces manifestación alguna, pues no formuló alegaciones en ese trámite”.

### **C) Carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción: la duda sobre el momento en que se cometió el hecho infractor, esencial para apreciar o no la comisión de la infracción, favorece al imputado**

La Administración sancionó a la entidad Agrícola El Casón, SL, por realizar una perforación en una finca de su propiedad sin contar con la autorización preceptiva, con la finalidad de alumbrar aguas para riego, acción que se encontraba tipificada como infracción desde 1986. Tras las pruebas oportunas, se confirmó la existencia de una perforación inicial anterior a 1981 y de una reprofundización de 78 a 115 metros efectuada entre esa fecha y 1989 (momento de la incoación del expediente), sin que resultara posible determinar con mayor certeza el momento exacto en que se produjo. La Administración estimó que la reprofundización se había producido con posterioridad a 1988 dado que la anterior propietaria de la finca manifestó en dicha fecha que no había explotación alguna en 4 kilómetros alrededor con motivo de la solicitud de un aprovechamiento de 3000 m<sup>3</sup>/año de aguas subterráneas para usos domésticos. No obstante, la STS de 20 de junio de 2008, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 144/2005), afirma que “somos conscientes de la dificultad para la Administración de demostrar, ante una actuación clandestina, la fecha o momento en que se efectuó una reprofundización

con el fin de aumentar el caudal de aguas subterráneas, pero, ante el uso de la potestad sancionadora, no es posible aplicar en su beneficio el *favor probationis*, recogido en el apartado 6 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que, por el contrario, es a la Administración a quien incumbe demostrar que los hechos son constitutivos del tipo infractor aplicado y en este caso que el caudal, que venía aprovechando la entidad sancionada, se alumbró con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas 29/1985, pues, ante la duda razonable de que se hubiese realizado la perforación con fecha anterior al 1 de enero de 1986, hemos de inclinarnos a favor de la tesis de aquélla, quien sostiene que se efectuó antes de esa fecha”.

#### **D) Carga de la prueba de la identidad del infractor cuando hay un cambio de titularidad**

La Conferencia Hidrográfica del Tajo (CHT) incoó expediente sancionador contra la entidad Frutícola del Tiétar, SL, imputándole una toma de agua por elevación del cauce del río Tiétar, para el riego de 111 hectáreas, sin contar con la preceptiva autorización administrativa. Los hechos, denunciados en julio de 2002, se habían producido en la finca “Pinar de la Olilla”, cuya titularidad en un primer momento reconoció la entidad imputada, dándose la circunstancia de que ya había sido sancionada anteriormente por la misma toma de aguas, habiendo procedido incluso al pago voluntario de las sanciones que entonces se le impusieron. En trámite de alegaciones, sin embargo, la imputada alegó que la finca “Pinar de la Olilla” había sido vendida en 1995 a la entidad Conservas Jarcha, SA, y que el pago de las anteriores sanciones se había realizado por error “para mantener la armonía con la CHT”. La imputada no presentó pruebas que sustentaran el cambio de titularidad alegado, pero tampoco la Administración procedió a comprobar quién era la verdadera propietaria de la finca en la que se habían producido los hechos y, en consecuencia, el verdadero responsable de la infracción. Tras la imposición de la sanción y la desestimación del recurso de reposición, Frutícola de Tiétar, SL, interpuso recurso extraordinario de revisión amparándose en la causa prevista en el artículo 118.1 de la LRJPAC (error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente) y presentando, finalmente, escritura pública de levantamiento de cargas y compraventa de finca rústica otorgada a favor de Conservas Jarcha, SA. Este recurso extraordinario fue también rechazado por la CHT, y la STSJ de Madrid de 10 de junio de 2008, núm. 1169/2008, confirmó la procedencia de esa desestimación, argumentando que la presentación de la escritura de compraventa no evidenciaba error fáctico alguno que se desprendiese de los documentos incorporados al expediente.

Por tanto, parece que la prueba sobre la identidad del verdadero infractor, que no era el imputado sino la entidad que le había comprado la finca, debía ser aportada por el propio imputado y no por la Administración. Pero es probable que ello se debiera, aunque la sentencia nada diga al respecto, a una especial modulación de la carga de la prueba por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria, es decir, porque le era más fácil al imputado probar que ya no era el titular de la finca al tiempo de cometerse la infracción, aportando la escritura de venta en el procedimiento sancionador, que a la Administración probar que sí lo era.

#### **E) Prueba indiciaria: requisitos**

El Ministerio de Economía apreció la comisión, por la entidad Centro Asegurar, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, de infracciones muy graves consistentes en el mantenimiento

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

de déficit en márgenes de solvencia y anomalías en contabilidad, organización administrativa y contable en sociedad de seguros. Por tales hechos, resultó sancionado el administrador ejecutivo de la sociedad, así como otra persona más, hermana del anterior, a quien la Administración atribuyó las funciones de administradora de hecho de la entidad. Esta segunda sancionada, a quien se impuso multa de 450.000 euros e inhabilitación por plazo de 24 años, es quien recurre la sanción negando que la Administración haya demostrado suficientemente su papel de administradora de hecho.

La Administración sostenía que la sancionada era administradora de hecho sobre la base de tres argumentos: que tenía despacho en el mismo inmueble donde se encontraban ubicadas en régimen de arrendamiento determinadas oficinas de la entidad aseguradora; que mantuvo reuniones con la Inspección, en su carácter de accionista mayoritaria, sobre la posible venta de la entidad; que su hermano ostentaba las funciones ejecutivas en el órgano de administración de la entidad. A ello se añadiría que este último, quien ejerció el papel procesal de codemandado, en su contestación a la demanda, imputó a la otra sancionada la administración única de la entidad.

Sin embargo, la SAN de 6 de junio de 2007, Sección Sexta (recurso contencioso-administrativo 473/2006), rechaza que estos argumentos tengan valor probatorio suficiente:

“en realidad, la circunstancia de (tener) un pariente cercano en ejercicio de acciones ejecutivas y la existencia del despacho de la recurrente en un inmueble compartido con algunas oficinas de la entidad aseguradora, constituyen indicios a efectos probatorios. Pero para dar por probado el hecho que se pretende es necesario que la valoración de la prueba siga las reglas de prueba indiciaria, esto es, que los hechos bases estén probados, y en este caso lo están, y que el hecho que se afirma en base a los indicios resulte de manera inevitable como consecuencia de los hechos probados y sin que existan posibles interpretaciones alternativas”.

A partir de aquí, la sentencia afirma que “de los hechos probados (...) no resulta como única explicación posible que la recurrente fuese administradora de hecho, pues las reglas de la lógica no llevan a concluir que cuando concurren tales circunstancias, siempre, la hermana de quien tiene funciones ejecutivas, siendo accionista mayoritaria y teniendo un despacho en las descritas circunstancias, haya de ser administradora de hecho. Puede no serlo. Y tal posibilidad excluye que pueda tenerse por probada la condición de administradora de hecho de la entidad recurrente (...). La Sala no excluye que los hechos pudieran ser como afirma la Administración, pero sostenemos que ello no ha sido probado, y que lo sostenido por la Administración sólo supone una hipótesis posible, pero no segura, y, en Derecho Sancionador, los hechos por los cuales se sanciona han de quedar acreditados sin que pueda exigirse responsabilidad infractora en base a conjeturas”.

Asimismo, en relación con la imputación realizada por el otro codemandado (el hermano), la sentencia considera, entre otras cosas, que tales aseveraciones vertidas en la contestación a una demanda son instrumentos de defensa pero no pruebas y que, además, el codemandado no aporta un elemento fáctico consistente del que concluir que efectivamente seguía las instrucciones de la actora.

## 9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

### A) La motivación puede satisfacerse con los documentos obrantes en el expediente, aunque la resolución ni siquiera se refiera a ellos

La resolución por la que se sancionó a un imputado por una infracción en materia tributaria fue adoptada sin la preceptiva motivación. La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de julio de 2008, núm. 321/2008 [*supra* VII.4.C)], relajando considerablemente esta garantía esencial, estima que “si tenemos en cuenta que forma parte del expediente sancionador el acta de inspección, el informe ampliatorio y la liquidación definitiva, y que la resolución sancionadora expresamente se remite a los mismos cuando en el apartado de motivación se remite a los antecedentes, aparecen perfectamente justificados todos los motivos de la imposición de la sanción, la indebida determinación de la base imponible, la ocultación de las facturas, la realización de actividades durante todo el año, con lo cual están perfectamente definidos los hechos y los fundamentos de la imposición de la sanción”. En el mismo sentido, y ante unos hechos sustancialmente idénticos, se pronuncian las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 y 23 de julio de 2008, núms. 311 y 324/2008.

En la misma línea, la STS de 24 de junio de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 1320/2005), avanza un paso más, pues añade que la resolución “no dejará de estar motivada porque no se haga mención de ellos (los documentos que obran en el expediente) en la propia resolución sancionadora”.

## 10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador

Así lo afirma, una vez más, la SAN de 27 de junio de 2008, Sección Sexta (recurso contencioso-administrativo 246/2005), en relación con varias sanciones, impuestas en el ámbito de la defensa de la competencia, en el seno de un procedimiento iniciado tras declararse la caducidad del procedimiento anterior. Repite la sentencia que “el que haya caducado el expediente sancionador no determina la pérdida de valor probatorio de las actuaciones previas de comprobación, que quedan incorporadas, como en el caso de autos, al subsiguiente expediente sancionador incoado por no haber prescrito la infracción muy grave (...) El acuerdo de reiniciar el expediente puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia (...) determinaron la iniciación del expediente caducado (...). Por otra parte, la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tienen valor independiente, como son las Actas e Informes en los que se funda el acuerdo de inicio (...). Su incorporación al nuevo expediente determina que dichos documentos queden sujetos al régimen y efectos ligados a éste, sin perjuicio de la caducidad del anterior procedimiento y de su falta de efectos”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### 11. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

#### A) La sanción no prescribe mientras esté pendiente la resolución del recurso de alzada interpuesto. ¿Un primer paso hacia una nueva regla a propósito de la prescripción de la infracción?

La STS de 22 de septiembre de 2008, Sección Quinta (recurso de casación en interés de la Ley 69/2005), razona que “el artículo 138.3 de la Ley 30/1992 establece que ‘la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa’, lo que significa que la resolución sancionadora carece de ejecutividad mientras no se resuelva el recurso administrativo dirigido contra ella; y durante este período no cabe apreciar la prescripción de la sanción pues según el artículo 132.3 de la propia Ley 30/1992 el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a computarse hasta que no adquiera firmeza la resolución que impuso la sanción”. Por tanto, añade la Sala, “la tardanza de la Administración en la resolución del recurso de alzada, aparte de permitir que el interesado formule impugnación en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta, podrá tener diversas consecuencias, como pueden ser la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o la responsabilidad patrimonial de la Administración incumplidora, pero en ningún caso esa tardanza determinará la firmeza ni, por tanto, la ejecutividad de la resolución sancionadora; y sin ello no podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción”. En consecuencia la Sala fija la siguiente doctrina legal:

“Interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.”

Pero casi tan interesante como esa proclamación son las reflexiones que la siguen. La Sala recuerda su jurisprudencia conforme a la que el límite para la prescripción de las infracciones concluye con la resolución sancionadora (STS de 15 de diciembre de 2004). A partir de ahí, reconoce que “de la conjunción de esa doctrina con la que ahora formulamos pueden derivarse consecuencias indeseables, como sería la pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni de la sanción”. Y concluye: “No se descarta por ello que la cuestión abordada en la Sentencia de 15 de diciembre de 2004 pueda ser objeto de un nuevo examen cuando haya ocasión para ello”.

### 12. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

#### A) Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo

Como ya se ha comentado [*supra* VII.4.B)], el Colegio oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid fue sancionado como autor de una infracción administrativa en materia de defensa de la competencia. Los hechos consistieron en la publicación de anuncios e informaciones que incluían manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así

como denigrantes para los demás operadores del mercado de la intermediación inmobiliaria que no eran Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (APIs). En concreto, las sanciones impuestas consistieron en multa de 75.000 euros y en la obligación de publicar, en el plazo de dos meses y a su costa, la parte dispositiva de la Resolución sancionadora en el Boletín Oficial del Estado y en la sección inmobiliaria de los mismos diarios y revistas en que se publicaron las conductas objeto de sanción. A ello se sumaba la imposición de una multa coercitiva de 300 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de las obligaciones de publicación. Según hemos dado cuenta más arriba, la **STS de 1 de julio de 2008**, Sección Tercera (recurso de casación 6663/2005), declaró la nulidad de esta sanción por vulneración del principio de culpabilidad. Sin embargo, lo que realmente anula la sentencia es la sanción de multa, “sin perjuicio de que subsistan las restantes medidas de intimación y publicación previstas en el acuerdo, por cuanto van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de las cuales el elemento intelectual no opera, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia”.

Aunque la *ratio* de la sentencia se entiende sin mayores problemas, dado que la finalidad de las medidas de publicidad no es tanto la imposición de un mal al sujeto infractor como la reparación de un daño, la ejecución concreta de esa obligación no deja de ser jurídicamente problemática, al obligar a publicar una resolución que, en puridad, ha sido anulada. Más lógico habría sido obligar a publicar una rectificación de las informaciones vertidas en los distintos medios.

### **B) Anulación de la sanción y retroacción de las actuaciones**

– La comentada **STS de 22 de julio de 2008** (recurso de casación 5614/2004) [*supra* VII.6.B)], al considerar que la resolución sancionadora vulneró el prohibición del *non bis in idem*, acordó “anular las decisiones administrativas impugnadas y ordenar reponer el procedimiento administrativo al momento previo a dictar resolución, una vez que haya recaído resolución firme en el proceso penal sustanciado por los mismos hechos”.

– La también comentada **STC 32/2009, de 9 de febrero** [*supra* VII.7.A)], declara nula la multa impuesta y vulnerado el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador, pues la Administración no realizó las notificaciones al domicilio comunicado por el sancionado, “retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la notificación del acuerdo (...) de iniciación de dicho procedimiento sancionador, a fin de que éste se tramite en términos respetuosos con los derechos fundamentales vulnerados”.

### **C) La denegación de las pruebas propuestas en el proceso contencioso-administrativo como causa de indefensión del sancionado que determina la retroacción del proceso judicial a la fase de admisión de prueba**

La entidad HSBK BANK PLC, Sucursal en España, es sancionada por el Ministerio de Economía por varias infracciones graves vinculadas con el blanqueo de capitales. Alega en casación

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

que ha sufrido indefensión en el proceso contencioso-administrativo al haberse inadmitido las pruebas que había propuesto de interrogatorio y de testimonio del director jurídico de HSBC Republic Bank de Suiza. Según la STS de 30 de septiembre de 2008, Sección Tercera (recurso de casación 521/2006), “el motivo debe estimarse puesto que la denegación de la práctica de la prueba propuesta por el actor le ha originado indefensión, lo que está proscrito por el artículo 24 de la Constitución”. Según la sentencia, ambas pruebas solicitadas estaban dirigidas a acreditar una serie de datos íntimamente conectados con los hechos infractores, hasta el punto de que las respuestas que se hubieran dado a las preguntas articuladas en los interrogatorios que se acompañaron como Anexos I y II al escrito de proposición de prueba hubieran podido decidir de forma efectiva sobre la incardinación o no de las conductas imputadas en los correspondientes tipos por los que se ha sancionado. “Ello es así, porque tanto la prueba de interrogatorio de parte que debería ser contestada por CPBCIM (la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias), como la declaración del testigo HSBC Republic Bank (Suisse) en la persona de su representante Mr. Didier Peclard, iban dirigidas a acreditar una serie de hechos de influencia decisiva en la configuración de las conductas”. Más aun, la Sala añade que “el interrogatorio de parte había de ser evacuado por un órgano especializado en blanqueo de capitales, que iba a aportar datos decisivos, en una materia, cual es el derecho extranjero, que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil impone su prueba a la parte que lo invoca (artículo 281.2)”. Por estos motivos, se declara vulnerado el derecho a la prueba del recurrente, se anula la sentencia impugnada y se ordena la retroacción del proceso a la fase de admisión de prueba.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

ANTONIO BUENO ARMIJO

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

MANUEL REBOLLO PUIG



**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Causa y objeto de la expropiación.** A) Los supuestos legales en los que cabe considerar implícita la declaración de utilidad pública o de interés social y la urgencia de la ocupación de terrenos a efectos expropiatorios han de ser objeto de interpretación estricta. B) La instalación de líneas de telecomunicación anejas a una servidumbre de paso de oleoducto requiere su previsión expresa en el proyecto de obras y servicios que legitima la expropiación. **3. Determinación del justiprecio.** A) Vinculación del justiprecio a las hojas de aprecio que son una declaración de voluntad de las partes a la que éstas se limitan en virtud del principio de sujeción a los actos propios. B) Valoración de terrenos expropiados para sistemas de comunicación de carácter supramunicipal según contribuyan o no a crear ciudad. **4. Garantías sustanciales.** A) Presupuestos fácticos y carga de la prueba de la desafectación tácita en supuestos de reconocimiento del derecho de reversión. B) Procedencia y alcance del silencio positivo en las solicitudes de retasación.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Comentamos en esta crónica la jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo en materia expropiatoria durante los cuatro meses que median entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de enero de 2009. Son de destacar las numerosas sentencias que se comentan en relación con la valoración del suelo no urbanizable destinado a dotaciones públicas como si de suelo urbanizable se tratase, cuyo mayor interés reside en perfilar supuestos en los que concurren las condiciones que permiten dicha valoración para vías de comunicación supramunicipales que contribuyan a “crear ciudad”; supuesto que –como es sabido– motivó una modificación de la Ley del Suelo de 1998 a finales de 2002 y que está expresamente excluido por la legislación del suelo posterior. Asimismo, tiene particular interés la sentencia que se comenta sobre la retasación, que admite su estimación por silencio administrativo sentando la doctrina jurisprudencial sobre el juego del silencio positivo en estos casos.

## 2. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

### **A) Los supuestos legales en los que cabe considerar implícita la declaración de utilidad pública o de interés social y la urgencia de la ocupación de terrenos a efectos expropiatorios han de ser objeto de interpretación estricta**

La STS de 20 de octubre de 2008 (RJ 7144) resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF, antes RENFE) contra la Sentencia de 15 de noviembre de 2004 de la Audiencia Nacional (RJCA 831, de 2005) relativa a un proyecto de expropiación para las obras de acceso ferroviario a un polígono industrial de Zaragoza. Dicha sentencia anuló la resolución adoptada por el Ministerio de Fomento que, en aplicación del artículo 153 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, abría el trámite de información pública y convocaba a los afectados por la mencionada expropiación para el levantamiento de las actas previas a la ocupación de los bienes y derechos comprendidos en ésta.

La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres dedica su Título VI al transporte por ferrocarril, que divide en público y privado. El establecimiento de líneas para ferrocarriles de la primera clase requiere la tramitación de un proyecto (artículo 152) cuya aprobación lleva aparejada la declaración de utilidad pública o interés social de la actuación, así como la urgencia de la ocupación de los terrenos por los que haya de discurrir la línea. Igual efecto se predica de las obras de ampliación o de mejora de las líneas preexistentes que requieran la utilización de nuevos terrenos (artículo 153.1). Por su parte, el Reglamento de la Ley, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, contempla la posibilidad de que dicho proyecto sea redactado por RENFE o por la empresa que en su caso promueva la construcción y la explotación de la línea, y reserva la aprobación al Ministerio del ramo o, en su caso, al Gobierno (artículos 226 y 232). El artículo 233.1 del Reglamento reproduce el artículo 153.1 de la Ley, precisando que para que la aprobación goce de los efectos previstos a efectos expropiatorios ha de determinar los bienes y los derechos que se estime preciso ocupar. Asimismo se indica que la construcción *ex novo* o la ampliación de las líneas ferroviarias de transporte público puede realizarse por el Ministerio o por RENFE de acuerdo con los programas aprobados por el Gobierno (artículo 236). Si se encarga la segunda, los proyectos deben aprobarse por el Ministerio o por el propio Gobierno, salvo que se trate de la ampliación, la construcción de ramales u otras modificaciones de las líneas existentes, en cuyo supuesto no se requiere la previa aprobación del proyecto por la Administración, bastando la comunicación por parte de RENFE, que podrá ejecutar el proyecto si no se prohíbe o se establece ninguna condición por parte de aquélla (artículo 240).

En el caso aquí examinado, los demandantes pidieron la anulación del acto que abría un período de información pública y convocaba a los afectados al levantamiento de las actas previas a la ocupación porque, en su opinión, no eran aplicables al proyecto litigioso las previsiones de la Ley de Transporte y de su Reglamento que acabamos de enunciar. La Administración expropiante se opuso a dicha pretensión, pero la Audiencia Nacional la avaló y anuló la decisión impugnada. Por su parte, el Tribunal Supremo confirma la interpretación de instancia y declara no haber lugar a la casación pretendida por la Administración afirmando, con carácter general, que

## VIII. Expropiación Forzosa

“las declaraciones implícitas o tácitas de la utilidad pública o del interés social de un determinado proyecto, como la tramitación de la expropiación por el procedimiento de urgencia, constituyen singularidades de las reglas generales contempladas por el legislador, por lo que, necesariamente, han de ser objeto de una interpretación estricta, que no se compadece con exégesis tendentes a aplicar la dispensa, de forma extensiva y analógica, a supuestos distintos de los estrictamente contemplados por el legislador”.

Criterio que, aplicado a la luz de una interpretación literal, finalista y sistemática de la legislación de ferrocarriles, lleva al Tribunal Supremo a concluir que

“la tesis de ADIF carece del más mínimo apoyo, sin que de ninguna manera pueda prosperar. Su línea argumental pasa por equiparar, en virtud del artículo 240 del Reglamento, un ramal como el litigioso con la ampliación de una línea preexistente, atribuyendo al acto de aprobación, que realiza la entidad encargada de administrar las infraestructuras ferroviarias, a la sazón RENFE, los mismos efectos que el artículo 153 de la Ley 16/1987 anuda a los proyectos aprobados por el Ministerio o por el Gobierno. Esta forma de abordar la cuestión colisiona con dicha Ley, que, como indica la sentencia impugnada, no admite, teleológica, sistemática ni literalmente, la interpretación defendida en este motivo de casación.

Para empezar, el artículo 240 del Reglamento nada dice sobre el reconocimiento a los proyectos de RENFE de la implícita declaración de utilidad pública ni de la tácita urgencia en la ocupación (criterio literal).

Aun cuando se conceda que el Reglamento, a través del indicado precepto, equipara los ramales a la ampliación de una línea preexistente, esa asimilación se produce únicamente a los efectos de permitir que los proyectos en cuestión sean aprobados directamente por la entidad administradora de la red ferroviaria, sin más requisito que notificárselo al Ministerio competente, pero no los homologa para atribuir a esta clase de proyectos unos efectos que el legislador no contempló. Para empezar, la identificación de los ramales con las ampliaciones se contiene en un precepto insertado en una sección reglamentaria (la II del Capítulo II del Título VII), relativa a la construcción de ferrocarriles de transporte público, distinta y separada de la que, en desarrollo de los artículos 152 a 154 de la Ley (Sección I del mismo capítulo), se encarga de disponer los principios generales para el establecimiento y la ampliación de líneas ferroviarias (criterio sistemático). Si hubiera querido trasladar a los proyectos de ampliación y mejora aprobados por RENFE los excepcionales efectos contemplados en el artículo 153, apartado 1, de la Ley, que reproduce el artículo 233 del Reglamento, así lo habría dicho expresamente.

Pero, aun más, repugnaría a nuestro sistema de fuentes permitir que, por la vía de un reglamento (...) se extendiera el ámbito de aplicación de unas previsiones del legislador que, por su carácter de excepción, deben ser objeto de una exégesis restrictiva y que tienen por efecto disminuir las garantías de los ciudadanos frente a la potestad expropiatoria de las Administraciones públicas (criterio finalístico). Disminución de garantías justificada en la posibilidad de que el legislador defina la *causa expropriandi* por categorías o clases de operaciones, bastando su reglada concreción en vía administrativa caso por caso mediante la aprobación del correspondiente plan o proyecto, así como en la eventualidad de que, por razones excepcionales debidamente justificadas, la obra o el servicio que ampara el

desenvolvimiento de la potestad expropiatoria deba implantarse con tal urgencia que no quepa esperar a abonar a los afectados la compensación expropiatoria, excepcionando en estos casos concretos y particulares la regla general del previo pago.

Así las cosas, el pronunciamiento de la Sala de instancia, en cuanto anula el acto recurrido por traer causa de un proyecto aprobado por RENFE que no lleva aparejada la declaración de utilidad pública ni la urgente ocupación, aparece plenamente ajustado a derecho, por lo que este motivo, y con él el recurso de casación, ha de desestimarse”.

### **B) La instalación de líneas de telecomunicación anejas a una servidumbre de paso de oleoducto requiere su previsión expresa en el proyecto de obras y servicios que legitima la expropiación**

La STS de 1 de noviembre de 2008 (RJ 5946), resuelve el recurso de casación deducido por Repsol Petróleo SA contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 2005 (JUR 96557). Trata este asunto de la expropiación del derecho a constituir una servidumbre de paso para el oleoducto Cartagena-Puertollano sobre fincas de propiedad particular. La sentencia de instancia estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el expropiado contra resolución del Jurado Provincial que fijó el justiprecio, condenando a la beneficiaria Repsol a inscribir a su costa la servidumbre en el Registro de la Propiedad y a retirar el cable de fibra óptica que había instalado junto al oleoducto. La beneficiaria pidió aclaración de sentencia sobre este último extremo del fallo, que fue denegada por el Tribunal *a quo*. El recurso de casación se dirige únicamente contra el pronunciamiento relativo a la retirada del cable de fibra óptica. Sostiene la beneficiaria recurrente que la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley de Hidrocarburos de 1998 da cobertura para, utilizando la servidumbre de paso a favor del oleoducto, instalar además líneas y equipos de telecomunicación. Según la mencionada Disposición,

“La servidumbre de paso constituida a favor de la red básica de transporte, redes de transporte y redes de distribución de gas, incluye aquellas líneas y equipos de telecomunicación que por ellas puedan transcurrir, tanto si son para el servicio propio de la explotación gasista, como para el servicio de telecomunicaciones públicas y, sin perjuicio del justiprecio que, en su caso, pudiera corresponder, de agravarse esta servidumbre.

Igualmente, las autorizaciones existentes a las que se refiere el artículo 103.2 de la presente Ley, incluyen aquellas líneas y equipos de telecomunicación que por ellas puedan transcurrir, con el mismo alcance objetivo y autonomía que resulten del párrafo anterior.”

En su escrito de oposición al recurso de casación, el expropiado alega que el artículo 17 de la LEF exige que el proyecto de obras y servicios que legitima la expropiación comprenda todos los elementos de la instalación a realizar, lo que no se produjo en este caso con respecto al cable de fibra óptica. En este sentido, la sentencia de instancia declaró probado que la instalación del cable de fibra óptica junto al oleoducto no estaba prevista en el correspondiente proyecto, el cual contemplaba un sistema de control por satélite que prescindía de cables terrestres. Asimismo, el Tribunal *a quo* declara probado que las bandas de cuatro metros a

## VIII. Expropiación Forzosa

ambos lados del oleoducto incluidas en la expropiación cumplen una finalidad de seguridad, sin estar destinadas a la instalación de otros elementos.

Según el artículo 17.2 de la LEF, “cuando el proyecto de obras y servicios comprenda la descripción material detallada a que se refiere el párrafo anterior” (la relación concreta e individualizada descriptiva de todos los aspectos, materiales y jurídicos, de los bienes o derechos a expropiar) “la necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación del proyecto, pero el beneficiario estará igualmente obligado a formular la mencionada relación a los solos efectos de la determinación de los interesados”.

A la vista de este precepto y de la antes transcrita Disposición Adicional Decimonovena de la Ley de Hidrocarburos, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación afirmando que

“es claro que este precepto legal permite, aprovechando la servidumbre de paso a favor del oleoducto, instalar equipos de telecomunicaciones incluso cuando no estén relacionados con la seguridad y el mantenimiento del propio oleoducto. La Disposición Adicional Decimonovena de la Ley de Hidrocarburos permite, en otras palabras, considerar que la instalación de tales equipos de telecomunicaciones es de utilidad pública. Ahora bien, ello no exime del cumplimiento de lo previsto por el artículo 17 de la LEF, es decir, del deber de reflejar en el proyecto de obras y servicios todos los aspectos para los que se requiere la expropiación. Dado que en el presente caso consta que el correspondiente proyecto no mencionaba la instalación del cable de fibra óptica, es claro que ésta carecía de cobertura en el acuerdo expropiatorio y, por tanto, es ilegal. Por ello, el único motivo del presente recurso de casación debe ser desestimado.

Dicho lo anterior, no está de más añadir otra consideración: incluso si la instalación del cable de fibra óptica junto al oleoducto hubiese estado contemplada en el proyecto de obras y servicios, habría sido necesario que el justiprecio comprendiera también este segundo destino del derecho de servidumbre expropiado. No cabe sostener, como hace la recurrente, que, como el espacio ha sido expropiado y permite físicamente la presencia de otros elementos, la beneficiaria puede libremente proceder a su instalación. Ello significaría obtener una utilidad adicional del bien, por la que el expropiado no habría obtenido compensación alguna; es decir, supondría un enriquecimiento injustificado del beneficiario. Tan es así que la propia Disposición Adicional Decimonovena de la Ley de Hidrocarburos se encarga de recordarlo cuando dice que la posibilidad de aprovechar la servidumbre para incluir líneas y equipos de telecomunicación es ‘sin perjuicio del justiprecio que, en su caso, pudiera corresponder, de agravarse esta servidumbre’”.

### 3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

#### A) Vinculación del justiprecio a las hojas de aprecio que son una declaración de voluntad de las partes a la que éstas se limitan en virtud del principio de sujeción a los actos propios

Es de interés consignar la *ratio decidendi* de la STS de 6 de octubre de 2008 (RJ 7472) que, al resolver un problema de valoración de plantaciones y mejoras sobre un terreno expropiado,

nos recuerda de forma sintética, clara y contundente la doctrina jurisprudencial sobre la sujeción de las pretensiones valorativas de las partes de una expropiación a sus respectivas hojas de aprecio, puesto que éstas

“constituyen una declaración de voluntad de las partes sobre la valoración de los bienes a la que quedan sujetas en virtud del principio de los actos propios y determina el ámbito de actuación del Jurado y de la posterior revisión jurisdiccional, de manera que no puede darse más de lo solicitado por los expropiados y menos de lo ofrecido por la Administración (...). Esta vinculación alcanza tanto a los conceptos indemnizables como al *quantum*, de manera que no cabe conceder por cada uno de esos conceptos mayor importe que el interesado en la hoja de aprecio, a diferencia de lo que sucede respecto de las partidas que las integran, cuya elevación no altera el *petitum* siempre que se respete la cuantía máxima de que se trate, puesto que los criterios y los métodos de valoración de los diferentes conceptos son heterogéneos mientras que los que se siguen para justipreciar el mismo bien resultan homogéneos y cabe su mutación en tanto no se sobrepase la suma total de unos y otros”.

### **B) Valoración de terrenos expropiados para sistemas de comunicación de carácter supramunicipal según contribuyan o no a crear ciudad**

La jurisprudencia admite que el suelo destinado a dotaciones o sistemas generales pueda valorarse a efectos de su expropiación como si de suelo urbanizable se tratase aunque esté formalmente clasificado de no urbanizable por el Plan urbanístico correspondiente. La procedencia de tener en cuenta tales aprovechamientos a la hora de ejecutar suelo dotacional se explica desde la lógica compensatoria del urbanismo, para no vulnerar la obligación de equidistribuir los beneficios y cargas que originariamente recogieron los artículos 3.2.b) y 87.1 del TRLS de 1976, y que desde entonces ha estado presente en toda la normativa urbanística posterior –tanto estatal como autonómica– por ser trasunto –al cabo– del principio constitucional de igualdad, tanto en su dimensión formal (artículo 14 de la CE) como material (artículo 9.2 de la CE). Ciertamente, la obtención e implantación de servicios para la ciudad no debe hacerse a costa del sacrificio singularizado de unos propietarios a los que el planificador califica de rústico el suelo que se les expropia a tal fin, pues dicho suelo, al encontrarse asignado a la estructura general de ordenación urbanística del municipio, de su red dotacional, debe estimarse como una obra de infraestructura básica adscribible al suelo urbanizable. Esta doctrina presupone, pues, que el sistema general al que sirven los terrenos no urbanizables que resultan expropiados tiene vocación de integrarse en la malla urbana, de “crear ciudad”, que es la expresión que ha hecho fortuna en la jurisprudencia.

Hemos dicho en otras ocasiones que la doctrina jurisprudencial que discrimina el valor expropiatorio del terreno en función de que su destino cree o no ciudad (comentada por nosotros en los núms. 26, 33 y 34 de esta Revista) introduce un elemento valorativo de difícil determinación apriorística, que obliga a responder casuísticamente la cuestión de cuáles sean los sistemas generales que contribuyen a “crear ciudad”, concepto jurídico indeterminado e *in fieri* sobre el que es muy difícil hacer declaraciones generales de valor universal. Justamente

## VIII. Expropiación Forzosa

por ello, el Tribunal Supremo ha reiterado que la apreciación de la concurrencia o no de las circunstancias que permiten considerar urbanizables los terrenos a efectos de su valoración corresponde a la libre apreciación del Tribunal de instancia, de modo que sólo podrá ser combatida ante él aduciendo vulneración de los preceptos sobre valoración de prueba en la apreciación de dichas circunstancias fácticas o porque tal apreciación resulte irrazonable o contraria a la lógica.

Respecto de los sistemas generales de comunicaciones viarias, el Tribunal Supremo sostuvo inicialmente (STS de 14 de febrero de 2003, RJ 3076) que sólo “crean ciudad” aquellas vías “que integran el entramado urbano”, pero no las vías de comunicación interurbanas, pues, en palabras de la STS de 22 de diciembre de 2003 (RJ 9436), “otra cosa nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión”.

Sin embargo, esta apreciación ha sido posteriormente matizada por el propio Tribunal, que no ha descartado que una vía interurbana, por el hecho de tener este carácter, no pueda considerarse un sistema que “crea ciudad”. Así las SSTS de 12 de octubre de 2005 (RJ 7463) y de 28 de junio de 2006 (RJ 7050), afirmaron que existen comunicaciones viarias entre grandes áreas metropolitanas que, analizadas las circunstancias concurrentes, pueden responder a la finalidad de crear ciudad, ya sea en todo o en parte (consideradas en su extensión total o por tramos), incluso cuando afecten a distintos términos municipales. En este último sentido, el Tribunal Supremo también ha matizado que, dentro de una misma infraestructura de esta naturaleza, puede físicamente distinguirse, y conceptualmente debe hacerse, entre unos tramos y otros, pues resulta posible que trechos de ésta sirvan para “crear ciudad” y otros no. Por ello, resulta indiscutible que, en la indagación de tal circunstancia, la situación del terreno expropiado no sólo es relevante, sino que puede ser absolutamente determinante, como para las autopistas de peaje radiales sostiene la **STS de 12 de septiembre de 2008** (RJ 4519), o para las autovías afirma la **STS de 14 de enero de 2009** (RJ 96).

Descendiendo a la casuística, el Tribunal Supremo ha considerado, por ejemplo, que la madrileña M-45 constituye un sistema general de tal índole (**SSTS de 4 de noviembre de 2008** –RJ 5857– y **de 15 de diciembre de 2008** –RJ 1944 de 2009–), al igual que la carretera de circunvalación de Segovia (a la que se refería la citada STS de 28 de junio de 2006) o la de Las Palmas de Gran Canaria (**SSTS de 29 de octubre de 2008** –RJ 5843– y **de 10 de diciembre de 2008** –RJ 7333–); mientras que, en relación con la de Granada, se llegó a la conclusión contraria (**SSTS de 7 de octubre de 2003** –RJ 8230– y de 13 de febrero de 2004). Igualmente, no puede considerarse que forme parte de la trama urbana del entorno metropolitano de una ciudad –en este caso Madrid– la autopista de peaje Madrid-Navalcalnero (**STS de 17 de noviembre de 2008**, RJ 60 de 2009). Como tampoco “crea ciudad” un tramo de la autopista del mediterráneo, pese a que su trazado aparezca recogido en el Plan General (a los solos efectos de la necesaria coordinación interadministrativa); ni lo hace una variante de acceso a Cuenca de la carretera nacional Toledo-Cuenca, por mucho que la variante en cuestión fuera prevista en el PGOU de dicha localidad como sistema general propio, pues tales afirmaciones no convierten a dichos terrenos, sin más, en dotaciones o sistemas que contribuyan a articular la ciudad (**STS de 9 de diciembre de 2008**, RJ 4994).

En este orden de consideraciones no puede pasarse por alto, como certeramente apuntan las SSTS de 29 de octubre y de 10 de diciembre 2008 que acabamos de citar, que la legislación

urbanística más reciente ha cercenado la posibilidad de valorar vías de comunicación intermunicipales ubicadas en suelo no urbanizable como si de suelo urbanizable se tratase a partir de la reforma del artículo 25 de la Ley 6/1998 operada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, cuyo artículo 104 dio a aquel precepto una nueva redacción a fin de evitar, justamente, la aplicación de la doctrina “crear ciudad” a las dotaciones y sistemas supramunicipales, estableciendo que la valoración de los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, autonómico o estatal se haga, en todo caso, según la clase de suelo sobre el que se asienten o discurran estas infraestructuras o servicios. Y dejando claro que sólo se valorarán en función del aprovechamiento de un determinado ámbito del planteamiento urbanístico si éste los hubiera expresamente adscrito o incluido en él, a los efectos de su obtención a través de los mecanismos de equidistribución de beneficios y cargas. Se instala así un criterio legal discriminatorio, restrictivo del principio de equidistribución de cargas y beneficios para las dotaciones que excedan del ámbito local, que da parcialmente al traste con la construcción jurisprudencial que comentamos. Criterio, por lo demás, que ha sido reiterado por el artículo 21.2 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo y, luego, por el vigente TRLS de 2008, según el cual: “el suelo se tasará en la forma establecida en los artículos siguientes, según su situación y con independencia de la causa de la valoración y el instrumento legal que la motive. Este criterio será también de aplicación a los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, tanto si estuvieran previstos por la ordenación territorial y urbanística como si fueran de nueva creación, cuya valoración se determinará según la situación básica de los terrenos en que se sitúan o por los que discurren de conformidad con lo dispuesto en esta Ley” (artículo 22.2).

#### 4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

##### A) Presupuestos fácticos y carga de la prueba de la desafectación tácita en supuestos de reconocimiento del derecho de reversión

Son conocidas las reticencias con las que la legislación patrimonial pública acoge la figura de la desafectación tácita o implícita de los bienes demaniales. La lógica proteccionista del dominio público y los paradigmas constitucionales de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad se oponen frontalmente a cualquier pérdida de la condición demanial asociada al reconocimiento de la desafectación tácita –ligada a un hecho– o implícita –a un acto jurídico que pretende otra finalidad–. Por ello, la desafectación requiere una circunstancia de hecho, dejar de destinarse el bien o derecho en cuestión al uso general o al servicio público, que ha de quedar refrendada por un acto jurídico expreso por el que la Administración, constatada tal circunstancia fáctica, “desafecta” el bien. Por ello, el artículo 69.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que “salvo en los supuestos previstos en esta Ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa”. Supuestos que, como bien puede imaginarse, son ciertamente excepcionales.

Uno de esos supuestos excepcionales (es el supuesto paradigmático) es la reversión expropiatoria que reconoce el artículo 24 de la citada Ley de Patrimonio (“el reconocimiento del derecho de reversión llevará implícita la desafectación del bien o derecho a que se refiera”)

## VIII. Expropiación Forzosa

complementando la regulación de los artículos 54 y 34 del TRLS de 2008 que, por su parte, reconocen un supuesto de desafectación tácita ligada al hecho de la “desaparición de la afectación”.

La STS de 19 de noviembre de 2008 (RJ 2605 de 2009), razona sobre los presupuestos fácticos y la carga de la prueba de la desafectación tácita que puede dar lugar al reconocimiento del derecho reversional por desaparición de la afectación del bien al uso o servicio público que motivó la expropiación, subrayando la necesidad de que la desafectación tácita ha de deducirse de hechos que por su evidencia la revelen de forma inequívoca, “correspondiendo su prueba al solicitante de la reversión por constituir esta forma de desafectación tácita una excepción a la regla general”.

### B) Procedencia y alcance del silencio positivo en las solicitudes de retasación

La STS de 9 de diciembre de 2008 (RJ 69, de 2009), resuelve el recurso de casación formulado contra la Sentencia del TSJ de Canarias de 11 de marzo de 2005 (JUR 105325). El relato de hechos del caso se remonta a la expropiación acordada por el Ayuntamiento de Las Palmas sobre una finca en la que iba a instalarse un vertedero. El expediente de justiprecio se inició a finales de 1991, la ocupación tuvo lugar en febrero de 1993 y, en enero de 1994, el Jurado de Expropiación fijó un justiprecio que valoraba la finca como suelo no urbanizable. Ambas partes recurrieron el acuerdo del Jurado en vía contencioso-administrativa. Por sentencia del TSJ de Las Palmas, de 9 de mayo de 1997, se anuló éste por entenderse que la finca expropiada debía haber sido valorada como suelo urbanizable. Contra esta sentencia, el Ayuntamiento interpuso recurso de casación que fue desestimado por la STS de 24 de octubre de 2001 (RJ 10137).

El Ayuntamiento de Las Palmas remitió entonces el expediente al Jurado de Expropiación, para que fijase un nuevo justiprecio ajustado a lo resuelto por estos pronunciamientos judiciales. En mayo de 2002, el Jurado fijó un segundo justiprecio considerablemente más alto que el primero. En febrero de 2003 se firmó un acta de pago entre las partes por existir conformidad hasta la nueva cantidad justipreciada. Para reclamar la parte sobre la que no hubo acuerdo, los expropiados interpusieron recurso contencioso-administrativo. El 30 de noviembre de 2001, poco tiempo después de que la antes citada STS de 24 de octubre de 2001 les hubiera reconocido definitivamente el derecho a valorar la finca como suelo urbanizable, los expropiados solicitaron ante el Ayuntamiento la retasación del justiprecio. Ante la falta de respuesta del Ayuntamiento, los expropiados solicitaron una certificación del silencio administrativo con fecha 15 de marzo de 2002, que fue reiterada el 6 de junio de 2003. No habiendo recibido satisfacción, interpusieron recurso contencioso-administrativo, que dio lugar a la sentencia objeto del recurso de casación que resuelve la STS de 9 de diciembre de 2008 a la que aludíamos al principio. Antes de entrar en ella, ha de avanzarse el dato de que, iniciado ya este nuevo proceso contencioso-administrativo, a finales de 2003, el Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas reconoció a los expropiados el derecho a la retasación, fijando ésta en la cantidad ya recibida por el acta de pago que resultó del primer proceso contencioso más unos 7.000 euros adicionales.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 11 de marzo de 2005 contra la que se interpone el recurso de casación acoge parcialmente las pretensiones de los expropia-

dos, pero rechaza la pretensión estimatoria de la solicitud de retasación por silencio administrativo positivo argumentando que en estos casos no cabe tal silencio porque el acto omitido es de trámite y porque se está en presencia de un caso de derecho de petición. El Tribunal Supremo rechaza contundentemente esta argumentación del Tribunal de instancia y, en consecuencia, declara haber lugar al recurso de casación. A tal fin, el Tribunal Supremo constata primero que

“la sentencia impugnada no es enteramente coherente al considerar que en este caso no cabe el silencio administrativo positivo porque el acto omitido era meramente de trámite, cuando ha admitido el recurso contencioso-administrativo contra el mismo. Si se entiende que el acto omitido reúne las características exigidas por el artículo 25 de la LJCA para poder ser directamente impugnado en vía jurisdiccional, como son destacadamente determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento y producir indefensión, no tiene mucho sentido afirmar que a efectos sustantivos o de fondo es un mero trámite”.

Como tampoco es coherente el Ayuntamiento al cuestionar que quepa la retasación por silencio positivo en su escrito de oposición al recurso de casación, cuando

“sostiene que no se han infringido las normas reguladoras de la retasación porque la solicitud de retasación es anterior al nuevo acuerdo del Jurado de Expropiación de 9 de mayo de 2002, adoptado en cumplimiento de la Sentencia de la Sala de Las Palmas de 9 de mayo de 1997 una vez que ésta fue confirmada en casación. Sin necesidad de extenderse ahora sobre lo inapropiado de que la Administración se remita al Jurado de Expropiación para dar ejecución a una sentencia firme, el dato crucial es que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas que reconoció a los expropiados el derecho a la retasación es de 22 de diciembre de 2003 y, por consiguiente, posterior a la sentencia de esta Sala que confirmó la ilegalidad del primer acuerdo del Jurado de Expropiación (24 de octubre de 2001), posterior al segundo acuerdo del Jurado de Expropiación (9 de mayo de 2002), e incluso posterior al acta de pago de la cantidad fijada por ese segundo acuerdo (12 de febrero de 2003). Ello quiere decir que no cabe discutir si todos estos actos jurisdiccionales y administrativos habían enervado la posibilidad de ejercer el derecho de retasación, pues lo indiscutible es que, conociendo todos esos actos, la Administración reconoció de manera expresa y formal a los expropiados el derecho a la retasación. Así, la Administración no puede ahora, sin venir contra sus propios actos, cuestionar que concurren las circunstancias que permiten la retasación”.

Junto a estas incoherencias, el mayor error en que incurre el Tribunal *a quo* es estimar improcedente el silencio positivo en una solicitud de retasación que califica de derecho de petición, cuando es innegable que una solicitud de retasación no supone el ejercicio de un tal derecho porque, como explica el Tribunal Supremo, está inequívocamente previsto en la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 2001 reguladora del mismo (artículo 3) que

“no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley. Y nadie puede dudar de que la solicitud de retasación tiene previsto

## VIII. Expropiación Forzosa

un procedimiento específico, pues el artículo 58 de la LEF dispone que, una vez comprobado que concurren las circunstancias que la justifican la retasación, ‘habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el Capítulo III del presente título’, lo que supone una remisión al normal procedimiento de determinación del justiprecio. Es más: no hay que olvidar que el derecho de petición se refiere siempre a solicitudes graciabiles, que quien las formula no tiene derecho alguno a ver satisfechas; y ello, como es obvio, no sucede en la retasación, a la que se tiene derecho en palabras del citado artículo 58 de la LEF ‘si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne’”.

Pues bien, habida cuenta que la sentencia impugnada resuelve que no cabe el silencio administrativo positivo por estarse en presencia de una solicitud que es ejercicio del derecho de petición, hay que concluir que aquélla efectivamente ha infringido la Ley Orgánica del Derecho de Petición de 12 de noviembre de 2001; y, por conexión, ha infringido también el artículo 43 de la LRJ-PAC, que establece los supuestos excluidos de la eficacia positiva del silencio administrativo. El primer motivo de este recurso de casación debe ser estimado, conduciendo a la anulación de la sentencia impugnada.

Conviene añadir que la otra razón por la que la sentencia impugnada resuelve que no cabe el silencio administrativo positivo en el presente caso es, asimismo, errónea. Dicha razón consistía en entender que el acto omitido era, en todo caso, de mero trámite. Pero, como se explicó más arriba, la sentencia impugnada no es coherente en este punto”.

La anulación de la sentencia impugnada conduce al Tribunal Supremo a resolver seguidamente “lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate”, tal y como prevé el artículo 95.2.d) de la LJCA. En este sentido, la cuestión a dilucidar es qué valor debe atribuirse, en un caso como éste, al silencio de la Administración. Para el Tribunal Supremo, el artículo 58 de la LEF deja pocas dudas al respecto: una vez comprobada la procedencia de la retasación, hay que realizar una nueva valoración del bien expropiado, siguiendo el normal procedimiento de determinación del justiprecio recogido en los artículos 24 y siguientes de la LEF. Esto supone que la Administración tiene dos alternativas a la vista de la hoja de aprecio que el expropiado acompaña a su solicitud de reversión: bien aceptarla, bien formular su propia hoja de aprecio. En este último supuesto, si el expropiado no está conforme, la Administración debe remitir el expediente al Jurado de Expropiación. No obstante, en el presente caso,

“la Administración ni aceptó la hoja de aprecio de los expropiados ni formuló su propia hoja de aprecio alternativa, sino que procedió ella misma a efectuar la nueva valoración de la finca expropiada. Esto no sólo es frontalmente contrario a lo ordenado por los preceptos legales que se acaban de examinar, sino que además implica una paralización del procedimiento de retasación. Al haberse desviado del procedimiento establecido, la Administración ha impedido que el expediente llegase al Jurado de Expropiación y se realizara la nueva valoración con arreglo a lo previsto por la ley. En casos como éste, la omisión del acto debido por la Administración –es decir, formular su hoja de aprecio y, de haber desacuerdo, remitir el expediente al Jurado de Expropiación– impide al expropiado obtener la retasación. No se trata, por tanto, de un acto de mero trámite, por lo que le es

aplicable la regulación del silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado (artículo 43 de la LRJ-PAC).

Dicho esto, el siguiente paso es determinar si el silencio administrativo debe tener eficacia positiva en este caso. La estimación de solicitudes por silencio administrativo queda exceptuada por el mencionado artículo 43 de la LRJ-PAC en los siguientes supuestos: primero, que una norma con rango de ley o una norma comunitaria dispongan lo contrario; segundo, que la solicitud se haga en ejercicio del derecho de petición; tercero, que se soliciten facultades relativas al dominio público o al servicio público; y cuarto, que se trate de la impugnación de un acto o disposición. La solicitud de retasación no encaja en ninguno de los supuestos mencionados. Ya se ha visto cómo la sentencia impugnada consideró el presente caso como ejercicio del derecho de petición; pero, por las razones ya expuestas, ello es erróneo. La conclusión, así, sólo puede ser que se ha producido el silencio administrativo positivo y, en este aspecto, debe estimarse el recurso contencioso-administrativo”.

Cuestión distinta es cuál sea al alcance que haya de darle a dicho silencio administrativo positivo, pues no puede acogerse la pretensión de los expropiados de que la valoración contenida en su hoja de aprecio haya de considerarse tácitamente estimada. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la omisión de formulación de hoja de aprecio por la Administración no supone aceptación tácita de la hoja de aprecio del expropiado. Y no está de más añadir que la LEF sólo contempla dos modos de fijación del justiprecio, al margen por supuesto de su fijación por el órgano jurisdiccional cuando el asunto llega a la vía contencioso-administrativa: el acuerdo entre las partes, o su determinación por el Jurado de Expropiación. Esto quiere decir que

“la Administración expropiante carece de la potestad de fijar por sí misma el justiprecio y, precisamente por ello, su silencio no puede traer como consecuencia la fijación del justiprecio: nadie puede otorgar tácitamente lo que no podría acordar de manera expresa. Dado que el alcance del silencio administrativo positivo no puede consistir en dar por tácitamente estimada la hoja de aprecio de los expropiados, su eficacia sólo puede estribar en el deber de la Administración de continuar el procedimiento de retasación, remitiendo inmediatamente el expediente –en el estado en que se halle– al Jurado de Expropiación a fin de que éste haga una nueva valoración de la finca expropiada”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Casualidad, objetividad y antijuridicidad.** A) Exigencia de un elemento de anormalidad para determinar la responsabilidad administrativa. B) Responsabilidad por daños sanitarios. Modulaciones a la regla general según la cual la carga de la prueba del nexo de causalidad corresponde al demandante. C) Inversión de la carga de la prueba debida a la mayor facilidad de la Administración para acreditar la normalidad de su funcionamiento. D) Daños derivados de la suspensión judicial de una decisión administrativa que favorece al reclamante, instada por otra Administración: falta de nexo causal. E) Expedientes de regulación de empleo objeto de una autorización administrativa anulada judicialmente: falta de nexo causal cuando la anulación se debe a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo. F) Suicidio de un detenido: causa exclusiva atribuida a la Administración por omisión. G) Daños causados directamente por un tercero: causa exclusiva atribuida a la Administración por omisión.

**3. Daño indemnizable.** A) Nacimiento de un niño con síndrome de Down sin previa prueba prenatal. B) Gastos de asesoramiento jurídico. **4. Acción y procedimiento. Efectos de la omisión del dictamen del Consejo de Estado: retroacción de actuaciones. 5. Responsabilidad del legislador. Declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la redacción dada por la Ley 62/1997. 6. Responsabilidad del poder judicial. Error judicial: plazo para instar su declaración.**

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Prácticamente desde un principio hemos venido apuntando en estas crónicas cómo se ha ido abriendo paso la tendencia a resolver con criterios culpabilísticos estos asuntos pertenecientes a la esfera de la responsabilidad objetiva. Esta inercia ha ido *in crescendo*: de jugar de forma soterrada, como algo inconfesado e incluso inconfesable —dada la inconsecuencia que supone el uso de parámetros subjetivistas en el seno de un régimen que exige razonar en clave objetiva— ha pasado a ser un secreto a voces, reconocido e incluso aireado expresamente por algunos pronunciamientos judiciales, como hemos reseñado en ocasiones. Pero con mayor o menor

explicitud al respecto, lo cierto es que rara es ya la Crónica donde no figure alguna sentencia que aplique criterios culpabilistas sin justificar siquiera por qué lo hace así, o lo que es lo mismo, cuál sea la razón de que el asunto no sea abordado con los elementos argumentales que brinda el régimen de la responsabilidad objetiva. Tal ocurre con la primera Sentencia que ahora se comenta –STS de 11 de julio de 2008– recaída en asunto en que habiéndose producido un daño grave a un sujeto por actuación errónea de la policía queda sin embargo exculpada la Administración porque los agentes actuaron “dentro de la estricta legalidad y cumpliendo estrictamente con su deber”, llevando así la valoración de la antijuridicidad al terreno de la culpa, sin plantearse en absoluto si el damnificado tenía el deber de soportar el daño que efectivamente se le produjo, lo que sin duda constituía el *punctus saliens* del caso, máxime teniendo en cuenta la importancia de los efectos dañosos que produjo en la víctima el error policial, un error que, sin embargo, en sí mismo no podía catalogarse como irrazonable o excesivo, y ni siquiera como duradero, por lo que el asunto hubiera sido un buen banco de análisis del elemento de la antijuridicidad objetiva, e incluso del sistema de responsabilidad en su totalidad, en el sentido de si éste carece en realidad de capacidad de respuesta para resolver los problemas de los daños producidos dentro de la actuación normal de la Administración.

Por otra parte, son muy de celebrar los pronunciamientos del TS relativos a la prueba del nexo de causalidad, en el sentido de redimir al reclamante de un *onus probandi* que de exigírsele rigurosamente daría su pretensión al traste de modo injusto. En un caso, ante la evidencia del daño palmario y desproporcionado, el TS se eleva sobre el juego formalista de las pruebas contradictorias y su respectivo rango, para realzar lo que la realidad dice elocuentemente por sí misma a favor del perjudicado y, en otro caso, insiste el Tribunal sobre el reparto de la carga de la prueba en función de la facilidad de cada parte para esclarecer la concurrencia o no del nexo de causalidad y sus circunstancias, doctrina esta que debe ser subrayada, decimos nosotros, del modo más enérgico, pues no es admisible que la Administración –como si de un sujeto privado e inspirado en el lucro se tratara– adopte una actitud pasiva o renuente, cuando no obstructiva, en orden a aportar pruebas determinantes de la verdad, tratándose como se trata de institución regida por los principios de legalidad y objetividad, llamada especialmente a colaborar con la justicia y con el propio damnificado.

Por último, son de destacar las sentencias en que la intervención de la víctima o de un tercero en la producción del daño queda eclipsada, a efecto del establecimiento del nexo de causalidad, ante la gravedad del mal funcionamiento del servicio público, que absorbe así casi por completo dicha causación, hasta el punto de negar la Sala que el suicida tuviera “participación alguna” en el hecho de su propia muerte, afirmación sin duda exagerada pero expresiva del pésimo funcionamiento del servicio en el seno del cual la muerte se produjo, aunque quizás innecesaria para dar soporte a la solución de que la Administración resulte cien por cien responsable así como obligada al pago de la totalidad de la indemnización.

## 2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

### A) Exigencia de un elemento de anomalía para determinar la responsabilidad administrativa

Que nuestro sistema de responsabilidad es engañosamente objetivo es una idea en la que no hace falta insistirle al atento seguidor de estas Crónicas. Traemos, no obstante, a la cabecera de

## IX. Responsabilidad Administrativa

este número una sentencia bien ilustrativa de ello, por cuanto siendo un caso particularmente penoso, muestra cómo ni siquiera este tipo de supuestos queda excluido del filtro de la anormalidad como *ratio decidendi* sobre la procedencia o no de indemnización.

Se trata de la STS de 11 de julio de 2008, Ar. 6372, en la que reclama indemnización una persona que sufrió una detención, tras ser identificado por la víctima de un delito de agresión sexual, viéndose inmerso en un sumario hasta que se dictó el Auto de sobreseimiento libre exculpatorio tras practicarse pruebas de ADN que descartaron su autoría. Posteriormente se detuvo y condenó al culpable del delito. Una peculiaridad del caso respecto de otros afines es que no se acordó prisión preventiva. No obstante, los informes periciales médicos mostraban que el demandante presentaba un trastorno ansioso depresivo con limitaciones y repercusiones importantes en su vida, vinculados en parte a estos hechos, y que con el tratamiento ha tenido una mejoría parcial pero no ha sido posible reorganizar su vida socio laboral.

La sentencia de instancia consideró que no cabía hablar de actuación irregular o funcionamiento irregular del servicio policial pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se procedió a averiguar los delitos, practicando las diligencias necesarias para su comprobación y el descubrimiento de los delincuentes, poniéndoles a disposición judicial, habiéndose producido la detención el 24 de septiembre de 1993, y la puesta a disposición judicial al recurrente a la mayor brevedad posible, esto es, al día siguiente 25, día en que fue puesto en libertad por la autoridad judicial. En definitiva, consideró que no cabía deducir una actuación irregular de las Fuerzas de Seguridad, que intervinieron dentro de la estricta legalidad y cumpliendo diligentemente con su deber, de donde infirió la inexistencia del daño antijurídico que, en definitiva, había de ser soportado por el recurrente.

El Tribunal Supremo da por bueno el razonamiento.

### **B) Responsabilidad por daños sanitarios. Modulaciones a la regla general según la cual la carga de la prueba del nexo de causalidad corresponde al demandante**

Son abundantes los pronunciamientos en materia de responsabilidad sanitaria habidos en este período, de los que destacamos dos que contienen interesantes consideraciones en torno a un tema tan crucial en esta materia como lo es el de la carga de la prueba. Como es sabido, la acreditación de la existencia de un nexo de causalidad entre el daño y la actuación u omisión administrativa –léase, en estos casos, de un funcionamiento anormal por desviación de la *lex artis ad hoc*– corresponde al reclamante. Ahora bien, este principio tiene importantes matizaciones, basadas en otros principios como el de facilidad probatoria o el del daño desproporcionado.

– La STS de 27 de junio de 2008, Ar. 6699, casa una sentencia de instancia en un caso de lesiones graves (retraso mental y epilepsia) producidas por asfisia perinatal.

La sentencia de instancia consideró más atendibles a los peritos propuestos por la Administración que a los propuestos por la demandante, sustancialmente porque, arguyó, sus informes eran más meticulosos y estaban suscritos por especialistas en Obstetricia o en Pediatría.

Considera por el contrario el Tribunal Supremo que la justificación dada a la valoración de los hechos no sólo es extremadamente parca, sino que es irrazonable por pasar por alto las claras contradicciones en que incurre la Administración, ya que, aun estando el feto en situación normal cuando la madre ingresó en el hospital, el recién nacido hubo de permanecer más de tres semanas en el Servicio de Neonatología y los médicos que entonces lo atendieron diagnosticaron asfixia perinatal. El mismo informe tomado en consideración por el tribunal de instancia reflejaba que el día posterior al ingreso y anterior a la cesárea, la madre, aun estando ya en la cuadragésima semana de gestación, no estuvo monitorizada.

Así, aplicando implícitamente el principio *res ipsa loquitur*, considera lo siguiente:

“La única conclusión que un observador razonable puede extraer de estos hechos es que algo debió ocurrir para que, siendo el feto normal, las cosas se torcieran; y lo que es indiscutible es que ese algo ocurrió estando ya la madre ingresada en el hospital y, por tanto, directamente al cuidado de la Administración. Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido. Lo único que ha proporcionado son informes periciales, elaborados años más tarde, según los cuales no se darían todas las características habitualmente exigidas para hablar de ‘asfixia perinatal’, la cual no sería exactamente lo mismo que ‘sufriamiento fetal agudo’. Sólo esto no es suficiente para deshacer la única convicción razonable de que algo grave ocurrió estando ya la recurrente ingresada en el hospital. Ello basta para concluir que el hijo de la recurrente sufrió un daño imputable a la Administración.”

– La STS de 7 de julio de 2008, Ar. 6872, resulta del máximo interés en el tema considerado. Se juzga un caso de lesiones producidas en un accidente de descompresión padecido por un buceador, en el que el reclamante alega la existencia de un retraso en su traslado a la cámara hiperbárica más cercana, de lo que pretende extraer la responsabilidad administrativa por las secuelas, consistentes en parálisis y postración en silla de ruedas.

El tribunal de instancia descartó la existencia de relación causal.

El Tribunal Supremo, sin embargo, anuda ésta a la omisión de la Administración sanitaria de puesta inmediata a disposición de la víctima de todos los medios a su alcance. En efecto, en su Comunidad Autónoma no había hospitales provistos de cámara hiperbárica y el traslado a un hospital de una Comunidad Autónoma limítrofe no se hizo en helicóptero sino por carretera, contra lo solicitado por el propio reclamante. Reproducimos literalmente el razonamiento por su notable interés en materia de reparto del *onus probandi*.

“En lugar de hacerlo en un helicóptero ‘medicalizado’, tal y como había interesado el propio afectado, medio de transporte que se encontraba disponible y practicable, ya que las condiciones climáticas eran favorables para el vuelo, se decidió emplear una ambulancia, que partió a las 18,30, llegando a su destino a las 23,30 horas. Después de treinta y siete días. El panorama es, pues, el siguiente: una zona de España, esencialmente marítima, en

## IX. Responsabilidad Administrativa

la que la práctica autorizada de los deportes subacuáticos se encuentra muy extendida, carecía a la sazón de cámara hiperbárica, siendo aconsejable, ante accidentes de descompresión, el traslado urgente de los afectados a centros que dispusieran de ese contenedor a presión, en el caso al situado en Barcelona. El Sr. Valentín sufrió una evidente e indebida demora, que provocó que no fuera introducido en la cámara sino transcurridas más de diez horas desde que el percance aconteció; este tipo de incidencias debe recibir tratamiento a la mayor precocidad, pues, a medida que avanza el tiempo, la lesión neurológica puede agravarse, disminuyéndose las posibilidades de curación.

En estas circunstancias, a juicio de esta Sala, la de instancia se equivoca al negar la responsabilidad de los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana por no haberse demostrado la relación de causalidad entre la atención que dispensó al recurrente y las lesiones que actualmente padece. Fundamenta su decisión en que, según sostienen todos los expertos, no puede asegurarse que esas lesiones sean la causa directa del retraso, evidente y que nadie discute, en la prestación sanitaria. Ahora bien, esta constatación no justifica aquella decisión, que desconoce las particularidades propias de la responsabilidad patrimonial de las administraciones sanitarias, impuestas por las peculiaridades de las ciencias de la salud.

La responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/1995, FJ 5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/1997, FJ 5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/2002, FJ 5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/2003, FJ 2º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/2005, FJ 3º)], se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el solo hecho de la producción de un resultado dañoso [Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (casación 3149/2001, FJ 3º), 20 de marzo de 2007 (casación 7915/2003, FJ 3º) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/2004, FJ 3º)]. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 29 de abril)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos.

En contrapartida, acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, como es el caso, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible, pues, como todos los técnicos admiten, la introducción del accidentado en una cámara

hiperbárica no asegura su total restablecimiento. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la ‘facilidad de la prueba’, aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas [pueden consultarse las Sentencias de 25 de abril de 2007 (casación 273/2003, FJ 3º) y 2 de noviembre de 2007 (casación 9309/2003, FJ 4º)].

‘En esta tesitura, si, como resulta unánimemente admitido, los accidentes disbáricos deben tratarse lo más rápidamente posible, de modo que cuanto más prontitud mayores posibilidades de éxito, la disfunción acaecida en el caso litigioso debe tener sus consecuencias reparadoras, porque, con el indebido retraso en llevarle a la cámara del Hospital de la Cruz Roja de Barcelona, se privó al Sr. Valentín de la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le hurtó la ocasión de eludir las secuelas que hoy arrastra. En otras palabras, el recurrente ha sufrido un daño antijurídico consistente en que si los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana hubieran actuado más diligentemente, remitiéndole de forma inmediata a la Ciudad Condal en helicóptero, tal y como era posible, y no por carretera, habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud y, en definitiva, para su vida.

Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la ‘pérdida de oportunidad’ [Sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/2001, FJ 2º) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ 6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una ‘falta de servicio’. Por lo tanto, poco importa que, como acentúan los peritos, la recompresión en una cámara hiperbárica no garantice al 100% el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5% de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, porque, en cualquier caso, se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5% de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente.

Al no entenderlo así, el Tribunal de instancia ha infringido los preceptos que cita el actor en los dos primeros motivos de su recurso, ignorando la jurisprudencia que los interpreta, por lo que su sentencia debe casarse y anularse, procediendo que esta Sala resuelva el fondo del asunto, porque así lo impone el artículo 95, apartado 2, letra d), de la Ley reguladora de nuestra jurisdicción.”

No menos interesante resulta, en casos como éste, de omisión de dar una respuesta razonablemente ágil a una urgencia sanitaria, la determinación del alcance del daño indemnizable.

“Llegados a este punto, y para satisfacer el principio de ‘reparación integral’, nos queda por concretar la indemnización que le corresponde al Sr. Valentín por el daño real y efec-

## IX. Responsabilidad Administrativa

tivo que padece como consecuencia de haber carecido de la mejor opción para curarse, consistente en el sometimiento al tratamiento en la cámara hiperbárica dentro de las seis horas siguientes al accidente.

Con esta afirmación queremos explicar dos extremos, íntimamente vinculados.

El primero consiste en que, en el presente caso, aquel principio no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno.

El segundo, consecuencia del anterior, radica en que no se le repara por un detrimento hipotético, en contradicción con el artículo 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que habla de daño ‘efectivo, evaluable económicamente e individualizado’, sino por uno actual y real, efectivo, consistente en habersele privado de la ocasión para eludir las secuelas físicas que afronta en la actualidad.

Pues bien, en atención a las anteriores reflexiones, teniendo a la vista el artículo 141 de la Ley 30/1992 y apreciando la edad del actor cuando acontecieron los hechos, su profesión y la índole de las secuelas derivadas de esa pérdida de oportunidad, resulta adecuada como indemnización la cantidad de noventa mil euros (90.000 euros), que ha de entenderse ya actualizada a la fecha de la sentencia de instancia, sin perjuicio de los intereses legales procedentes por demora en el pago (artículo 106, apartado 2, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).”

### **C) Inversión de la carga de la prueba debida a la mayor facilidad de la Administración para acreditar la normalidad de su funcionamiento**

Sobre el mismo tema, traemos aquí a colación la STS de 7 de julio de 2008, Ar. 3418. El asunto que le da origen se trata de un mecánico de la Administración militar que sufre un accidente en el curso de su trabajo, al resbalar y caer por un hueco.

La sentencia de instancia había desestimado su pretensión, por falta de prueba del nexo de causalidad, al considerar que no se había acreditado ninguna actuación imputable a la Administración, correspondiendo al dañado la carga de dicha prueba. Pese a que éste había solicitado de la Administración información acerca del contrato de limpieza relativo a los talleres, así como de la adecuación del calzado proporcionado por la Administración, y ésta no lo había proporcionado.

El Tribunal Supremo estima el argumento del demandante, según el cual el incumplimiento por la Administración de su deber de colaboración en la práctica de las pruebas acordadas por el tribunal no puede redundar a favor de ella e impide llevar hasta sus últimas consecuencias la carga de la prueba que pesa sobre el demandante cuando la Administración demandada habría podido, sin graves dificultades y en cumplimiento del deber de lealtad procesal, apor-

tar los datos necesarios para establecer los hechos controvertidos. Estima, así, la pretensión indemnizatoria.

**D) Daños derivados de la suspensión judicial de una decisión administrativa que favorece al reclamante, instada por otra Administración: falta de nexo causal**

La STS de 25 de noviembre de 2008, Ar. 7155, enjuicia la pretensión resarcitoria de una empresa afectada por la suspensión por decisión judicial de un acuerdo de modificación del planeamiento urbanístico que le favorecía, llevada a cabo a resultas de un convenio urbanístico. La reclamación se dirige contra el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo al haber sido el recurrente de dicha modificación y haber solicitado la suspensión. Los tribunales habían estimado finalmente que dicha modificación era respetuosa con la legalidad urbanística.

El Tribunal Supremo, al igual que el de instancia, considera que el resultado lesivo que alega el demandante no es imputable a la Administración demandada. Estima que la interposición del recurso contencioso-administrativo por la Administración y petición de medida cautelar de suspensión, responde al ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales como cualquier otro ciudadano o sujeto de derechos legitimado para ello (aunque se trate de una legitimación específica en razón de los derechos cuya defensa tiene encomendada) y no al desarrollo de una actividad administrativa.

**E) Expedientes de regulación de empleo objeto de una autorización administrativa anulada judicialmente: falta de nexo causal cuando la anulación se debe a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo**

La STS de 12 de septiembre de 2008, Ar. 4521, tiene como trasfondo una figura de la legislación laboral de desgraciada actualidad: los expedientes de regulación de empleo. En este caso, se trataba de derivar la responsabilidad administrativa de su autorización por la Dirección General de Trabajo de una Administración autonómica, teniendo en cuenta que con posterioridad dicha autorización administrativa fue anulada por Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, confirmada luego por Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, al igual que hiciera el Tribunal de instancia, considera que para declarar la responsabilidad patrimonial es necesario distinguir aquellos supuestos en que la anulación de la resolución de la Administración laboral se debe a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, de aquellos otros en que habría habido un error o deficiente valoración de datos objetivos. Sólo en este último supuesto habría obligación de indemnizar, siempre que concurriesen todos los requisitos exigibles para la configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Lo primero es lo que estima que ocurrió en el caso de autos en que el órgano jurisdiccional realizó una consideración jurídica distinta a la de la Administración, sobre cuestión de tal relevancia como la relativa a la concentración de empresas y a la individualización que era exigible respecto a la situación de la empresa. Por tanto, excluye el derecho a indemnización.

## IX. Responsabilidad Administrativa

### F) Suicidio de un detenido: causa exclusiva atribuida a la Administración por omisión

La STS de 13 de octubre de 2008, Ar. 7512, tiene la singularidad, respecto a la mayoría de supuestos de este género, de estimar que el daño consistente en el fallecimiento de una persona que, estando bajo custodia de la Administración, decide suicidarse, ha de imputarse exclusivamente a ésta, sin moderar siquiera la indemnización. Enjuicia una reclamación que trae causa del suicidio de una persona en dependencias policiales. Se trataba de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, que tras ser arrestado en plena vía pública por un presunto delito de descubrimiento y revelación de secretos, permanece detenido toda una tarde y hasta la mañana siguiente en dependencias policiales, bajo custodia intermitente, en un despacho de la propia Jefatura de Policía, donde extrae una pistola de un cajón y se suicida aprovechando una ida a los aseos. Había dado muestras notorias de gran abatimiento durante todo el período de detención.

La Sala de instancia consideró que se había producido una concurrencia de causas, que la llevó a fijar la indemnización a cargo del Estado en un cincuenta por ciento del montante íntegro del daño.

El Tribunal Supremo, sin embargo, estima el recurso de la viuda y sostiene que no cabe atribuir al difunto “ninguna participación en su fallecimiento, aunque esta afirmación parezca paradójica, ya que, por definición, todo suicidio es voluntario”.

“En efecto, la posición de garante que ostenta la Administración respecto de un detenido en dependencias policiales, al igual que la que tiene en relación con un interno en un centro penitenciario o con un enfermo en una clínica psiquiátrica, modula singularmente el instituto de la responsabilidad patrimonial. Se da en tales casos una especial relación jurídica, que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso, el detenido o el interno, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, la integridad y la salud del segundo, valores constitucionalmente declarados y reconocidos como derechos fundamentales (artículo 15 de la Constitución), que dichos individuos siguen ostentando en la peculiar situación en la que se encuentran (véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, F 6º, y 137/1990, F 4º).

Esta perspectiva explica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, pese al carácter esencialmente voluntario del suicidio, declara en ocasiones la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la muerte que se inflige a sí misma una persona sometida a su custodia por estar cumpliendo una pena privativa de libertad, encontrarse detenida o ingresada en un centro frenopático. Así, considerando la previsibilidad del evento y la ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración, hemos declarado la responsabilidad patrimonial al apreciar la existencia de un nexo causal entre el fatal desenlace y la omisión de las autoridades y funcionarios que no desarrollaron la diligencia exigible para evitar un resultado predecible [Sentencias de esta Sección de 4 de mayo de 1999 (casación 733/1995), F 7º; de 4 de octubre de 1999 (casación 5257/1995), F 4º; de 28 de marzo de 2000 (casación 1067/1996), F 9º; de 3 de junio de 2002 (casación 927/1988 SIC), F 3º; de 18 de julio de 2002 (casación 1710/1998), F 9º, y de 21 de marzo de 2007 (casación 6151/2002), F 3º].

Es verdad que, en la mayoría de los supuestos, hemos tomado en consideración la conducta del fallecido para atemperar la indemnización procedente, entendiendo que su decisión

autodestructiva operó como concausa, pero en ocasiones (v.gr.: la citada sentencia de 4 de octubre de 1999) hemos estimado que no hubo concurrencia de culpas porque, dadas las circunstancias, ninguna intervención cabía atribuir a la voluntad del suicida. A juicio de esta Sala, el actual es uno de tales casos.

Desde el primer momento los responsables policiales conocieron la situación psíquica del Sr. Gabino y el riesgo de que pudiera atentar contra su propia vida. Así lo comprobaron los funcionarios Srs. Luis Andrés, Víctor y Luis María, quienes, según se desprende de los hechos relatados en la sentencia y del expediente administrativo (con el que, en virtud del artículo 88, apartado 3, de la Ley de nuestra jurisdicción, podemos integrar esa narración de hechos probados) constataron que ‘se encontraba totalmente hundido’ y decía ‘esto tengo que pagarlo’, estado depresivo que llevó al primero de los tres a colocarse delante de la ventana de la dependencia en la que se encontraba ‘con el fin de evitar algo que no sería ilógico en los momentos que pasaba’ (folios 128 y 129 del expediente); presentaba un ‘aspecto totalmente desencajado, con lágrimas en los ojos y fuera de sí’ (folios 133 y 134), saliendo de la declaración ‘totalmente desconsolado y abatido’ (folios 136 y 137). No obstante se le mantuvo toda la noche incomunicado, pasando de una dependencia a otra, para terminar aislado en un despacho, en el que nadie le controlaba visualmente, sin que se reparara que en los cajones de la mesa estaba depositada el arma reglamentaria del funcionario que habitualmente lo ocupaba.

El juego conjunto de estas circunstancias (estado anímico, aislamiento e incomunicación durante buena parte de la noche y disposición de un arma dispuesta para su uso), que individualmente consideradas pueden carecer de relevancia a los efectos que ahora nos ocupan, determinan que la decisión del Sr. Gabino de quitarse la vida pierda relevancia en la producción del resultado lesivo, otorgando todo el protagonismo a la muy deficiente prestación del servicio público policial. Hemos sostenido con reiteración [véanse, por todas, las Sentencias de 4 de octubre de 1999, ya citada, F 4º, y de 3 de mayo de 2007 (casación 4927/2003), F 4º] que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen las que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, lo hubiera evitado. Este modo de acometer el análisis de la relación causal nos permite afirmar que, en el caso debatido, de no mediar la cadena de desfueros en la actuación administrativa no se hubiera producido el lamentable sucedido que ahora enjuiciamos, hasta el punto de que la decisión del Sr. Gabino de atentar contra su vida no hubiera tenido lugar, bien por recibir un trato diferente, más atento a las especiales circunstancias por las que pasaba, bien por evitar dejarle solo con un arma de fuego a su alcance. En suma, en el supuesto actual no aparecen elementos que permitan hablar de una relación causal manifestada de forma mediata, indirecta o concurrente. El fallecimiento del esposo de quien ahora recurre en casación se debió exclusivamente al modo, a todas luces anormal, en que se desarrolló aquella jornada la actuación policial en la Jefatura Superior de Murcia.”

### **G) Daños causados directamente por un tercero: causa exclusiva atribuida a la Administración por omisión**

En el caso que da origen a la STS de 12 de junio de 2008, Ar. 6375, una persona resultó tetrapléjica al recibir el impacto del cuerpo de un menor que le cayó encima cuando se encontraba

## IX. Responsabilidad Administrativa

nadando en una piscina municipal. Reclamaba la indemnización a la Administración por lo que consideraba el incumplimiento de las más elementales obligaciones del socorrista que no impidió la entrada en la piscina a determinados menores y no evitó tampoco que uno de ellos se lanzase “en forma de bomba”, permitiendo además que, cuando nada más recibir el golpe y ya presentaba síntomas que podían poner de manifiesto una afectación de la columna vertebral, fuese sacado del agua sin ningún cuidado y sin ninguna preparación por otros menores que tiraban de él.

El tribunal de instancia le dio la razón. En primer lugar, tuvo por probado que en la piscina había un único socorrista con incumplimiento de la normativa a la sazón vigente, a la vista del aforo de aquella. Igualmente tuvo por probado que era práctica habitual reiterada en dicha piscina permitir que los bañistas se lanzasen “en bomba” al agua, sin impedirlo ni tomar medidas, pese a que dicha práctica era inadecuada y peligrosa. Por último, dio por acreditado que en el momento en que ocurrieron los hechos el socorrista no estaba en la piscina cumpliendo con sus obligaciones de vigilancia, sino en el cuarto de instalaciones donde tuvieron que ir a buscarle, una vez ocurrido el percance. Ello le llevó a negar cualquier compensación de culpas y a concluir que la causa directa y eficaz de aquél fue la negligencia del socorrista que prestaba sus servicios para el Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo, a partir de este relato de hechos, da por buena la calificación jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia.

### 3. DAÑO INDEMNIZABLE

#### A) Nacimiento de un niño con síndrome de Down sin previa prueba prenatal

El supuesto de la STS de 4 de noviembre de 2008, Ar. 5860, es el de una mujer que dio a luz a una niña con síndrome de Down. A pesar de que por los antecedentes y la edad de la madre existía ese riesgo, no se le practicó la prueba prenatal, oportuna para la detección precoz de dicho síndrome en el feto. Se discute si la Administración debe resarcir los gastos especiales que supone atender a una persona con estas características. El Tribunal Supremo abunda en una línea jurisprudencial ya consagrada, de la que hemos ido dando cuenta a lo largo de los ya más de diez años de elaboración de estas Crónicas: el nacimiento del un niño no puede considerarse un daño, pero sí la frustración de la autonomía personal que supone no haber podido optar, en un caso como éste, por la interrupción legal del embarazo. Además, en este caso, considera que procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down.

#### B) Gastos de asesoramiento jurídico

¿Son indemnizables los gastos de asesoramiento jurídico en que incurre un ciudadano para defender sus intereses en vía administrativa o económico-administrativa, cuando la representación letrada no es exigible legalmente, si finalmente los tribunales le dan la razón? La doctrina jurisprudencial ha sufrido una evolución en este punto. Es el tema del que se ocupan

las SSTs de 14 de julio de 2008, Ar. 3432, y de 22 de septiembre de 2008, Ar. 4543, ambas en relación con actos de naturaleza tributaria.

La tesis tradicional sostenía que el contribuyente, si bien no está obligado a actuar bajo dirección letrada ante los órganos de la Administración tributaria para una adecuada defensa de sus intereses, tiene derecho a la asistencia de un profesional si el asunto reviste complejidad. No le son exigibles profundos conocimientos, más aun en materia tributaria, donde la técnica es especialmente compleja e involucra distintas ramas del saber jurídico. Consecuentemente, no puede pedírsele que soporte los gastos causados por tal asistencia cuando su pretensión ha sido completamente estimada.

La nueva línea, en la que se inscriben las sentencias que ahora reseñamos, estiman que no procede considerar antijurídico el detrimento patrimonial sufrido por un ciudadano que retribuye al profesional que le asiste para impugnar un acto de la Administración Tributaria por el solo hecho de su anulación en la vía económico-administrativa y niega tal calificación de antijurídica a los desembolsos por tal concepto realizados para reaccionar frente a un acto que, pese a ser revocado, se mantiene dentro de unos márgenes razonables y razonados. Es decir, según esta segunda posición, no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico.

La primera de ellas afirma –de modo harto discutible– que esta consideración, que enlaza directamente con la teoría del margen de tolerancia, tan conocida por el lector de estas Crónicas, se compadece con la naturaleza objetiva del régimen de responsabilidad:

“Con este planteamiento no se ‘subjetiviza’ el instituto de la responsabilidad patrimonial de las organizaciones públicas, que sigue haciendo abstracción de todo elemento culpabilístico en la conducta administrativa, sino, muy al contrario, se traslada el debate a un dato de innegable talante objetivo cual es el resultado, indagando su antijuridicidad, nota que viene determinada, antes que por un atributo o una condición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica, por la posición que uno de ellos, el lesionado, ocupa frente al ordenamiento jurídico, posición en la que no influyen las características de la actuación administrativa a la que se imputa el desenlace, su ‘normalidad’ o su ‘anormalidad’.”

Lo cierto es que, en estos casos, el matiz subjetivo aflora ya no sólo al examinar el carácter más o menos excusable de la decisión administrativa, sino también, lo que es aun más novedoso, al enjuiciar el grado de conocimiento jurídico esperable del reclamante.

Lo primero se expresa mediante la siguiente argumentación:

“Resulta innegable que la precisión de esa ubicación objetiva del sujeto pasivo en el sistema jurídico, que define si está obligado a soportar el daño y, por consiguiente, la condi-

## IX. Responsabilidad Administrativa

ción de este último y el deber de reparación de la Administración ex artículo 106, apartado 2, de la Constitución, se perfila gracias a elementos de muy diversa factura: unos tienen que ver con la naturaleza misma de la actividad administrativa y otros con las condiciones personales del afectado.

En efecto, el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que sí actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra Sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, F 3º, recordada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/2002), F 3º, que, a su vez, se reproduce en parte por la de la Audiencia Nacional que es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina; en igual sentido se manifestaron las Sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/1995, F 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/2002, F 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/2003, F 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/2003, F 3º) y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/2006, F 3º)].

Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten con los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. Esta idea cobra especial fuerza tratándose de la Administración Tributaria, a la que el constituyente y el legislador demandan una actitud activa consistente en, como ya hemos apuntado, comprobar, investigar, inspeccionar y, si procede, corregir los hechos de los administrados con trascendencia fiscal. Con esta perspectiva parece evidente la diferencia, a los efectos que nos ocupan, entre, por ejemplo, la situación de un sujeto pasivo que acude al asesoramiento legal para enfrentarse a una liquidación impositiva practicada en el ejercicio de una potestad groseramente prescrita que la del que utiliza el mismo instrumento a fin de discutir otra en la que se eliminan como gastos deducibles los intereses pagados por un establecimiento en España a una sociedad matriz foránea como retribución de la financiación que recibe de ella.

En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el pago del asesoramiento que ha contratado constituye una lesión antijurídica, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita.”

Lo segundo se expresa del siguiente modo:

“En la descripción de la posición del administrado frente a una lesión, al objeto de calificarla como antijurídica y, por consiguiente, de resarcible, intervienen también matices personales, que coadyuvan a perfilarla, sin que por ello se introduzca ningún ‘tinte subjetivista’ en la construcción de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. No existe ‘igualitarismo’ en este ámbito, pues ante una misma realidad no todos los sujetos se sitúan en igual posición.

Parece tan evidente que resulta superfluo subrayarlo: no puede equipararse, a los efectos de analizar si queda jurídicamente obligado a hacer frente a la minuta de los profesionales que ha contratado para obtener la razón en la vía administrativa, un sujeto pasivo de un impuesto, persona física, que se relaciona esporádicamente con los órganos tributarios y que, ante un requerimiento, un procedimiento de inspección o una liquidación, se ve obligado a buscar una asistencia letrada *ad hoc*, con una sociedad, organización compleja, habituada, por su actividad, a entrar en conflicto con la hacienda pública y que, incluso, cuenta en plantilla con profesionales que, llegada la ocasión, intervienen en su defensa o que tiene contratado, en régimen de ‘igualada’, un asesoramiento externo.”

Como conclusión:

“Estas condiciones personales, junto con las circunstancias objetivas trazadas en el fundamento anterior, deben ponderarse para inferir, en un caso concreto, si el perjuicio consistente en los tan repetidos honorarios de abogado constituye una lesión patrimonial antijurídica y, por lo tanto, resarcible en virtud del principio que proclama, al más alto nivel (artículo 106, apartado 2, de la Constitución), la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Desde luego, a juicio de esta Sala resulta rechazable la tesis, sostenida en las sentencias de contraste y que, junto con otras anteriores, la recurrida corrige, conforme a la que obtenida la razón en la vía administrativa, en todo caso y con abstracción de las circunstancias singulares presentes, debe resarcirse al administrado por los derechos que le giran sus abogados, socializando el riesgo y convirtiendo a la Administración pública, vía presupuestaria, en una mutua de riesgos jurídicos. No le falta razón al Abogado del Estado cuando destaca la paradoja que supone aplicar en el ámbito administrativo un principio que el legislador no ha querido para el jurisdiccional, donde la regla general consiste en que cada parte peche con sus gastos, salvo que medie temeridad o mala fe de una de ellas.”

## IX. Responsabilidad Administrativa

### 4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO: RETROACCIÓN DE ACTUACIONES

El dictamen del Consejo de Estado –o de su homólogo autonómico– como es sabido, es preceptivo en materia de responsabilidad patrimonial. Así lo exige, respecto del primero, el artículo 22, apartado 13, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en relación con el artículo 12 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Pues bien, la **STS de 6 de octubre de 2008**, Ar. 7469, resuelve que cuando la Administración deniega la pretensión indemnizatoria, sin solicitar el dictamen del Consejo de Estado es necesario retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su pronunciamiento a fin de que, como exigen los preceptos citados, se remita el expediente al Consejo de Estado para que dictamine sobre la existencia o no de responsabilidad de la Administración del Estado en el caso enjuiciado.

### 5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY 27/1992, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE PUERTOS DEL ESTADO Y DE LA MARINA MERCANTE, EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 62/1997

La **STS de 5 de marzo de 2008**, Ar. 3716, analiza un caso de responsabilidad del Estado legislador derivada de la aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales. En concreto, se trata de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la redacción dada por la Ley 62/1997, que llevó a cabo la STC 121/2005, de 10 de mayo. Dicho precepto autorizó al Ministerio de Fomento a definir los supuestos y la estructura tarifaria, dictándose en su desarrollo dos Órdenes Ministeriales, al amparo de las cuales se giraron las liquidaciones correspondientes.

Tras reiterar que la competencia para conocer de la reclamación previa corresponde al Consejo de Ministros y que el *dies a quo* para el ejercicio de acciones de responsabilidad se fija en la fecha de publicación de la sentencia en el BOE, aborda el tema de la realidad del daño, y excluye su existencia al considerar que los servicios portuarios, en todo caso, se someten a tarifa:

“Entiende la Sala que, como mantiene el Abogado del Estado, el litigio ha de examinarse desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial y el presupuesto básico de existencia de un detrimento patrimonial real y efectivo. A tal efecto, la entidad recurrente, mediando el abono de la correspondiente tarifa, accedió a determinada prestación portuaria (uso de dominio público o servicio portuario) obteniendo con ello el correspondiente beneficio que incorporó a su patrimonio. La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Puertos incide en la habilitación para la exigencia de la tarifa, pero no altera la situación patrimonial de la entidad recurrente que resulta del disfrute de aquella prestación, cuya incorporación a su patrimonio no se ve afectada y se mantiene tras la declaración de inconstitucionalidad. Esta declaración podrá propiciar, en su caso, que el interesado ejerci-

te las acciones correspondientes en reclamación de las tarifas satisfechas en aplicación de aquella normativa, lo que evidentemente irá en beneficio de su patrimonio, pero desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial no acredita un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo.

Tampoco puede sustentarse la existencia de tal perjuicio en un eventual derecho del usuario a recibir el servicio, se entiende que sin el abono de la correspondiente tarifa, que parece invocarse cuando se dice, en conclusiones, que no existe ninguna norma que afirme que el usuario no tuviera derecho a recibir el servicio, pues es claro que toda la normativa reguladora de los servicios portuarios sujetan su prestación al abono de las correspondientes tarifas, criterio que no se ha abandonado tras dicha declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la correspondiente potenciación de la competencia, como se refleja en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de Puertos de Interés General, que en su Título I, Capítulo IV, regula las tasas portuarias por la utilización del dominio público portuario y por la prestación de servicios no comerciales por las Autoridades Portuarias.”

Nueve Magistrados suscriben un mismo Voto Particular, del siguiente tenor:

“En nuestra opinión la exigencia patrimonial debatida tenía su origen en una ley, artículo 70.1 y 2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que fue declarada inconstitucional por la STC 121/2005, de 10 de mayo. Se trata de una obligación legal que da lugar a una determinada liquidación por una prestación patrimonial de carácter público en la que, por esencia, concurre la nota de coactividad que ha determinado que en múltiples sentencias anteriores de esta Sala se haya excluido, en la devolución de lo pagado, el alegado enriquecimiento injusto por haberse recibido una prestación portuaria.

Así, es jurisprudencia reiterada que las prestaciones patrimoniales de carácter público –y la que se contempla en el presente recurso lo es según la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional– se identifican por ser de exigencia coactiva o, lo que es lo mismo, por el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público.

Lo decisivo, a la hora de dilucidar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta, radica en averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre o espontánea por el sujeto obligado. Y ello no se produce cuando: 1º) el servicio público es impuesto al particular por el ente público; 2º) el servicio público es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal, empresarial o social de los particulares, y 3º) la utilización de bienes, servicios o actividades es realizada por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho.

Si se da alguna de estas circunstancias no puede excluirse inicialmente, sin mayor consideración, la producción de un daño individual y efectivo derivado del correspondiente pago.

## IX. Responsabilidad Administrativa

Y es reiterado criterio manifestado en anteriores ocasiones que: los servicios portuarios son objetivamente indispensables para el desarrollo de determinadas actividades industriales y comerciales; no son, pues, de solicitud voluntaria para los administrados y son prestados exclusivamente por la Autoridad portuaria.

Dicho en otros términos, no puede ser punto de partida, para excluir la responsabilidad patrimonial, que el pago efectuado sea la retribución a un servicio prestado por la Autoridad portuaria. Por el contrario, cabe sostener que existe un perjuicio individualizado, concreto, claramente identificable, que se produce por el abono de una determinada cantidad que resulta ser indebido por estar fundado en la directa aplicación por la Autoridad portuaria de una disposición normativa que es declarada con posterioridad inconstitucional. Tesis esta más acorde con los abundantes precedentes jurisprudenciales de la Sala que, de una parte, ha entendido que las tarifas portuarias no podían considerarse precios públicos y, menos aun precios privados. En definitiva, no han sido consideradas 'como una contraprestación' ni siquiera de carácter público (Cfr. STS de 22 de enero de 2007, que reitera constantes pronunciamientos).

Y, de otra, con respecto al gravamen complementario sobre la tasa de juego, también la Sala ha considerado que el abono se produce exclusivamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional por STC 173/1996, de 31 de octubre (SSTS de 15 de julio de 2000, 30 de septiembre de 2000, 17 de marzo de 2001 y 30 de marzo de 2007).

Y no es posible olvidar que cualquier tasa tiene como hecho imponible la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividad en régimen de derecho público que se refiere, afecta o beneficia de modo particular al obligado tributario, sin ser de solicitud o recepción voluntaria ni prestarse o realizarse por el sector privado [artículo 2.2.a) LGT]. Hecho imponible que, tratándose de la tasa de juego es su autorización, celebración u organización, sin que por ello, hasta ahora, la Sala haya entendido, *a priori*, que dicho gravamen fuera una contraprestación por el hecho imponible contemplado.

Desde nuestro punto de vista, era necesario decidir si procedía o no reconocer la responsabilidad de la Administración como consecuencia de un acto del legislador, después de debatir sobre la procedencia de mantener o no la doctrina hasta ahora seguida sobre la interpretación de los artículos 139.3 de la LRJ y PAC y 40 de la LOTC especialmente en relación con el carácter prospectivo de las sentencias del Tribunal Constitucional y la eventual incidencia de la firmeza de los actos administrativos y los efectos de cosa juzgada.”

### **6. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. ERROR JUDICIAL: PLAZO PARA INSTAR SU DECLARACIÓN**

La STS de 4 de julio de 2008, Ar. 6030, interpreta el alcance del plazo de caducidad de tres meses para instar la declaración de error judicial previsto en el artículo 293.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para aclarar que, puesto que el incidente de nulidad de

actuaciones no condiciona ni es obstáculo para la firmeza del fallo a los efectos de formular la correspondiente acción de declaración de error judicial, no interrumpe dicho plazo. La misma doctrina resulta aplicable, en principio, a las solicitudes de aclaración de sentencia. El razonamiento, acogido en reiterada jurisprudencia, es el siguiente:

“El plazo para el ejercicio de la acción judicial de reconocimiento de error judicial, como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia de esta Sala, es de caducidad, no es susceptible de interrupción por la utilización de vías aclaratorias o de recursos extraordinarios. De manera que el cómputo se inicia desde la notificación de la resolución judicial firme. Así resulta del apartado f) del artículo 293.1 de la LOPJ, al señalar que ‘no procederá la declaración de error judicial contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieran agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento’; tal disposición sólo puede referirse a los que resulten procedentes o, al menos, a los que le hayan sido ofrecidos al litigante aunque fueran improcedentes, pero no a cualquier otro recurso que aunque esté previsto en el ordenamiento, no esté establecido concretamente para combatir el fallo de que se trate, y menos aun a cualquier actuación procesal o administrativa que no puede tener incidencia en la firmeza de la sentencia a la que se atribuye el error judicial.”

EMILIO GUICHOT REINA  
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Acceso.** A) La exclusión de la participación en pruebas selectivas para el ingreso en la categoría de facultativos especialistas del área del Instituto Nacional de Salud de quienes ya ostentan nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad en el Sistema Nacional de Salud no vulnera los principios de mérito y capacidad. B) Concurso de méritos. Carrera judicial. Cuarto turno. Significado de la entrevista. C) Pruebas de habilitación del Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad. No es posible recusar a los miembros del Tribunal que hayan formado parte de grupos de investigación o hayan publicado obras conjuntamente con alguno de los aspirantes. **2. Carrera administrativa.**

A) No procede el sistema de libre designación para la provisión de los puestos de Jefatura de Distrito en una Comunidad Autónoma. B) Potestad conferida al Ministro del Interior para, con carácter excepcional, denegar la adjudicación de un destino por necesidades del servicio en la Guardia Civil. Ejercicio justificado de esa potestad. **3. Derechos**

**colectivos.** A) Derecho a la libertad sindical. a) La FEDECA tiene naturaleza de sindicato y, en consecuencia, es también titular del derecho fundamental consagrado en el artículo 28.1 de la Constitución. b) Garantía de indemnidad del liberado sindical y experiencia exigida en los concursos de méritos. c) No es constitucionalmente admisible denegar la legitimación procesal de los sindicatos en toda materia relativa a la organización de la Administración. B) Negociación colectiva: El establecimiento de comisiones de seguimiento reservadas a los firmantes de un Acuerdo puede vulnerar el derecho a la libertad sindical de los sindicatos no firmantes si disponen de facultades reguladoras.

**4. Derechos retributivos.** A) Cuestiones generales. a) Un incremento retributivo superior al porcentaje previsto anualmente en la norma presupuestaria sólo es posible si se han producido adecuaciones retributivas imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo. b) El desempeño de un puesto de trabajo de superior nivel al formalmente asignado da derecho al cobro de los complementos objetivos correspondientes a dicho puesto. B) Complemento de destino: No resulta admisible establecer complementos de

destino diferentes para los puestos reservados a funcionarios de nuevo ingreso si existe identidad de funciones. C) Complemento específico. a) El complemento específico de mejora de convenio debe ser igual para todos los puestos de trabajo que realizan funciones similares. b) Aun siendo iguales las características esenciales de dos puestos de trabajo, su diferente intensidad puede justificar la atribución de distintos complementos específicos. D) Indemnizaciones por razón del servicio: Los médicos de la Administración penitenciaria no tienen derecho al reintegro de sus cuotas colegiales. **5. Rehabilitación de funcionarios.** A) Procede la rehabilitación del funcionario en casos de ausencia de daños especialmente graves derivados del delito cometido. B) Denegación de la solicitud de rehabilitación por la gravedad del delito y su relación con el desempeño del cargo funcional. C) Solicitud de rehabilitación estimada por silencio. **6. Incompatibilidades. Compatibilidad del ejercicio de la abogacía con el desempeño de puestos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: depende del estricto cumplimiento del horario del puesto y de que la actividad desarrollada no comprometa la imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones.** **7. Extinción de la relación funcional. Jubilación de los facultativos del Cuerpo Nacional de Policía: se rige por la normativa específica de este cuerpo sin que sea aplicable la Ley de Clases Pasivas.**

## 1. ACCESO

**A) La exclusión de la participación en pruebas selectivas para el ingreso en la categoría de facultativos especialistas del área del Instituto Nacional de Salud de quienes ya ostentan nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad en el Sistema Nacional de Salud no vulnera los principios de mérito y capacidad**

La STC 126/2008, de 27 de octubre, enjuicia la cuestión de inconstitucionalidad relativa a una determinada disposición de la Ley 66/1997, que establece, en el ámbito del sistema para la selección y provisión de plazas de facultativos especialistas del área del INS, que durante 1998 y por una sola vez se convocarán, por un lado, pruebas selectivas de ingreso en la categoría de facultativo especialista de área por el sistema de concurso-oposición y, por otro lado, concurso de traslado. Esta segunda modalidad quedaba reservada para que pudieran optar a determinadas plazas los facultativos que ostentaran ya nombramiento en propiedad, quienes, por el contrario, quedaban excluidos de la participación en el concurso-oposición para el ingreso a otras plazas reservadas para este sistema.

## X. Función Pública

Para resolver la cuestión planteada el TC hace dos importantes precisiones. Por un lado, que no se trata de una prueba restringida, pues no se limita el acceso a quienes viniesen ocupando con carácter interino las plazas convocadas, sino que, a excepción de quienes ocupasen una plaza en propiedad, está abierta a cualquier persona que reúna los requisitos comunes previstos en la convocatoria. Por otro lado, el TC aclara que la exclusión de quienes ya tienen plaza en propiedad carece de relevancia desde la perspectiva del artículo 23.1 de la CE en su vertiente de acceso a la función pública, pues no pueden concurrir a un proceso selectivo quienes ya son titulares de una plaza de la misma condición que las plazas convocadas. En el caso enjuiciado el artículo 23.2 de la CE resulta afectado únicamente en su vertiente de desarrollo de la carrera administrativa.

Por tratarse de una convocatoria excepcional, prevista para una sola vez, a juicio del TC resulta razonable la opción por un procedimiento, también excepcional, de acceso a la función pública mediante un sistema de provisión de plazas que, sin ignorar los principios de igualdad, mérito y capacidad, toma en consideración otros criterios, con el fin de atender a la necesidad de contar con personal especializado para asegurar y mantener el nivel de atención sanitaria de la población y lograr así una prestación más eficaz de los servicios sanitarios.

Además, la STC 126/2008 recuerda que al colectivo excluido de la participación en el concurso-oposición se le ofrece la posibilidad de optar a otras plazas mediante concurso de traslado, de modo que no se impide el desarrollo de su carrera. Además, añade el TC, el derecho a la promoción profesional de los funcionarios no alcanza a determinar cuáles han de ser los concretos puestos de trabajo que han de proveerse mediante un procedimiento concreto.

En consecuencia, la STC 126/2008 desestima la cuestión de inconstitucionalidad, al no resultar vulnerados por la disposición recurrida los principios de igualdad, mérito y capacidad.

### **B) Concurso de méritos. Carrera judicial. Cuarto turno. Significado de la entrevista**

En la modalidad de acceso a la carrera judicial por la categoría de Magistrado mediante concurso de méritos entre juristas de reconocida competencia con un mínimo de diez años de ejercicio en el orden jurisdiccional correspondiente, el Tribunal Calificador está facultado para excluir a los candidatos que, a su juicio, no reúnan la cualidad de juristas de reconocida competencia, si así deriva de los méritos alegados y de la entrevista realizada.

En el caso enjuiciado por la STS de 23 de diciembre de 2008, Tercera, Sección Séptima (recurso 105/2002), uno de los aspirantes excluidos del acceso a la carrera judicial por esta vía plantea que el Tribunal Calificador convirtió la entrevista (que no versó sobre los méritos alegados ni consistió en una discusión sobre éstos) en examen general y, por ello, transformó el concurso de méritos legalmente previsto en un sistema de libre selección.

Sin embargo, la Sala no comparte el planteamiento del recurrente. El Tribunal Supremo señala que la formación necesaria para ser juez requiere un efectivo dominio de los conceptos básicos de las materias jurídicas sobre las que vaya a versar su ejercicio jurisdiccional. La respuesta del candidato a las preguntas formuladas por el Tribunal Calificador en el desarrollo de la entrevista legalmente prevista permite constatar si, más allá de los trabajos o estudios aportados como méritos, el candidato posee la formación necesaria.

Siempre que las preguntas formuladas por el Tribunal estén referidas a conceptos elementales de la formación necesaria para la función jurisdiccional o a materias directamente relacionadas con los méritos aportados, se entiende que la entrevista conserva su naturaleza y no se convierte en un examen general.

**C) Pruebas de habilitación del Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad. No es posible recusar a los miembros del Tribunal que hayan formado parte de grupos de investigación o hayan publicado obras conjuntamente con alguno de los aspirantes**

En el caso enjuiciado por la SAN de 23 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera (recurso 433/2006), la recurrente concurrió a las pruebas conociendo la composición del Tribunal y superó los dos primeros ejercicios sin plantear objeción alguna a los miembros del Tribunal, pero finalmente no obtuvo la habilitación y presentó reclamación tras conocer la resolución de candidatos habilitados, alegando que concurrían motivos de recusación en algunos de los miembros del Tribunal.

La Audiencia Nacional recuerda que la normativa específica de estas pruebas contempla un plazo para la reclamación contra la composición del Tribunal, una vez que los aspirantes conocen su composición. Dado que las causas de recusación alegadas eran públicas y anteriores a la celebración de las pruebas, no pueden ser alegadas tras la resolución del procedimiento que resulta desfavorable a quien las invoca y no las hizo valer en un primer momento.

Por otra parte, la SAN de 23 de diciembre de 2008 señala que, en el ámbito universitario, es frecuente que existan relaciones académicas y profesionales entre personas pertenecientes a una misma área de conocimiento, por lo que la simple constatación de estas circunstancias carece de entidad suficiente para ser considerada como causa legal de abstención o recusación y, en todo caso, dichas causas deben ser objeto de prueba detallada, pues no basta la mera alegación genérica.

## **2. CARRERA ADMINISTRATIVA**

**A) No procede el sistema de libre designación para la provisión de los puestos de Jefatura de Distrito en una Comunidad Autónoma**

En la valoración de las características de los 19 puestos de Jefatura de Distrito de la Consejería de Medio Ambiente, todos ellos de nivel 26, la STS de 17 de diciembre de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 596/2005), no aprecia las notas de especial responsabilidad ni de carácter directivo que pudieran justificar el recurso al sistema de provisión por libre designación.

Teniendo en cuenta que los puestos en cuestión no habían sido objeto de cobertura definitiva con funcionarios de carrera pasados cuatro años de su creación, no cabe estimar –señala la Sala– especial responsabilidad en los mismos sino, más bien, cabe deducir que al otorgar dicha clasificación a las Jefaturas de Distrito se pretendió eludir los principios de mérito y

## X. Función Pública

capacidad en el acceso al empleo público, permitiendo que dichos puestos fuesen ocupados durante largo tiempo por personal interino que, además de poseer menos experiencia, no ha accedido a la función pública por la vía normal y, por ello, no ha demostrado mejor aptitud e idoneidad para el ejercicio de las funciones en cuestión.

Igualmente niega la Sala el carácter directivo de tales puestos, por la doble dependencia simultánea que presentaban respecto del Servicio Provincial de Montes y del Servicio Provincial de Defensa de la Naturaleza. Añadidamente, lejos de tener asignadas funciones de planificación, coordinación y control, los puestos en cuestión desarrollaban tareas ejecutivas derivadas de funciones directivas desarrolladas por otros órganos.

### **B) Potestad conferida al Ministro del Interior para, con carácter excepcional, denegar la adjudicación de un destino por necesidades del servicio en la Guardia Civil. Ejercicio justificado de esa potestad**

La SAN de 21 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta (recurso 164/2008), afirma la conformidad a Derecho de la resolución dictada por delegación del Ministro del Interior para no conferir, por necesidades del servicio, al interesado el destino que podía corresponderle en la misma comandancia de la que había sido cesado por diversos incidentes que habían propiciado la quiebra de la confianza de sus superiores. La resolución se había dictado en ejercicio de la facultad que reconoce la Ley 42/1999, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, al Ministro para “cuando las necesidades del servicio lo aconsejen con carácter excepcional, destinar, acordar el cese en un destino o denegar su adjudicación”.

La Sala afirma que esta facultad tiene un carácter excepcional en cuanto supone una alteración del régimen normal de provisión de puestos de trabajo, pero ello “no impide su procedencia cuando concurren causas suficientes que la justifiquen y el órgano judicial únicamente puede entrar en la comprobación de la existencia de la causa que se alega, así como en el dato de que la alegada sea en principio adecuada a la finalidad que se pretende extraer de ella, pero no puede entrar en la consideración de su suficiencia, es decir, no se puede variar el criterio de la autoridad administrativa respecto a la adecuación del funcionario para cubrir el destino que solicita por cuanto es ésta quien tiene la capacidad y conocimiento adecuado para determinarlo”.

En el presente caso, la especial situación existente consistente en que tan sólo unos meses antes a la provisión se hubiera procedido al cese del recurrente en la misma unidad, justifica la decisión, pues efectivamente no parece razonable ni acorde con las necesidades del servicio que se le otorgue destino en la misma comandancia en la que recientemente había sido cesado.

## **3. DERECHOS COLECTIVOS**

### **A) Derecho a la libertad sindical**

#### **a) La FEDECA tiene naturaleza de sindicato y, en consecuencia, es también titular del derecho fundamental consagrado en el artículo 28.1 de la Constitución**

La STC 152/2008, de 17 de noviembre, ha otorgado el amparo solicitado por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA). En

ella se resuelve la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la FEDECA. Se trata de discernir si el Laudo arbitral impugnado y la Sentencia de la Sala de lo Social que lo había corroborado han lesionado el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE) de la FEDECA. Ambas resoluciones le habían negado el carácter de sindicato al considerarla como una mera asociación profesional y, en consecuencia, habían anulado la candidatura que la FEDECA presentó a las correspondientes elecciones sindicales del Ministerio de Economía y Hacienda, impidiéndole así la defensa de los intereses económicos y sociales de los funcionarios públicos que representa. En otras palabras, se trata de examinar si el citado ente federativo es titular de ese derecho fundamental, pues, de ser así, habría sido excluido injustificadamente del proceso de elecciones a representantes del personal en la Administración demandada.

El TC otorga el amparo solicitado y proclama la naturaleza sindical de dicha Federación al reconocer que son precisamente los fines y medios de actuación los que distinguen al sindicato del resto de las agrupaciones de índole asociativa a las que la ley reconoce personalidad para actuar en el tráfico jurídico, fines y medios que son predicables de la FEDECA, cuya actuación resulta encaminada a la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los funcionarios pertenecientes a los distintos entes de base que la componen. Precisa además, que dicha Federación puede utilizar medios de acción sindical, singularmente constitución de secciones sindicales, nombramiento de delegados sindicales, negociación colectiva de las condiciones de trabajo, adopción de medidas de conflicto colectivo y, como es el caso, presentación de candidaturas en los procesos de elección de representantes del personal para velar por los intereses profesionales de sus representados ante la Administración pública por medio de delegados y de presencia en las juntas de personal.

A mayor abundamiento, entiende el TC que tampoco puede negarse a la entidad recurrente su derecho a la libertad sindical por la circunstancia de representar y defender únicamente los intereses profesionales de los funcionarios integrados en las asociaciones federadas, ya que no existe ningún impedimento constitucional o legal para constituir sindicatos en los que la afiliación atienda a las cualificaciones profesionales, especialidades laborales o profesionales de los trabajadores, siendo sus estatutos los que han de determinar su específico ámbito territorial y funcional de actuación [artículo 2.b) de la LOLS].

### **b) Garantía de indemnidad del liberado sindical y experiencia exigida en los concursos de méritos**

La STC 179/2008, de 22 de diciembre, al igual que realizara la STC 137/2008, de 27 de octubre, y de la que dimos cuenta en el anterior número de esta Revista, ha estimado el amparo solicitado por el funcionario recurrente. Los hechos traen causa en la Orden de la Consejería de presidencia de la Junta de Extremadura por la que se convocaba la provisión de puestos de trabajo vacantes del personal de la Junta por el procedimiento de concurso de méritos y en la que se reconocía como mérito específico la experiencia. La Administración regional, no obstante, no reconoció como experiencia el tiempo en que el funcionario permaneció en su condición de liberado sindical.

El TC ha apreciado la vulneración del artículo 28.1 de la CE, pues el recurrente ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional al no poder alegar como mérito, para su valoración en el

## X. Función Pública

concurso, el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas, por haberse considerado que la falta de prestación efectiva de servicios es incompatible con la experiencia exigida. Se le obliga, así, indirectamente, a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical ya que sólo reincorporándose a su puesto de trabajo podría optar a la aplicación de las bases de la convocatoria del concurso relativas a la evaluación de méritos del mismo modo que se aplican al resto de trabajadores.

### **c) No es constitucionalmente admisible denegar la legitimación procesal de los sindicatos en toda materia relativa a la organización de la Administración**

En la STC 4/2009, de 12 de enero, se discute sobre la legitimación procesal de los sindicatos para impugnar los Acuerdos funcionariales cuando se ven de lleno afectadas cuestiones relativas a las potestades de organización de la Administración. El Sindicato de Empleados Públicos (SIME) interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando la nulidad de determinados apartados del Acuerdo del Ayuntamiento de Cartagena sobre las condiciones de trabajo de sus funcionarios públicos. El recurso fue inadmitido por una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia por falta de legitimación, al considerar que ésta reside en la Junta de Personal cuando se ven afectados aspectos organizativos de la Administración.

El TC reconoce que puede oponerse al reconocimiento de la existencia de legitimación del sindicato 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. Ahora bien, el mero hecho de 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, 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”. Por lo tanto, concluye el Tribunal, no puede 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.

### **B) Negociación colectiva: El establecimiento de comisiones de seguimiento reservadas a los firmantes de un Acuerdo puede vulnerar el derecho a la libertad sindical de los sindicatos no firmantes, si tienen funciones reguladoras**

La STS de 5 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 8795/2004), se ha pronunciado sobre el papel que pueden tener las comisiones de seguimiento de los Acuerdos colectivos cuando en ellas se incorporan exclusivamente los sindicatos firmantes. Reconoce la Sala que el derecho de libertad sindical y participación en la negociación colectiva se vulnera con el establecimiento de comisiones cerradas reservadas a los firmantes del Convenio que niegan la intervención de los sindicatos, que, aun siendo más representativos en el sector, se han negado a firmar el Acuerdo en cuya negociación habían participado, si la negativa de participación en la futura negociación se refiere a comisiones

con funciones de regulación o modificación de condiciones de trabajo, no conectadas directamente con el contenido de lo pactado. Sí que resulta admisible, por el contrario, que se reserven a los firmantes del acuerdo los efectos de los derechos contractuales pactados, o el mero derecho a la información, consulta o participación en lo convenido.

En definitiva, pues, concluye la Sala que las cláusulas que restringen la participación en los órganos de seguimiento del Acuerdo a sus sindicatos firmantes están justificadas siempre que las funciones atribuidas a estos órganos se limiten a la aplicación y ejecución del convenio, o a la llamada administración del convenio, pero no son aceptables cuando comprendan facultades de regulación, o negociación, porque en tales casos están limitando ilícitamente el derecho de otras organizaciones a la negociación colectiva futura.

Esta argumentación lleva a la Sala a estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la STSJ que había declarado la nulidad de diversos preceptos del Acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración General de dicha Comunidad, a instancias del sindicato CCOO, que aunque había negociado el Acuerdo, se había negado finalmente a firmarlo. En concreto revoca la sentencia de instancia por haber declarado la nulidad de la Disposición Adicional Decimocuarta del acuerdo impugnado, en la medida en que ésta se había limitado meramente a recoger el compromiso de las partes firmantes del Acuerdo de negociar sobre la materia declarada nula e incorporar al Acuerdo el que se obtuviera en dicha materia. Para ello, la Sala aplica la línea jurisprudencial apuntada al respecto por la Sala de lo Social del TS, que distingue entre funciones que corresponden a la administración del convenio y aquéllas cuyo ejercicio implica una acción normativa típica, en la medida en que suponen una modificación de las condiciones de trabajo pactadas o el establecimiento de nuevas normas. De esta manera, aclara que una decisión tiene carácter normativo cuando introduce una ordenación general que, como tal, innova el conjunto de las reglas aplicables en el ámbito de la unidad negociadora, mientras que, por el contrario, es un mero acto de administración, cuando aplica una regla ya existente o simplemente prevé determinadas vías de negociación pero sin asunción de competencias normativas, tal como habría sucedido en el presente caso.

#### 4. DERECHOS RETRIBUTIVOS

##### A) Cuestiones generales

##### a) Un incremento retributivo superior al porcentaje previsto anualmente en la norma presupuestaria sólo es posible si se han producido adecuaciones retributivas imprescindibles en razón del contenido de los puestos de trabajo

La STS de 22 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 5484/2004), ha desestimado el recurso de casación presentado por el Ayuntamiento de Son Servera (de las Islas Baleares). El Abogado del Estado había impugnado el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprobaba su Relación de Puestos de Trabajo, al entender que las valoraciones aprobadas contravenían lo previsto en la Ley de Presupuestos Generales

## X. Función Pública

para ese año, que limitaba el incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas a un 2% respecto de las del año anterior en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación.

A raíz de ahí se discute si es posible que el Ayuntamiento, en virtud de sus potestades de autoorganización y de las modificaciones en sus relaciones de puestos de trabajo, introduzca cambios que se traduzcan en un incremento retributivo superior al previsto anualmente en la correspondiente Ley General de Presupuestos del Estado. En concreto, el Ayuntamiento alegaba que determinadas plazas que estaban dotadas en el presupuesto anterior para 8 meses, pasaron a serlo para 12 meses en el presupuesto de 2001 y otras que estaban dotadas en el presupuesto de 2000 a media jornada lo fueron a jornada entera en el de 2001.

La Sala de instancia anuló dicho Acuerdo. Reconoce que legalmente es posible superar los topes máximos salariales previstos anualmente, pero sólo cuando se produzcan adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados a éste. El Ayuntamiento, sin embargo y pese a haberse acogido a esta excepción, no identificó cuáles eran los concretos puestos de trabajo que experimentaron variación como consecuencia de esa nueva valoración. El TS desestima el recurso de casación que contra esta resolución presentó el Ayuntamiento y confirma, pues, la sentencia impugnada.

Con mayor claridad, incluso, se ha pronunciado la **STS de 16 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 5501/2004), que ha aclarado que una cosa es que la Administración venga obligada a la aprobación de la relación de puestos de trabajo, y otra bien distinta que al valorar dichos puestos y al fijar las retribuciones complementarias no deba observar el límite que, para el aumento del gasto anual, prevén las Leyes de Presupuestos. La elaboración de un catálogo de puestos de trabajo, aunque sea el primero que realiza el Ayuntamiento, no es una circunstancia excepcional y singular que pueda incardinarse en la excepción o singularidad contemplada en la norma anual presupuestaria para exceder del porcentaje máximo de crecimiento allí previsto.

### **b) El desempeño de un puesto de trabajo de superior nivel al formalmente asignado da derecho al cobro de los complementos objetivos correspondientes a dicho puesto**

Funcionarios del Cuerpo de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas de la demarcación de Carreteras de la Comunidad de Castilla y León interpusieron recurso contra la desestimación presunta por silencio administrativo de su solicitud de reconocimiento a la igualdad retributiva respecto de los puestos de nivel 24 y el abono de las diferencias retributivas por los conceptos de complemento de destino, complemento específico y complemento de productividad, en relación con otros compañeros funcionarios del mismo Cuerpo que tenían asignados a sus puestos de trabajo los citados niveles y percibían los complementos asignados a ellos, desempeñando idénticas funciones, de semejante dificultad técnica, dedicación, penosidad, peligrosidad y responsabilidad que los de los recurrentes. La Sentencia de instancia reconoció el derecho de los recurrentes al cobro de los complementos de destino y específicos por el desempeño de puestos de trabajo de superior nivel al puesto de trabajo formal y nominalmente asignado.

El Abogado del Estado interpuso un recurso de casación en interés de ley por considerar que la solución aportada en la Sentencia se traducía en una modificación de las relaciones de puestos de trabajo, que no habían sido impugnadas. La **STS de 15 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 18/2007), ha desestimado dicho recurso al entender que respecto del derecho al cobro de complemento de destino y específico reclamados por desempeño efectivo en el puesto de trabajo de funciones propias de otros de nivel superior, no se aprecia que las declaraciones de la Sentencia deban entenderse como de ineludible proyección de futuro y determinante de una variación de la inicial relación de puestos de trabajo definidora de los puestos comparados. Debe entenderse más bien como una respuesta positiva a una simple reclamación por diferencias retributivas, en razón a la falta de concordancia entre el trabajo efectivamente desempeñado por los solicitantes y las retribuciones complementarias percibidas durante su desempeño.

**B) Complemento de destino: No resulta admisible establecer complementos de destino diferentes para los puestos reservados a funcionarios de nuevo ingreso si existe identidad de funciones**

La **STS de 7 de noviembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 183/2004), ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Administración recurrente. Sucedió que en la Relación de Puestos de Trabajo había dos grupos de Inspectores de Trabajo, uno con el nivel 26 y otro con el nivel 27. Pues bien, tras valorar la Sentencia de instancia las pruebas incorporadas a la causa, llegó a la conclusión de que los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social adscritos a la Inspección Provincial donde estaba destinada la funcionaria recurrente, a pesar de tener esos diferentes niveles y de percibir distintos complementos retributivos, tenían asignadas iguales funciones, labores y competencias, cuantitativa y cualitativamente, así como el mismo sistema de objetivos.

La Sentencia estimó el recurso de la funcionaria recurrente argumentando fundamentalmente que no resulta admisible establecer complementos de destino diferentes para los puestos reservados a funcionarios de nuevo ingreso, considerando artificial la distinción entre los puestos de trabajo con idénticas funciones, pues si las funciones (competencias, complejidad de asuntos, carga de trabajo) son las mismas, no procede establecer diferentes complementos de destino. Esta resolución es confirmada por la STS mencionada al desestimar íntegramente el recurso de casación interpuesto por la Administración contra la mencionada Sentencia.

**C) Complemento específico**

**a) El complemento específico de mejora de convenio debe ser igual para todos los puestos de trabajo que realizan funciones similares**

En el presente recurso de casación en interés de ley se aborda en última instancia la cuestión relativa a la naturaleza del complemento específico de mejora de convenio y se proclama el derecho a la igualdad de retribuciones por el desempeño del mismo puesto de trabajo. Los

## X. Función Pública

hechos tienen su origen último en la Sentencia que resuelve el recurso contencioso-administrativo que se había dirigido contra la resolución del Ayuntamiento de Palamós por la que se había desestimado la reclamación del funcionario dirigida al cobro del mismo complemento específico de mejora de convenio establecido para otros puestos de trabajo idénticos al que cubría el demandante.

La representación del Ayuntamiento no discutió la identidad de los puestos de trabajo con los que se comparaba el demandante, explicando que la diferencia de las cantidades satisfechas en concepto de complemento específico de mejora de convenio se debe a que su finalidad no es la de retribuir el puesto de trabajo, sino la de incrementar las retribuciones del personal del Ayuntamiento en los ejercicios en los que el incremento del índice de precios al consumo es superior al incremento de retribuciones fijado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, a fin de compensar esa diferencia. Por ello, tratándose de un porcentaje que se aplica a la integridad de retribuciones del personal, puede variar entre quienes desempeñen el mismo puesto de trabajo si sus retribuciones son distintas por otros conceptos (antigüedad, productividad, gratificaciones especiales u otros).

La Sala de instancia declara que las normas y los pactos no pueden interpretarse en un sentido que conduzca a su ilegalidad, por lo que no puede aceptarse que la finalidad del complemento específico de mejora de convenio sea la compensación de la desviación entre el incremento de retribuciones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y el IPC, ya que en tal caso, la norma o pacto local que así lo estableciera sería nulo de pleno derecho por ilegal. A pesar de ello, no obstante, la Sala reconoció el derecho del funcionario recurrente a recibir el mismo complemento específico de mejora de convenio que los demás compañeros que desempeñaban el mismo puesto de trabajo. Todo ello, claro está, en aplicación del principio general que dispone que a igualdad de trabajo corresponde igualdad de salario.

El Ayuntamiento de Palamós, no obstante, interpuso un recurso de casación en interés de ley, solicitando que se declarara que “el principio de igualdad en la percepción del complemento específico del personal funcionario de la Administración Local, debe establecerse únicamente entre aquellos puestos de trabajo que tienen encomendadas idénticas funciones”. La STS de 19 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 22/2007), lo ha desestimado por entender que la Sentencia resuelve un supuesto individual, de escasa trascendencia económica y que, en consecuencia, no se da el requisito de carácter gravemente dañoso que requiere este tipo de recurso excepcional. A mayor abundamiento, la doctrina que solicitaba el Ayuntamiento que se declarara es genérica y en nada innova el ordenamiento.

### **b) Aun siendo iguales las características esenciales de dos puestos de trabajo, su diferente intensidad puede justificar la atribución de distintos complementos específicos**

La STS de 3 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 8590/2004), ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana. En este caso, el funcionario recurrente, Director de una Oficina de Empleo, había impugnado la Relación de Puestos de Trabajo, en la medida en que le atribuía un comple-

mento específico menor que el asignado al Director de la Oficina de Empleo de Valencia, cuando las funciones de todos ellos dentro del Servicio Valenciano de Formación y Empleo eran idénticas.

La Sala del TSJ de Valencia estimó el recurso del funcionario recurrente porque se acreditó que las funciones que realizaban ambos directores eran exactamente las mismas. Ahora bien, al hilo de dicha argumentación, vino a reconocer, tal como ahora confirma en esta sentencia el TS, que la identidad de Grupo, de nivel de clasificación y de contenido funcional de unos puestos de trabajo no conlleva necesariamente la equiparación de los complementos específicos cuando medien diferencias de intensidad en las características de los respectivos cometidos. La identidad de las características esenciales de varios puestos de trabajo, efectivamente, no significa que deban tener el mismo tratamiento retributivo, pues en virtud de diferencias de intensidad de esas características puede estar justificado atribuirles distintos complementos específicos, toda vez que la Relación de Puestos de Trabajo no agota la descripción del contenido de cada uno de ellos sino que se limita a reflejar sus características esenciales. De este modo, es posible diferenciar retributivamente puestos con idénticas características esenciales si se fundamenta ese distinto régimen en la existencia de elementos singulares en alguno o algunos.

#### **D) Indemnizaciones por razón del servicio: Los médicos de la Administración penitenciaria no tienen derecho al reintegro de sus cuotas colegiales**

La STC 7/2009, de 12 de enero, ha desestimado el recurso de amparo presentado por un médico de Instituciones Penitenciarias contra la resolución administrativa por la que se desestimaba su solicitud de reintegro de las cuotas médicas colegiales abonadas por el recurrente. El funcionario prestaba sus servicios en exclusividad para la Administración penitenciaria y había solicitado el reintegro de las cuotas de colegiación, al igual que se había sido reconocido a los médicos inspectores del INSALUD. El recurrente adujo la infracción del artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por falta de reintegro de las cuotas abonadas al Colegio de Médicos por parte de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a pesar de trabajar en exclusiva para esta Administración. A su juicio, ello suponía la lesión de su derecho fundamental a la igualdad en relación con los médicos del INSALUD, a quienes se les había reconocido el derecho de reintegro de las cuotas colegiales abonadas.

La Sentencia, no obstante, deniega el amparo al considerar que “la igualdad en la aplicación de la ley en el seno de la Administración solamente es predicable de las decisiones que tengan su origen en un mismo órgano o Entidad. La Administración pública ejerce sus funciones a través de una pluralidad de entes dotados de personalidad jurídica y de autonomía de dirección y gestión, lo que obliga a entender que el principio de igualdad en la aplicación de la ley haya de limitar sus efectos a las resoluciones adoptadas dentro de un mismo ámbito de organización y dirección y en virtud de un mismo poder de decisión”. A partir de esta argumentación deduce que las resoluciones del INSALUD sólo pueden compararse con las que procedan de esa misma entidad. No existe, pues, la pretendida identidad de supuestos de hecho que se exige para reconocer la aducida lesión del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley, en la medida en que no estamos en ambos casos ante profesionales

## X. Función Pública

médicos que pertenezcan al mismo cuerpo de funcionarios, sino a cuerpos de funcionarios con distinto régimen jurídico.

### 5. REHABILITACIÓN DE FUNCIONARIOS

#### **A) Procede la rehabilitación del funcionario en casos de ausencia de daños especialmente graves derivados del delito cometido. Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias**

La STS de 16 de diciembre de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 451/2006), reconoce el derecho del recurrente a la rehabilitación y al reintegro en el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, después que fue condenado a pena de ocho años de inhabilitación, consistente en la pérdida del cargo de funcionario de Instituciones Penitenciarias y en la imposibilidad de obtener cualesquiera otros cargos o empleos públicos que impliquen funciones de vigilancia, custodia o conducción de presos o detenidos, por haber concedido a un interno un permiso que no le correspondía.

La STS de 16 de diciembre de 2008 no aprecia que la conducta del funcionario produjese un daño especialmente grave, toda vez que el recluso regresó al centro penitenciario una vez cumplido el permiso. Teniendo en cuenta que existen informes favorables de la Guardia Civil y de la Policía Local sobre la conducta posterior del funcionario y que han transcurrido más de quince años desde la comisión del delito, de conformidad con el artículo 6 del RD 2669/1998, la Sala no aprecia circunstancias objetivas que hagan prever que la rehabilitación del recurrente pueda suponer un peligro para el normal ejercicio de la función pública.

#### **B) Denegación de la solicitud de rehabilitación por la gravedad del delito y su relación con el desempeño del cargo funcional. Cuerpo Nacional de Policía**

Respecto de la solicitud de rehabilitación de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía condenado, como autor de un delito de torturas, a seis años y un día de inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público en el ámbito de la Policía, la STS de 17 de diciembre de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 23/2006), recuerda que las solicitudes de rehabilitación deben resolverse tras valorar si la incapacidad para ser funcionario derivada de la condena penal resulta excesiva en algunos casos, si los hechos no revisten especial gravedad y el delito penado no ha causado grave perjuicio para el servicio. En el caso de autos la aplicación de los criterios del artículo 6 del RD 2669/1998 lleva al Tribunal Supremo a concluir sobre la improcedencia de la rehabilitación solicitada, por la indudable gravedad del delito cometido y por la clara conexión de la conducta con el desempeño del cargo funcional.

#### **C) Solicitud de rehabilitación estimada por silencio. Cuerpo Nacional de Policía**

De conformidad con las reglas generales del silencio administrativo (artículos 42 y 43 de la LRJPAC), deben entenderse estimadas las solicitudes de rehabilitación de funcionarios inha-

bilitados por condena penal que no sean resueltas y notificadas dentro del plazo de 6 meses establecido al efecto por el artículo 7 del RD 2669/1998.

Así lo declara la STS de 17 de diciembre de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 20/2006), al juzgar el caso de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que fue condenado a la pena de seis años y un día para el ejercicio de cualquier cargo en el ámbito de la Policía pues, si bien la resolución desestimatoria de la solicitud de rehabilitación presentada por dicho funcionario fue dictada dentro del plazo establecido, ésta fue notificada cuando ya había expirado dicho plazo.

#### **6. INCOMPATIBILIDADES. LA COMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA CON EL DESEMPEÑO DE PUESTOS EN LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEPENDE DEL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DEL HORARIO DEL PUESTO Y DE QUE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA NO COMPROMETA LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES**

La STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 715/2005), afirma que la compatibilidad del ejercicio de la abogacía con el desempeño de puestos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no es ni plena ni absoluta. De acuerdo con los artículos 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1984 así como con el artículo 8 del RD 517/1986, sólo lo será si no impide o menoscaba el estricto cumplimiento de sus deberes, es decir, si se ejerce “con escrupuloso respeto al horario asignado al puesto de trabajo” y siempre que no comprometa la “imparcialidad o independencia” en su desarrollo, lo que implica que no se puede actuar como abogado en asuntos relacionados o que se refieran a las actividades que desarrollen estos Cuerpos.

#### **7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. LA JUBILACIÓN DE LOS FACULTATIVOS DEL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA SE RIGE POR LA NORMATIVA ESPECÍFICA DE ESTE CUERPO SIN QUE SEA APLICABLE LA LEY DE CLASES PASIVAS**

La STS de 10 de noviembre de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 5103/2004), resuelve la cuestión de si un facultativo del Cuerpo Nacional de Policía ha de jubilarse necesariamente a los 65 años al hallarse sujeto a la normativa específica de este cuerpo o si, dada la condición de médico, tiene derecho a prolongar su jubilación hasta los 70 años. La recurrente había aducido que, al ser facultativo del Cuerpo Nacional de Policía, le correspondía la jubilación forzosa a los 70 años y no a los 65, puesto que debía aplicarse la regla general de la Ley de Clases Pasivas y no la específica del Cuerpo Nacional de Policía, que responde a la mayor exigencia de desgaste físico y psicológico de los miembros de los Cuerpos propiamente policiales respecto a los facultativos. La Sala afirma al respecto que “reconociendo (...) la razón del recurrente cuando invoca el menor desgaste físico de los facultativos o médicos con

## X. Función Pública

respecto a los demás miembros de los Cuerpos de Seguridad, que desarrollan las funciones o tareas que podríamos denominar “típicas” o definitivas de tales Policías Nacionales” y que “hubieran justificado un trato desigual”, sin embargo, lo cierto es que estos motivos no han dado lugar a un régimen singular en la actual legislación. Y ello no convierte al estatuto jurídico de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en inconstitucional por ser contrario al artículo 14 o 35 de la Constitución “pues es evidente que quien decide ingresar en un determinado Cuerpo como el de Policía, con una determinada edad de jubilación, es tratado por igual, en relación a los funcionarios de dicho Cuerpo, sin que se produzca una desigualdad contraria al artículo 14 de la Constitución, porque el legislador prevea para otros funcionarios distinta edad de jubilación, que puede obedecer a diversos criterios, igualmente legítimos” y, en consecuencia, no aprecia “motivo para plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional”.

BELÉN MARINA JALVO

EVA DESDENTADO DAROCA

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN



**XI. URBANISMO****Sumario:**

- 1. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Anulación de licencias de edificación por falta de cobertura legal en el Plan Urbanístico. **2. Protección de la legalidad urbanística.** A) Suspensión cautelar de la licencia de obras concedida. B) Obras sin licencia. C) Orden de demolición de obras realizadas al margen de la licencia municipal otorgada.

**1. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO****A) Anulación de licencias de edificación por falta de cobertura legal en el Plan Urbanístico**

El Tribunal Supremo, en su STS de 20 de noviembre de 2007, Ar. 1641, confirma en casación la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había estimado el recurso deducido por la Junta de Andalucía contra la Resolución del Ayuntamiento de Marbella por la que se había concedido a una entidad empresarial una licencia de obras.

La razón por la que la Sala de instancia, primero, y el alto Tribunal, más adelante, fallan sobre la nulidad de dicho acto administrativo es que éste había sido otorgado al amparo de un convenio urbanístico pactado en el seno de un Plan General de Ordenación Urbana de 1986, de la ciudad de Marbella, que había sido declarado ineficaz por falta de publicación. Se priva, por tanto, de cobertura legal a la licencia impugnada, haciéndola contraria al Ordenamiento jurídico y, como tal, se anula.

**2. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA****A) Suspensión cautelar de la licencia de obras concedida**

La STS de 10 de septiembre de 2007, Ar. 5332, confirma la suspensión cautelar de un buen número de licencias urbanísticas otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella a la entidad mercantil APEX 2000. La medida cautelar había sido solicitada a la Sala del Tribunal a quo por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Tribunal Supremo, acudiendo a una adecuada ponderación de los intereses en presencia, y siguiendo la doctrina manifestada, entre otras, en las Sentencias de 24 de enero, 13 de abril

10 de julio de 2007, declara que “mientras que el posible perjuicio por la demora en construir para la titular de la licencia de obras resulta fácilmente reparable mediante una congrua indemnización en el caso de que la acción ejercitada por la Administración de la Comunidad Autónoma fuese desestimada, tal reparabilidad no resulta predicable de los perjuicios derivables de la edificación llevada a cabo al amparo de una licencia declarada ilegal, puesto que, además de ser imposible reponer el suelo a su estado primitivo, supondría cuantiosas indemnizaciones a cargo del propio Ayuntamiento, que concedió indebidamente la licencia, para reparar todos los posibles perjuicios causados por las demoliciones, siendo más lógico evitar que se construya cuando existe riesgo de demolición, aunque haya que indemnizar a los titulares de la licencia por la demora si hubiese derecho a edificar, que permitir que se construya cuando la indemnización a pagar a aquéllos y sucesivos adquirentes, si hubiese que derruir, sería mucho mayor por haberse concedido ilegalmente la licencia (...)”, lo que a su juicio legitima la decisión de la Sala de instancia.

Por otra parte, en cuanto a la facultad que asiste a la Comunidad Autónoma de solicitar la suspensión de las autorizaciones administrativas, el Tribunal manifiesta que con dicha actuación la Comunidad no trata de proteger intereses supralocales, sino que trata de conseguir que se respete la legalidad urbanística, lo que constituye también una potestad y un deber que sobre ella pesa.

### **B) Obras sin licencia**

La **STS de 4 de enero de 2008**, Ar. 676, confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que había desestimado el deducido por la entidad Unión Eléctrica de Canarias I SAU, contra una resolución del Ayuntamiento de Adeje por la que se ordenó el restablecimiento de la legalidad urbanística y la inmediata suspensión de las obras de la línea de alta tensión que discurre entre la central de Granadilla y la subestación de Isora.

El motivo del acuerdo municipal por el que se ordenó la suspensión de las obras y la restauración de la legalidad urbanística es proceder a la ejecución de una sentencia que había anulado la licencia inicialmente concedida, considerándola ilegal.

Por su parte, la **STS de 20 de marzo de 2008**, Ar. 1761, considera que el depósito de materiales de construcción en una zona destinada por el plan urbanístico a área libre, pretendidamente amparado en una concesión administrativa, es una actividad de utilización del suelo realizada al margen de las determinaciones urbanísticas y prescindiendo de la autorización necesaria, por lo que, al objeto de restaurar el orden urbanístico de esta forma alterado, y sin pronunciarse sobre la concesión administrativa para la utilización del dominio público otorgada, la Sala ordena su cese, confirmando con ello el pronunciamiento de la Sala de instancia.

### **C) Orden de demolición de obras realizadas al margen de la licencia municipal otorgada**

El Tribunal Supremo, en su **STS de 24 de julio de 2008**, Ar. 3462, considera que no existen motivos para casar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había decla-

## XI. Urbanismo

rado ajustada a Derecho la resolución de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, por la que se decretó la demolición de edificaciones realizadas al margen de la licencia municipal otorgada en suelo clasificado como no urbanizable de primera categoría, ya que se acreditó que la demolición decretada no comprende la totalidad de las obras realizadas en la finca, sino sólo las realizadas al margen de la licencia, tampoco se había omitido el preceptivo trámite de audiencia y no había transcurrido el plazo de cuatro años en el que es posible adoptar dichas medidas de restauración de la legalidad urbanística.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS



**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Bienes locales.** A) Enajenación de bienes. Permuta de bienes municipales por cosa futura. B) Enajenación del patrimonio local. Legitimación de los concejales para recurrir actos de enajenación de sociedades municipales. C) Enajenación del patrimonio local. Requisitos exigidos para la enajenación de bienes pertenecientes a las sociedades municipales. D) Enajenación del patrimonio local. Diferenciación entre convenios interadministrativos de colaboración y permutas de bienes entre Administraciones públicas. E) Régimen de protección de las Entidades locales. Condiciones para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio. F) Régimen de protección de las Entidades locales. Protección de los bienes en los que no ha existido usurpación. **2. Aguas continentales.** A) Aprovechamientos hidroeléctricos: indemnizabilidad. Impugnación del Decreto 94/1999, de 6 de abril, de la Generalitat de Cataluña, de adopción de medidas excepcionales en relación con la utilización de recursos hidráulicos en situaciones excepcionales de sequía. B) Deslinde de Dominio Público Hidráulico: naturaleza jurídica de la figura y consecuencias del carácter declarativo y no constitutivo de los procedimientos de deslinde. C) Trasvase Tajo-Segura. Acuerdos de la Comisión Central de Explotación: Falta de justificación por el Sindicato General de Regantes del interés legítimo que le asiste respecto de los caudales, que, según alega, se otorgaron en exceso para usos de abastecimiento. D) Anulación del Decreto de Sequía del Estado de 2005. Impugnación por omisión formal del trámite del informe preceptivo de las Juntas de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas. **3. Aguas marítimas.** A) Cabe recuperación de oficio del demanio indebidamente ocupado. B) Deslinde del dominio público costero. a) Su finalidad es declarar demanio marítimo lo que lo es por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo. b) El procedimiento de deslinde caduca transcurridos veinticuatro meses desde su incoación. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. a) La Administración del Estado debe informar de los Estudios de Detalle que afecten a la zona de servidumbre de protección. b) No caben edificaciones en zona de servidumbre de protección. 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. D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre. a) Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley de Costas: la inscripción registral de terrenos demaniales al amparo de la normativa anterior da derecho a obtener una concesión compensatoria por un plazo máximo de treinta años.

b) Las concesiones de uso del demanio costero no pueden transmitirse *inter vivos*.

c) El vencimiento del plazo concesional permite considerar extinguido el derecho de uso demanial, sin necesidad de más trámites. E) Puertos. a) No caben instalaciones destinadas al alojamiento en la zona de servicio de los puertos. b) Es acorde con el ordenamiento jurídico el cálculo del canon por ocupación en función del valor del demanio portuario tasado conforme al precio medio de diversos polígonos de referencia. F) Pesca y cultivos marinos. a) Las Comunidades Autónomas detentan competencias exclusivas en relación con el marisqueo. b) Las ayudas a la construcción de un buque pesquero deben solicitarse a la Comunidad Autónoma en la que se sitúe su puerto base. c) Subvenciones a la actividad pesquera: diversas cuestiones. d) La Capitanía marítima es responsable por no adoptar las medidas precisas para evitar que zarpe un buque retenido por embargo. e) Infracciones en materia de pesca: captura de especies sin tallaje mínimo y falta de preaviso de llegada a puerto. G) Salvamento marítimo: sólo quienes presten efectivamente servicios de salvamento tienen derecho al premio económico. **4. Carreteras y caminos.** A) Los terrenos expropiados para ejecutar sistemas generales, previstos en el artículo 25 del Reglamento de Planeamiento, han de valorarse como terrenos urbanizables cuando de vías interurbanas se trata, siempre que el suelo ocupado para su construcción aparezca integrado en la red viaria municipal o prevista en el planeamiento local correspondiente, pues dichos sistemas generales sirven para crear ciudad e integran la “malla urbana”, lo que no ocurre en el caso de vías de comunicación interurbanas. Por ejemplo: la M-45 ha de considerarse una infraestructura que contribuye a crear ciudad. B) Supuestos en los que puede no considerarse nulo un anteproyecto de carreteras en el que se prevea una alternativa de trazado distinta a la seleccionada en el estudio informativo definitivamente aprobado.

**5. Minas.** A) La prórroga automática de los permisos de investigación que prevé la legislación minera para el supuesto de que su titular solicite, dentro del plazo de vigencia de los mismos, una concesión de explotación, finaliza con la resolución administrativa que estima o desestima lo solicitado, y, *a priori*, no comprende el tiempo que dure la

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

resolución del eventual recurso jurisdiccional interpuesto contra la desestimación de la concesión. B) Concesión de demasías mineras en terrenos francos que circundan concesiones de explotación. Alcance de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Séptima y en el artículo 38 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas. C) Las concesiones de explotación minera correspondientes a recursos de la sección C) no atribuyen derechos sobre terrenos sino exclusivamente sobre los yacimientos y minerales de un subsuelo, por ello el titular de las concesiones no ostenta de modo automático derecho alguno sobre la superficie de los terrenos. Supuestos en que podría entrar en juego el derecho de adquisición preferente de los terrenos en los que se localiza una concesión minera a favor de su titular.

**6. Patrimonio histórico.** A) La característica común a todos los bienes que obtengan la declaración de Bien de Interés Cultural (BIC) es el valor cultural que poseen y del que le dotan sus características intrínsecas y los valores de esa naturaleza que les son propios y están previstos en las normas, por eso tal declaración ha de hacerse de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico, no pudiendo declararse como tal un bien que no encaje en una categoría de las que pueda establecer la norma aplicable en cada caso. B) Alcance de las competencias que una Comunidad Autónoma puede tener asumidas en materia de patrimonio histórico para declarar un Bien como de Interés Cultural (BIC) cuando éste está adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado. Análisis del artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio-Histórico Español.

**7. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Aguas continentales: Canon de regulación y tarifa de utilización del agua. a) Imposición y ordenación. b) Elementos de identificación de los tributos. c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa. d) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación. e) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras. B) Minas: canon de superficie de minas. C) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

### 1. BIENES LOCALES

#### A) Enajenación de bienes. Permuta de bienes municipales por cosa futura

En la STSJ de la Comunidad Valenciana 1742/2007, de 14 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, no se admite la permuta de un bien municipal

por cosa futura en la medida en que no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, tal y como se interpreta por la jurisprudencia que se cita en la Sentencia y ha sido expuesta en números anteriores de esta Revista. La relevancia de esta Sentencia reside en que, al interpretar el cumplimiento de las diversas condiciones exigidas por la normativa, tiene en cuenta no sólo las circunstancias referidas al caso enjuiciado, sino también el hecho de que el Ayuntamiento había utilizado en numerosas ocasiones la permuta por cosa futura, por lo que entiende que dichas condiciones no se dan, al tener presente el uso reiterado de dicha modalidad contractual por el Ayuntamiento. En concreto, el Tribunal afirma en la Sentencia citada que tiene 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.

### **B) Enajenación del patrimonio local. Legitimación de los concejales para recurrir actos de enajenación de sociedades municipales**

En la STSJ de Castilla y León (Valladolid), 177/2008, de 25 de enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, se pronuncia sobre la validez de una venta realizada por una sociedad municipal y sobre la legitimación para interponer un recurso contra la misma de un concejal de un Ayuntamiento.

En relación con la legitimación para interponer recursos, la STSJ comentada considera legitimados a los concejales para recurrir los actos de acuerdo con la doctrina del TC contenida en las SSTC de 3 de abril de 2006 y 18 de octubre de 2004, dado que no se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los municipios el artículo 25.1 de la Ley reguladora de las bases del régimen local de 1985.

Para la STSJ comentada, esta legitimación perdura durante la tramitación del recurso y aunque hubiese perdido la condición de concejal una vez presentado mientras se tramitaba el recurso. En concreto, en la citada STSJ se afirma que la legitimación *ex lege* de los concejales de un Ayuntamiento no responde a un interés propio o particular sino por razón del mandato representativo recibido de sus electores en orden al control del correcto funcionamiento de la Corporación local, debiendo significarse:

a) Que lo decisivo, en aplicación del principio de *perpetuatio legitimationis*, es que al tiempo de adoptarse el acto o acuerdo objeto de impugnación la parte recurrente ostente la cualidad de concejal del Ayuntamiento en cuestión, aunque, por mor de la potencial renovación de sus miembros secuenta al periódico proceso electoral, hubiesen perdido tal condición con posterioridad, lo que en la tesis de la demandante supondría el archivo automático del proceso por pérdida sobrevenida del interés legítimo, tesis que no cabe acoger pues sería tanto como

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

vaciar de efectividad el control de legalidad a que la descrita legitimación responde y ello en función de circunstancias temporales tan inciertas como las relativas al momento de disolución de la Corporación y convocatoria de elecciones o a la duración de los procesos judiciales, y en este sentido se ha pronunciado esta Sala, Sección Primera, en la Sentencia de 10 de abril de 2007, señalando que “a esa excepción procesal habrá que replicar diciendo que el interés que define la legitimación de la demandante es análogo al que explica la legitimación especial de aquel artículo 63 de la Ley 7/1985, pues la actividad recurrida ha sido generada por una entidad instrumental del Ayuntamiento en el cual la expresada litigante y al momento de interponer el actual recurso tenía la condición de concejal, sin que por otro lado formara parte del consejo de administración de la sociedad anónima de titularidad única municipal.

La pérdida de esa condición con posterioridad a la constitución de la relación jurídico-procesal no es un óbice para la viabilidad de la acción y ello porque tiene incidencia el principio denominado *perpetuatio legitimationis* sancionado reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; citando a título de ejemplo la Sentencia de la Sección Séptima de 1 de diciembre de 2003 y las resoluciones que en la misma son objeto de mención, decisoria aquélla del recurso de casación 5826/2000”.

b) Que en cualquier caso la legitimación *ex lege* de los concejales no es absoluta sino en conexión con la finalidad de control de la legalidad o conformidad al ordenamiento jurídico de la actuación de la Administración de la que precisamente forman parte, cuestión que nos llevará a examinar la naturaleza de los acuerdos impugnados.

La legitimación para interponer recursos contencioso-administrativos que admite la STSJ comentada se refiere tanto a los formulados contra actos administrativos del municipio como contra los de enajenación acordados por las sociedades municipales de capital íntegro local. Ello obedece a que, como dice la STSJ citada, es posible sostener que tales actuaciones son materialmente administrativas, ya que se producen por una sociedad instrumental participada únicamente por el Ayuntamiento, presenta unas connotaciones públicas claras y en su elaboración el propio agente productor siguió las pautas normativas contenidas en la legislación administrativa sobre contratación contenidas en su Disposición Adicional Sexta; así se trata de un procedimiento licitatorio de carácter público, en que se aplican normas de Derecho administrativo sobre licitación, los principios de publicidad y concurrencia, objeto de fiscalización por la jurisdicción contenciosa.

### **C) Enajenación del patrimonio local. Requisitos exigidos para la enajenación de bienes pertenecientes a las sociedades municipales**

En la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 177/2008, de 25 de enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, se pronuncia sobre los requisitos exigidos para la enajenación de bienes de titularidad de las sociedades municipales. La STSJ considera inaplicables todos aquellos preceptos contenidos en la legislación de régimen local sobre enajenación de bienes de propiedad directamente de las Entidades locales, dado que se está en presencia de una propiedad de una sociedad municipal.

En cambio, la STSJ considera que deben tenerse en cuenta el artículo 2 y la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas de 2000. Según el artículo

2, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público. Requisitos que cumplía la sociedad a la que se refiere la STSJ.

No obstante, aunque desde el punto de vista subjetivo la sociedad sobre la que se pronuncia la Sentencia quedaría dentro de las mencionadas en el artículo 2 y, por tanto, resultan aplicables las disposiciones que se citan, desde un punto de vista objetivo no podrían aplicarse, puesto que se trata de un contrato de enajenación de bienes excluido de la Ley de Contratos. En consecuencia, sería aplicable el régimen menos intenso de la Disposición Adicional Sexta y que exige que la actividad contractual se sujete a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Principios cuyo cumplimiento es examinado en la STSJ comentada.

En relación con el principio de publicidad, la STSJ considera que no se cumple mediante la publicación de dos escuetos anuncios de prensa en la prensa local, sino que como se indica en la Ley de Contratos debería haberse anunciado en los Boletines oficiales correspondientes. Y ello por la conveniencia de que los pliegos rectores de una determinada contratación deban ser conocidos por entidades colectivas que actúan en un ámbito superior al de la provincia (tales como Colegios Profesionales o Cámaras de Contratistas) quienes en tal condición y cumpliendo su cometido de defensa de los derechos de sus afiliados o asociados potencialmente interesados en una licitación –considerados éstos como un conjunto– pueden discutir la legalidad de los referidos pliegos ante este orden jurisdiccional; pues bien, ese nivel de conocimiento quedará satisfecho y garantizado con una publicidad en el grado que ya queda expuesto, esto es, con un ámbito de difusión más amplio que el provincial o el local.

Si no se cumple el principio de publicidad, tampoco el de concurrencia. Como se afirma en la STSJ citada, la efectividad de la libre concurrencia está estrechamente vinculada con el principio de publicidad, ya que ésta es un instrumento formal que garantiza la efectiva existencia en cada caso concreto de la concurrencia: sin la difusión pública será muy difícil o será casi imposible que los licitadores potenciales o los interesados en una determinada contratación puedan concurrir a ésta, ya que desconocerán su existencia. De conformidad con ese planteamiento, si los pliegos no han podido ser conocidos *a priori* por quienes puedan estar interesados en la contratación, pues su difusión fue reducida o en un ámbito relativamente pequeño, el nivel de participación y de competencia quedará aminorado pues el acceso de potenciales licitadores ha quedado circunscrito a un ámbito provincial.

#### **D) Enajenación del patrimonio local. Diferenciación entre convenios interadministrativos de colaboración y permutas de bienes entre Administraciones públicas**

En la legislación de régimen local permite tanto la permuta de bienes entre Entidades locales como los convenios interadministrativos. En la STSJ de Madrid 1553/2007, de 27 de sep-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

tiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, se plantea la necesidad de diferenciar ambos supuestos en un caso en el que se firma un protocolo entre el Estado y un Ayuntamiento en el que, entre otras cuestiones, se acuerda la cesión entre ambos bienes. Para ello tiene en cuenta la existencia de una cesión de bienes, pero también la existencia de finalidades públicas de las Administraciones intervinientes.

En particular, en la citada Sentencia se dice que la cuestión que se suscita en los presentes autos es, por tanto, determinar la naturaleza jurídica de lo acordado entre la Administración del Estado y el Ayuntamiento. Así, la permuta de bienes está definida con carácter general en el artículo 1538 del Código Civil, al preceptuar que “la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”, este precepto resulta aplicable al ámbito administrativo en virtud de la cláusula de supletoriedad establecida en el citado texto legal. De esta forma, debemos analizar si lo acordado entre la Administración del Estado y el Ayuntamiento goza de este carácter contractual.

En primer lugar, de la lectura del acuerdo se desprende que la intención de las partes no es la de simple intercambio de bienes, sino dar una satisfacción adecuada a carencias institucionales y administrativas, de las que adolecen las dos Administraciones firmantes, en orden a la prestación de los servicios públicos que tienen encomendados. Tal intención se ve reforzada por el carácter modal de la cesión que está condicionado a que ambas Administraciones destinen los bienes cedidos para la finalidad específica para la que se ceden, esto es, para que sirvan de sede a distintos órganos de ambas Administraciones.

En segundo lugar, lo acordado por las partes no es un simple intercambio de bienes, pues el Ayuntamiento se compromete a autorizar a una Sociedad estatal el uso gratuito e indefinido, en el edificio cedido, de los espacios designados en el plano que se adjuntaban como anexo núm. 3 de la Addenda, que suman 2.886 m<sup>2</sup>, con destino al uso de esa Sociedad estatal, cesión que no encaja en el concepto jurídico de permuta ni en el de arrendamiento.

De todo ello se deduce que el instrumento jurídico elegido por la Administración del Estado y el Ayuntamiento, un convenio interadministrativo, aparece como adecuado.

### **E) Régimen de protección de las Entidades locales.**

#### **Condiciones para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio**

En la STSJ de Asturias 882/2008, de 18 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se considera correcto el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio de unos bienes, dada la prueba practicada en relación con éste. La validez de la actuación local se fundamenta en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación local, tal y como se interpreta por la jurisprudencia del TS que cita y resume. En particular, se considera que los requisitos para el ejercicio legítimo de esta facultad han sido precisados por la jurisprudencia y pueden resumirse de la siguiente forma:

a) Constituye no sólo un derecho, sino un deber, la conservación de sus bienes y, en caso de usurpación, de recuperarla (SSTS de 23 de septiembre de 1980, 13 de abril de 1981, 12 de febrero de 1986 y otras muchas).

- b) La potestad recuperatoria, cuando se trate de bienes de dominio público puede ser ejercitada en cualquier tiempo (SSTS de 3 de junio de 1980, 8 de junio de 1981, 15 de junio de 1982, 31 de octubre de 1985 y otras), por lo que no cabría alegar prescripción en dicho caso.
- c) El ejercicio de esta facultad-deber no está sujeta a la prueba del dominio por parte de la Administración, siendo suficiente la prueba de un uso público, y que éste haya sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria, siendo de señalar que, si bien en una primera etapa, la jurisprudencia venía exigiendo “una prueba plena y acabada” sobre la naturaleza demanial del bien y su uso público (SSTS de 24 de septiembre de 1982 y 3 de mayo de 1985, entre otras muchas), posteriormente sólo exige la existencia de “una prueba” sobre tales extremos, sin precisar su grado de convicción (SSTS de 13 de julio de 1983 y 12 de abril de 1984, citadas *ad exemplum*) y, en ocasiones, precisa dicho Alto Tribunal que no existen razones para exigir que dicha prueba tenga que ser exhaustiva, considerando suficiente una información acreditativa del hecho posesorio y de la realidad de la usurpación (SSTS de 15 de junio de 1982, 16 de diciembre de 1985, 31 de julio de 1986, 21 de mayo, 30 de junio de 1986, y otras varias), precisando, también, que la potestad recuperatoria no puede ejercitarse cuando existan dudas sobre la usurpación del bien demanial, o imprecisión o vaguedad en su ámbito físico, porque, en tal caso, excedería de la naturaleza estrictamente posesoria, convirtiéndose en un acto de definición de la propiedad, para la que la Administración carece de competencia, por corresponder a la jurisdicción ordinaria, según disponen el artículo 2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (entonces en vigor), y los artículos 9.2 y 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS de 30 de mayo de 1983, 12 de abril de 1984, 29 de enero de 1985 y 10 de junio de 1988, y otras muchas del mismo signo).

De forma similar a la STSJ que se acaba de comentar se pronuncia en relación con los requisitos exigidos para ejercitar la potestad de recuperación de oficio la **STSJ de Castilla y León (Burgos) 430/2008, de 5 septiembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera**. En particular, en la mencionada Sentencia se desestima la recuperación de un camino de la que se desconoce con certeza quién es su titular y si existe uso público. Ante esta falta de datos se rechaza que pueda ejercitar la potestad de recuperación de oficio por incumplir las condiciones exigidas en la legislación de régimen local, tal y como se interpreta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita. Por todas, en la STSJ indicada se transcribe parte de la STS de 14 de mayo de 2002, en la que se señalan las condiciones exigidas para ejercer esa facultad recuperatoria por parte de la Administración Local. En concreto, en la STS transcrita se dice que la primera de las condiciones es, justamente, que el bien objeto de la recuperación no sólo esté previamente identificado sino que haya venido siendo poseído, de hecho, por la Administración municipal en circunstancias tales que resulte acreditado su previo uso público, esto es, su afectación real al concreto destino que justifica la inclusión de dicho bien en el dominio público. La segunda, que es propia de cualquier interdicto, consiste en la existencia de una perturbación de la posesión por parte de terceras personas. Y la tercera condición es seguir el procedimiento previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986.

Además, en la STSJ de Castilla y León comentada se cita jurisprudencia del TS relativa a la necesidad de probar la posesión previa y los términos en que debe hacerse. Así, se menciona

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

la STS de 3 de marzo de 2004, en la que se afirma que para el ejercicio legítimo de esta prerrogativa basta con la constancia de la condición de demanial del bien que la Administración local trata de recuperar de oficio, sin necesidad de que aquélla 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 del 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 de la LJCA de 1998].

Al margen de las dos SSTSJ que se acaban de comentar también se han pronunciado en términos similares sobre los requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 421/2008, de 25 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera; la STSJ de Castilla y León (Burgos) 43/2008, de 25 de enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera; la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 5 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 1048/2002); la STSJ de Andalucía (Málaga) 362/2007, de 23 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera; la STSJ de Aragón 180/2007, de 30 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, y la STSJ de Canarias 243/2007, de 2 de octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda.

### F) Régimen de protección de las Entidades locales.

#### Protección de los bienes en los que no ha existido usurpación

Para que pueda ejercitarse la potestad de recuperación de oficio es preciso que los bienes hayan sido usurpados. De ahí que no sea aplicable la citada potestad cuando el particular realice actos que perturben el uso de un bien municipal sin llegar sus actuaciones a calificarse como usurpaciones. Sobre las actuaciones que puede realizar la Administración se ha pronunciado la STSJ de Aragón 163/2007, de 28 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda. En particular, en la STSJ comentada se dice que, en el caso objeto de la demanda, no se está estrictamente ante una acción administrativa de recuperación de oficio de un bien de dominio público, ya que no consta se haya perdido la posesión, sino simplemente ante la existencia de actos puntuales llevados a cabo por el actor tendentes a perturbar o impedir la circulación de vehículos y determinadas personas por una vía que se estima de dominio público, y dado que el Ayuntamiento tiene competencia sobre la circulación de vehículos y personas en las vías urbanas, el acuerdo municipal impugnado se enmarca dentro de la competencia que el ordenamiento jurídico le atribuye para la remoción de cualquier obstáculo que impida el libre tránsito de los vecinos por las vías públicas, siendo expresión dicho acuerdo del ejercicio por parte del Ayuntamiento demandado de dichas competencias, competencia que presupone la existencia de un uso público de la vía, tema que es objeto de control por parte de los tribunales contencioso-administrativos.

## 2. AGUAS CONTINENTALES

### **A) Aprovechamientos hidroeléctricos: indemnizabilidad. Impugnación del Decreto 94/1999, de 6 de abril, de la Generalitat de Cataluña, de adopción de medidas excepcionales en relación con la utilización de recursos hidráulicos en situaciones excepcionales de sequía**

Se discute en la STS de 15 de diciembre de 2008 (recurso de casación 7874/2004), la legalidad de las medidas adoptadas en el Decreto 94/1999, de 6 de abril, de la Generalitat de Cataluña, en relación con la utilización de recursos hidráulicos en situaciones excepcionales de sequía. Se impugna en este recurso de casación interpuesto por las mercantiles BENJAC, SA y BEN PALOU, SA, la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de junio de 2004 (recurso 574/1999), siendo parte recurrida la Generalitat de Cataluña.

La sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ambas entidades mercantiles relacionadas con la explotación de aprovechamientos hidroeléctricos en el río Ter, por medio del cual se impugnaba directamente el Decreto 94/1999, de 6 de abril, de la Generalitat de Cataluña, en relación con la utilización de recursos hidráulicos en situaciones excepcionales de sequía, dictado al amparo del artículo 56 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto (actual artículo 58 del Decreto Legislativo del Texto Refundido 1/2001).

La controversia en casación consiste en un único motivo, como es la pretensión indemnizatoria de las mercantiles demandantes, al impugnar el artículo 11 del Decreto mediante al cual se determinaba que la aplicación de las medidas excepcionales en él contenidas, no darían derecho a indemnización alguna. Para determinar sobre este respecto el TS expone parte de los fundamentos jurídicos de la Sala de instancia (sexto y séptimo), reproduciendo asimismo las tesis también contenidas en las Sentencias del TS de 18 de diciembre de 2001 (recurso de casación 6567/1997) y la de 2 de noviembre de 2004 (recurso de casación 5158/2000) entre muchas otras citadas. El TS afirma, en relación con las medidas de carácter temporal adoptadas por la Administración al amparo del artículo 58 de la Ley de Aguas, con el fin de gestionar situaciones de sequía extraordinaria que “tales medidas no son expropiatorias o limitativas de derechos adquiridos, sino que constituyen meras limitaciones de uso, que definen el contenido de la propiedad de las aguas y que configuran su peculiar estatuto jurídico” (FJ 3º).

Es más, el Tribunal llega a afirmar (FJ 3º) que las aguas continentales superficiales están integradas, todas ellas, en el ciclo hidrológico y que constituyen un recurso unitario subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Vemos, por lo tanto, que la adopción de tales medidas constituyen simples delimitaciones de los derechos o facultades existentes sobre las aguas en atención a la función social que deben cumplir, dando lugar al establecimiento de meras cargas generales que los afectados tienen el deber de soportar como consecuencia de las circunstancias extraordinarias concurrentes y de acuerdo con lo establecido por la Ley. La misma conclusión, afirma el TS, se obtiene desde la perspectiva del título concesional que queda en cualquier caso sometido a lo que resulte de la política de desembalse, de acuerdo además con lo que también determina el artículo 59.2 del Texto Refundido 1/2001, al establecer que la concesión no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos, ni por tanto asegura al concesionario que la adop-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

ción de medidas temporales por situaciones extremas de sequía lleven consigo el derecho a la indemnizabilidad.

En consecuencia afirma el Tribunal, acogiendo la argumentación de la Sala de instancia, que es claro que las repetidas medidas contenidas en Decreto no pueden considerarse enfrentadas a los títulos concesionales de los recurrentes y que por todo lo dicho no puede verse estimada su pretensión de anulación del precepto impugnado, ni tampoco sus reclamaciones indemnizatorias.

### **B) Deslinde de Dominio Público Hidráulico: naturaleza jurídica de la figura y consecuencias del carácter declarativo y no constitutivo de los procedimientos de deslinde**

En la STS de 17 de octubre de 2008 (recurso de casación 6501/2004), se discute la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Tajo, de 9 de febrero de 2001, por la que se acordó aprobar el deslinde del dominio público hidráulico del río Alberche, en tramo de 5.700 metros de longitud en ambos márgenes entre el TM de Escalona y Santa Cruz de Retamar (Toledo).

Contra dicha resolución de la Confederación Hidrográfica se interpuso recurso contencioso-administrativo 459/2001, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentenciando la Sala de instancia la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

Contra dicha Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2004 (recurso 459/2001), se interpone recurso de casación por la representación procesal de don José Pedro. Recurso de casación que se constituye sobre cuatro motivos como son: la denuncia de la incongruencia de la Sentencia que se impugna; vulneración del artículo 9.3 de la CE por aplicación retroactiva de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación parcial de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; vulneración por la Sentencia recurrida de los artículos 4, 6 y 11 de la Ley de Aguas de 1985 y finalmente por haberse producido una limitación del derecho dominical sin compensación, ni contraprestación resarcitoria alguna en vulneración del artículo 33.1 y 33.3 de la CE.

Ante tales motivos de casación el TS determina que no aprecia en la Sentencia recurrida incongruencia, pues la estima consecuente y coherente con su pronunciamiento, dado que, en contra de lo que argumenta el recurrente, la Sentencia de instancia enjuicia la legalidad del acto administrativo de deslinde impugnado, no se pronuncia sobre cuestiones de propiedad de la finca correspondiente al recurrente, pero sí declara cuáles son los bienes de dominio público hidráulico con las consecuencias que de tal declaración se derivan. De tal hecho no pueden extraerse las consecuencias que afirma el recurrente, en orden al vicio procesal de incongruencia que se alega. Pues el enjuiciamiento sobre la legalidad del deslinde aprobado por la Confederación no corresponde a la jurisdicción civil, sino al orden contencioso-administrativo.

Cuestión distinta es el resultado de los efectos de dicha declaración de deslinde sobre la propiedad de la finca, y en este sentido señala el TS que “el deslinde es un acto declarativo y no constitutivo, y se concreta en la operación jurídica en virtud de la cual las definiciones legales concurren físicamente sobre el río que se va a deslindar”. Y lo anterior es puesto en conexión por el Tribunal para desestimar el segundo motivo de casación, dado que la redacción del artículo 87 de la Ley de Aguas de 1985, en la modificación operada en tal artículo por la Ley 46/1999, introduciendo dos apartados (2º y 3º), no supone como de contrario se alega, la variación en

el carácter declarativo del deslinde, el cual se limita a determinar la realidad de los cauces y ríos y sus concretas características, configurando el carácter demanial de dichas zonas como consecuencia inexorable de la acción administrativa de deslindar. Concluye en tal sentido el Tribunal que *de facto* no ha existido aplicación retroactiva alguna que vulnere el artículo 9.3 de la CE.

En orden a determinar sobre el tercer motivo de casación, el TS afirma que no ha existido vulneración de los artículos 4, 6 y 11 de la Ley de Aguas de 1985, por el hecho de que, como alega el recurrente, el período de referencia de los diez años para calcular los máximos caudales anuales, en orden a efectuar el deslinde, no hayan sido los diez años inmediatamente anteriores a la fecha de la resolución del procedimiento de deslinde. En tal sentido, afirma el TS, que lo que ha de entenderse como “máxima crecida ordinaria” se establece en el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, cuando dispone que “se considera como caudal de máxima crecida ordinaria la media de los máximos caudales anuales, en su régimen natural, producidos durante diez años consecutivos, que sean representativos del comportamiento hidráulico de la corriente”.

En tal sentido, no pueden entenderse infringidos los artículos 4, 6 y 11 de la Ley de Aguas de 1985, porque la Administración tomase en consideración datos de crecidas de un estudio correspondiente a un período de diez años no inmediatamente anterior a la fecha de la resolución aprobatoria del deslinde. La cercanía o no de la fecha de inicio de deslinde es irrelevante desde la perspectiva de la Ley de Aguas y del Reglamento. Lo decisivo es que esos diez años sean “representativos”, “consecutivos” y debiendo de atenderse al “régimen natural”, pues bien pudiera suceder que el período inmediatamente anterior al deslinde fuera no representativo, lo que inhabilitaría a dicha década como referencia a tener en cuenta. No queda evidenciado por lo tanto para el TS que los criterios técnicos empleados por la Administración lleven a resultados que no correspondan con la realidad objetiva y jurídica pretendida legal y reglamentariamente con el deslinde practicado por la Confederación Hidrográfica del Tajo (FJ 6°).

Finalmente y en lo relativo al cuarto motivo de casación, el TS razona en su FJ 7° que diferente de la privación de un derecho son las medidas generales de delimitación o regulación legal del contenido de un derecho, que, sin privar singularmente de éste a sus titulares, constituyen una simple delimitación con carácter general del derecho o de sus facultades. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales con la limitación de algunas facultades, no están prohibidas por la Constitución, ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria.

Por todo lo cual, el Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación y procede a imponer a la parte actora sus costas.

**C) Trasvase Tajo-Segura. Acuerdos de la Comisión Central de Explotación: falta de justificación por el Sindicato General de Regantes del interés legítimo que le asiste respecto de los caudales, que según alega, se otorgaron en exceso para usos de abastecimiento**

En la STS de 24 de noviembre de 2008 (recurso de casación 7710/2004) se determina sobre la legalidad de los Acuerdos de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Segura, para el año hidrológico 98/99, pues se sostiene por el Sindicato de Regantes que se ha producido un exceso en la dotación de agua para abastecimiento, superando los límites fijados legalmente. En concreto la pretensión de la parte actora consiste en que se anulen los acuerdos que posibilitaron dichos trasvases de caudales para abastecimiento, con devolución de los caudales otorgados en exceso mediante descuento de futuras asignaciones para abastecimiento.

Por tal motivo se recurre en casación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 29 de enero de 2004 (recurso contencioso-administrativo 413/2000), la cual desestimó el recurso planteado por el Sindicato Central de Regantes contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada presentado en oposición de dichos acuerdos contra la Ministra de Medio Ambiente.

Sobre el fondo del asunto existe una motivación del recurso de casación sobre la pretendida base de la apelación a la tutela judicial efectiva y el derecho a la legitimación activa que entiende el Sindicato de Regantes ostenta, pero el TS desestima dicho motivo de casación siguiendo la argumentación de la Sala de instancia, dado que la Sentencia recurrida no incurre en incongruencia alguna, en cuanto a que, como puede observarse de la lectura de su FJ 2º, la desestimación del recurso contencioso-administrativo no se basa en la falta de legitimación o capacidad procesal del recurrente para impugnar en vía jurisdiccional los acuerdos de la Comisión Central de Explotación, sino que la desestimación del recurso viene dada por la falta de acreditación o interés legítimo ante la Sala de instancia en cuanto a las pretensiones del recurrente. Y esto es así, porque según afirma el TS, dicho Sindicato General de Regantes no justifica el interés legítimo que le asiste respecto de los caudales, que según alega, se otorgaron en exceso para usos de abastecimiento, pues como explica la Sala de instancia, el caudal supuestamente suministrado de más para usos de abastecimiento no menguó la dotación correspondiente a riego. Es más, la Comunidad de regantes actora recibió una cantidad de agua superior a la solicitada a lo largo del año hidrológico 98/99, circunstancia que hace plantearse también al TS cuál puede ser el interés legítimo de la recurrente en impugnar las resoluciones cuestionadas.

Concluye el TS que no cabe atender a una defensa abstracta de legalidad como la que pretende el Sindicato Central de Regantes, dado que no se acredita por el Sindicato de riegos el derecho o interés legítimo que le asista con respecto de los caudales que, según alega, se otorgaron en exceso para usos de abastecimiento.

Por tal motivo declara el TS que no ha lugar a la casación planteada por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 29 de enero de 2004 (recurso contencioso-administrativo 413/2000), con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

### **D) Anulación del Decreto de Sequía del Estado de 2005. Impugnación por omisión formal del trámite del informe preceptivo de las Juntas de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas**

En la STS de 20 de enero de 2009 (recurso de casación 115/2005), el TS anula el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, por el que se adoptan medidas excepcionales en la gestión

de los recursos hidráulicos para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas del Júcar, Segura y Tajo. En dicho recurso contencioso-administrativo actúa como parte recurrente la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Del análisis de los antecedentes de hecho de la sentencia se observa que la Junta de Castilla-La Mancha recurre el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, por una mera cuestión formal en la tramitación de la aprobación de dicha disposición de carácter general (ausencia del informe preceptivo de las Juntas de Gobierno de los OOCC). Por el contrario, el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda argumenta la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

En los fundamentos de derecho y la parte sustantiva de la sentencia se observa que la Junta de Castilla-La Mancha impugna el Real Decreto de medidas excepcionales de sequía de 2005 sobre la base de lo determinado en los artículos 28, letra f), y 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. En concreto en el artículo 28 del TRLAg. se establecen las atribuciones de las Juntas de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas, determinando entre éstas que las Juntas de Gobierno deberán ser oídas en el trámite de audiencia del Organismo de Cuenca a que se refiere el artículo 58 del TRLAg.

Es decir, que las Juntas de Gobierno de los OOCC, de las que participan las CCAA, deben ser oídas mediante la emisión de informe preceptivo en el caso de la elaboración y aprobación de una disposición de carácter general de las que se refiere el artículo 58 del TRLAg., las cuales son aprobadas por el Consejo de Ministros en forma Real Decreto para la determinación y adopción de medidas excepcionales para la gestión de situaciones excepcionales de sequía.

En relación con la falta de legitimación activa de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que alega el Abogado del Estado, el Supremo razona que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha al no haber sido oída en el órgano de gobierno (Juntas de Gobierno) de las Confederaciones Hidrográficas del Júcar, del Tajo y del Segura, en el proceso de elaboración del Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, tiene total legitimidad para la interposición del recurso contencioso-administrativo en su condición de miembro de las Juntas de Gobierno de las respectivas Confederaciones Hidrográficas [artículo 27, letra d) TRLAg.]

Y en lo que puede suponer la afirmación más relevante del TS en esta sentencia, se afirma en su FJ 3º que no es pues un mero interés a la legalidad lo que esgrime el demandante, sino un interés propio como miembro del órgano de Gobierno de la Confederación, que es expresamente reconocido por el Tribunal Supremo.

Por tal motivo y en cuanto a lo que supone el fondo del asunto (falta de emisión de informe de las Juntas de Gobierno de los OOCC ante la aprobación del Real Decreto de sequía 1265/2005, de 21 de octubre), el TS estima el recurso planteado por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, anulando el Decreto de sequía impugnado.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### 3. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) Cabe recuperación de oficio del demanio indebidamente ocupado

Frente a usurpaciones ilegítimas de bienes del dominio público costero, la Administración del Estado, en cuanto titular y como modo permanente de tutela de la demanialidad, tiene atribuida la potestad de recuperación de oficio. Esta potestad le habilita para recuperar por sí misma, de manera obligada, en cualquier tiempo y sin necesidad de acudir a los Tribunales, la posesión de dichos bienes, y así lo corrobora la STS de 24 de noviembre de 2008, Sala Tercera (recurso 25/2005).

#### B) Deslinde del dominio público costero

##### a) Su finalidad es declarar demanio marítimo lo que lo es por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo

Como en la mayor parte de las crónicas publicadas hasta el momento, también en ésta debe señalarse un número significativo 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. Se mencionan entre otras las SSTS de 30 de septiembre, 8 de octubre, 18 de noviembre y 9 de diciembre 2008, Sala Tercera (recursos 4835/2004, 5625/2004, 6505/2004 y 6819/2004) (referidas a terrenos naturalmente inundables por la acción del mar), la STS de 21 de octubre de 2008, Sala Tercera (recurso 5650/2004) y la SAN de 8 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso (recurso 70/2007) (sobre playas).

En este punto, también interesa traer a colación una jurisprudencia, ya conocida, que recuerda la existencia de concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la normativa anterior que no producían como efecto la transmutación del bien demanial en privativo. Se trata, sobre todo, de concesiones sometidas a condición, que sujetan el terreno desecado a un uso que exija mantener su titularidad pública. En estos casos, el deslinde que lo califica como demanio costero es plenamente procedente, y así lo recuerdan las SSAN de 24 de septiembre de 2008 (dos), Sala de lo Contencioso (recursos 32/2007 y 44/2007).

##### b) El procedimiento de deslinde caduca transcurridos veinticuatro meses desde su incoación

Completando jurisprudencia previa, la SAN de 9 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso (recurso 202/2006), determina que los procedimientos de deslinde incoados con posterioridad a la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999 y, sobre todo, tras la modificación del artículo 12.1 de la Ley de Costas efectuada mediante la Ley 53/2002, caducan por el transcurso de veinticuatro meses sin resolución. Precisamente éste es el plazo que señala el citado precepto para notificar la resolución de los procedimientos de deslinde, lo que, puesto en relación con la actual redacción del artículo 44.2 de la Ley 30/1992 –los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención, susceptibles de producir efectos

desfavorables o de gravamen, caducarán al vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado o notificado resolución expresa— lleva a la conclusión que recuerda la Sentencia.

### **C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes**

#### **a) La Administración del Estado debe informar de los Estudios de Detalle que afecten a la zona de servidumbre de protección**

La STS de 11 de noviembre 2008, Sala Tercera (recurso 6267/2004), estima el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra un acuerdo municipal por el que se aprobó un Estudio de Detalle con afecciones sobre la zona de servidumbre de protección. Las razones que llevan al Tribunal a anular este acuerdo estriban en su incompatibilidad con los artículos 110.c), 117.2, 25.1.a) y Disposición Transitoria Cuarta.2.c) de la Ley de Costas y con la Disposición Transitoria Novena.a).2º del Reglamento de Costas. Estos preceptos y Disposiciones exigen, respectivamente, que no se construya en la zona de servidumbre de protección, que el Estado emita un informe preceptivo —aunque no vinculante— cuando los instrumentos urbanísticos puedan afectar a dicha zona, y que los Estudios de Detalle contengan, entre otras determinaciones, un tratamiento urbanístico homogéneo al conjunto de la fachada marítima. Ninguna de estas intimaciones se cumplen en este supuesto, por lo que se concluye con la anulación referida.

#### **b) No caben edificaciones en zona de servidumbre de protección**

Como recuerdan las SSTs de 20 de octubre de 2008, Sala Tercera (recursos 5196/2004 y 6974/2004), la Ley de Costas prohíbe con carácter general las edificaciones destinadas a residencia o habitación en zona de servidumbre de protección (artículo 25). También en la servidumbre de tránsito —que se corresponde con 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. Ninguna de estas prohibiciones se ven afectadas, como pretendían los demandantes, por la ejecución de un paseo marítimo en el ámbito de la servidumbre de tránsito, pues este hecho no altera la delimitación de la ribera del mar fijada en el expediente de deslinde, desde la que se miden las servidumbres.

Lo dicho en el párrafo anterior no impide que las edificaciones ya existentes puedan ser legalizadas si concurren motivos suficientes, pero nunca si se localizan en tramos de costa que constituyan playa, lo que sucede precisamente en el supuesto analizado por la STS de 12 de noviembre de 2008, Sala Tercera (recurso 6594/2004). Y tampoco impedía, en la redacción de la Disposición Transitoria Tercera.3 de la Ley de Costas anterior a su reforma por Ley 53/2002 (aplicable al caso que enjuicia la STS de 6 de noviembre de 2008, Sala Tercera, recurso 7676/2004), que en terrenos calificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la norma se admitan excepcionalmente nuevos usos y construcciones. Eso sí, deberán garantizar la efectividad de la servidumbre y no perjudicar el demanio marítimo, además de existir un planeamiento especial que proporcione un tratamiento urbanístico homogéneo a

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

la fachada urbanística, mantener las nuevas construcciones la misma alineación (siempre que sea urbanización cerrada y que la longitud de los solares no exceda la cuarta parte de la longitud total de la fachada existente), y tratarse de solares aislados con medianerías de edificación consolidada a uno o ambos lados.

### **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**

De nuevo se pronuncia la jurisprudencia sobre las Disposiciones Transitoria Tercera.<sup>3</sup> de la Ley de Costas y Transitoria Novena de su Reglamento. Y en lo que constituye una doctrina asentada, ha vuelto a recordar que la posibilidad de reducir la extensión de la servidumbre de protección establecida en el artículo 23.1 de la Ley de Costas (100 metros) a 20 metros queda supeditada a la clasificación de los terrenos como suelo urbano a la entrada en vigor de ésta o, en defecto de tal clasificación, a que se tratase en la misma fecha de un área urbana en la que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística y la Administración urbanística les hubiera reconocido expresamente ese carácter. Nada de esto sucede en el caso analizado por la SAN de 1 de octubre de 2008, Sala Tercera (recurso 143/2007), por lo que no procede la reducción solicitada.

### **D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre**

#### **a) Disposición Transitoria Primera.<sup>2</sup> de la Ley de Costas: la inscripción registral de terrenos demaniales al amparo de la normativa anterior da derecho a obtener una concesión compensatoria por un plazo máximo de treinta años**

La STS de 11 de diciembre de 2008, Sala Tercera (recurso 7077/2004), recuerda que, al amparo de la Disposición Transitoria Primera.<sup>2</sup> de la vigente Ley de Costas, quienes tuvieran inscritos a su favor terrenos integrantes del demanio costero tienen derecho a obtener una concesión de uso privativo de éstos, como compensación por la expropiación que supone la eliminación de los enclaves privados en aquél. Cuestión distinta es la de su duración. Frente a lo que pretendía el particular recurrente, el Tribunal establece que no cabe aplicar la previsión del apartado 1 de la misma Disposición Transitoria (30 años prorrogables por otros 30), toda vez que ésta se refiere a terrenos declarados de propiedad particular en virtud de sentencia judicial firme y no a títulos más débiles como es la mera inscripción registral, que da fe de la validez del título pero no de la realidad física del bien al que se refiere. Por eso, en este caso resulta de aplicación el plazo genérico recogido en el artículo 66.2 de la Ley de Costas –30 años como máximo–, correspondiendo a la Administración costera determinar la duración concreta de cada título concesional, y sin que pueda el Tribunal *a quo* suplantarse a la Administración en esta labor. Por esta razón, estima el motivo de casación alegado por el Estado, anulando la Sentencia de instancia en este punto.

#### **b) Las concesiones de uso del demanio costero no pueden transmitirse *inter vivos***

Como regla general, el artículo 70.2 de la Ley de Costas prohíbe la transmisión *inter vivos* de las concesiones de uso del dominio público marítimo-terrestre. Por esta razón, la SAN de 17

de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso (recurso 35/2007), ratifica la validez de una resolución administrativa que denegaba la solicitud de transferencia de uno de estos títulos. Si bien reconoce el Tribunal que la concesión objeto de controversia se otorgó antes de la entrada en vigor de la actual Ley de Costas y que, al amparo de la normativa anterior, fue objeto de diversas transmisiones, concluye que no cabe admitir otra más bajo la vigencia de un precepto que claramente las prohíbe.

**c) El vencimiento del plazo concesional permite considerar extinguido el derecho de uso demanial, sin necesidad de más trámites**

Como señala la STS de 7 de octubre de 2008, Sala Tercera (recurso 7327/2005), la Ley de Costas distingue entre el vencimiento del plazo para el que se otorgó la concesión y la caducidad del título. Ambos son modos de extinción concesional, pero en ningún caso el primero es uno de los supuestos de caducidad. Por esa razón, la sola constancia del transcurso de dicho plazo basta para que la Administración pueda, sin más trámites, tener por extinguido el derecho al uso privativo del dominio costero. O dicho de otro modo: no se precisa la instrucción formal al efecto de un procedimiento administrativo, como reclamaba el recurrente, y así se desprende del artículo 81.2 de la Ley.

**E) Puertos**

**a) No caben instalaciones destinadas al alojamiento en la zona de servicio de los puertos**

La STS de 15 de enero de 2009, Sala Tercera (recurso 1875/2006), confirma la nulidad de un precepto del Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de Puertos de Canarias que permitía los “usos alojativos turísticos” en la zona de servicio de los puertos de competencia de la Comunidad Autónoma. Como recuerda el Tribunal, el artículo 32 de la Ley de Costas prohíbe este tipo de instalaciones y actividades en el demanio costero, de cuyo régimen participa dicha zona de servicio, con independencia de su posible origen patrimonial privado. Tampoco resulta de aplicación, como pretendía el Gobierno canario, la autorización excepcional en este sentido que se contiene en el artículo 94 de la Ley 48/2003, por venir referida a los Puertos del Estado. A mayor abundamiento, la Ley de Puertos de Canarias a la que desarrolla no contempla la posibilidad permitida por el Reglamento, tratándose en definitiva de una previsión que carece de cualquier cobertura legal.

**b) Es acorde con el ordenamiento jurídico el cálculo del canon por ocupación en función del valor del demanio portuario tasado conforme al precio medio de diversos polígonos de referencia**

En esta ocasión hay que hacerse eco de dos Sentencias del TS (SSTS de 1 y 14 de octubre de 2008, Sala Tercera, recursos 411/2006 y 756/2006) que consideran que la elección de determinados polígonos a efectos de valorar los terrenos y la lámina de agua de sendos puer-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

tos para, a su vez, determinar en su función el canon por ocupación que han de satisfacer los concesionarios del demanio portuario es ajustada a lo establecido en la Ley del Puertos del Estado (artículo 69). En efecto, la consideración de distintos polígonos de referencia y la aplicación a su valor medio de las sucesivas operaciones de ponderación que señala este precepto (obras de infraestructura portuaria, grado de urbanización de los terrenos, localización, grado de centralidad, conexión con el resto de infraestructuras de transporte, etc.) resulta una metodología correcta, lo que no cabe decir de la propuesta por los recurrentes, que pretendían la única consideración del polígono en el que el suelo es más barato, con el argumento de su similitud con la concreta superficie portuaria en que se sitúa su instalación, lo que tampoco ha sido probado.

### F) Pesca y cultivos marinos

#### a) Las Comunidades Autónomas detentan competencias exclusivas en relación con el marisqueo

La SAN de 12 de noviembre de 2008, Sala de lo Contencioso (recurso 314/2007), declara la nulidad de tres preceptos de una Orden Ministerial que establecía un plan de pesca con artes de trampa en aguas exteriores de la isla de Fuerteventura. Aceptando lo alegado por la Comunidad Autónoma demandante, la Sala entiende que esta norma invade sus competencias, al extender sus previsiones a aspectos propios del marisqueo; actividad que tiene atribuida en exclusiva (artículo 30.5 del Estatuto de Autonomía de Canarias en relación con el artículo 148.1.11 de la Constitución).

#### b) Las ayudas a la construcción de un buque pesquero deben solicitarse a la Comunidad Autónoma en la que se sitúe su puerto base

Al amparo de la normativa en la materia, los interesados pueden solicitar las autorizaciones necesarias, así como ayudas para la construcción de buques destinados a la actividad pesquera. En todo caso, como recuerda la STS de 6 de octubre de 2008, Sala Tercera (recurso 7603/2005), su otorgamiento es competencia de la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el puerto base del buque, por lo que las decisiones notificadas al solicitante por otra Administración autonómica a la que erróneamente se había dirigido con esta intención nunca pueden tener la naturaleza de resoluciones que pongan fin al procedimiento y, consecuentemente, le produzcan indefensión. Menos si se considera que tuvo conocimiento de estas actuaciones de mero trámite, en las que se declaraba la competencia de otra Administración para conocer la petición formulada.

#### c) Subvenciones a la actividad pesquera: diversas cuestiones

Por su parte, el ATS de 23 de octubre de 2008, Sala Tercera (recurso 1216/2008), afirma que la cuantía de una subvención a la actividad pesquera otorgada a una comunidad de bienes que corresponde devolver a cada demandado viene dada por la división de dicho importe entre el número de personas que integran la comunidad. En este caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 393.2 del Código Civil, toda vez que la solicitud de reintegro está

dirigida a la comunidad de bienes, en la que participaban a partes iguales, y no se reclama la cuantía de forma solidaria.

También referida a subvenciones a la pesca que deben ser devueltas, la **STS de 10 de diciembre de 2008**, Sala Tercera (recurso 6407/2006), recuerda que el adquirente de las acciones y derechos de quien resultó receptor de dichas ayudas queda subrogado en todos sus derechos y obligaciones, incluido el de devolver su importe por incumplimiento de las condiciones fijadas. Por eso, la declaración por la Administración de este adquirente como responsable civil subsidiario, en fallo del deudor principal, es plenamente conforme a derecho, más al ostentar la facultad para exigir la responsabilidad contable a las personas o entidades receptoras de subvenciones (artículos 34 y 49 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

#### **d) La Capitanía marítima es responsable por no adoptar las medidas precisas para evitar que zarpe un buque retenido por embargo**

La **SAN de 17 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso (recurso 1122/2007), reconoce la responsabilidad patrimonial de la Capitanía Marítima de La Coruña, que no impidió la salida al mar de un buque que se encontraba retenido en virtud de embargo acordado por la autoridad judicial en el seno de varios procedimientos de medidas cautelares. Como recuerda la Sentencia, entre las funciones de las Capitanías está el despacho de buques (comprobación de que cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico), la autorización de su salida y la adopción de las medidas precisas para restablecer la legalidad infringida en caso de incumplimiento de las normas sobre los anteriores. En este supuesto concreto, la no adopción de estas medidas supone un funcionamiento anormal del servicio público. Sin embargo, la insusceptibilidad de evaluación económica del daño producido por esta causa determina en último término la desestimación de la indemnización solicitada por el recurrente.

#### **e) Infracciones en materia de pesca: captura de especies sin tallaje mínimo y falta de preaviso de llegada a puerto**

La captura de especies de talla inferior a la reglamentaria constituye una infracción administrativa tipificada como grave por la Ley de Pesca Marítima del Estado. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 11 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso (recurso 91/2008), ninguna de las pruebas aportadas por el demandado desvirtúa las conclusiones del informe en que se basa la Administración para imponer la sanción ni la presunción de certeza de las actas levantadas por los inspectores; funcionarios que tienen la consideración de agentes de la autoridad en el desempeño de sus cometidos y que actúan conforme a los requisitos procedimentales establecidos legalmente. En el mismo orden de cosas, tampoco las proporcionadas en el caso enjuiciado por la **SAN de 11 de diciembre de 2008**, Sala de lo Contencioso (recurso 87/2008), demuestran que el incumplimiento de la obligación de comunicar el preaviso de llegada al puerto, las capturas que se llevan a bordo y la información sobre esfuerzo pesquero (infracción grave) no fuese intencionado sino debido a circunstancias sobrevenidas (descarga

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de las baterías de los equipos de comunicación del buque). La normativa exige el arbitrio de las medidas necesarias y el empleo de todos los medios a su alcance –incluso a través de otros buques–, lo que no queda demostrado que hiciera el demandado.

### **G) Salvamento marítimo: sólo quienes presten efectivamente servicios de salvamento tienen derecho al premio económico**

La STS de 10 de diciembre de 2008, Sala Tercera (recurso 4466/2006), hace referencia a un supuesto de salvamento marítimo, clarificando qué debe entenderse por tal y cómo ha de repartirse el premio derivado de éste. Y en este sentido recuerda que la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre régimen de auxilios, hallazgos, salvamentos, remolques y extracciones marítimas, y la jurisprudencia asociada, distinguen entre salvamento y remolque de buques, tratándose de dos actuaciones de distinta intensidad y momento que difieren en el peligro real y en los servicios extraordinarios requeridos que caracterizan al primero, y no al segundo. Ambos concurren en este supuesto, por lo que resulta clara la naturaleza de la acción.

El salvamento lleva anudado un premio que corre a cargo del armador del buque salvado y que, según los artículos 2 y 7 de la Ley 60/1962, corresponderán en 1/3 al armador o explotador de la nave auxiliadora y en los 2/3 restantes a los componentes de la dotación y a terceras personas ajenas a ésta que hubiesen cooperado en el salvamento. El TS rechaza las alegaciones de los trabajadores de la empresa titular de la nave que no se encontraban a bordo el día del salvamento, que consideraban tener derecho a participar en esos 2/3 por considerarse incluidos en un concepto amplio y formal de “dotación”. Afirma la Sala que el factor que cuenta a estos efectos es la actividad material y efectiva en la salvación marítima, por lo que sólo quienes prestaron servicios en este salvamento cooperaron al mismo, y sólo a ellos les anuda la Ley el derecho a la retribución económica por sus esfuerzos y mérito.

## **4. CARRETERAS Y CAMINOS**

**A) Los terrenos expropiados para ejecutar sistemas generales, previstos en el artículo 25 del Reglamento de Planeamiento, han de valorarse como terrenos urbanizables cuando de vías interurbanas se trata, siempre que el suelo ocupado para su construcción aparezca integrado en la red viaria municipal o prevista en el planeamiento local correspondiente, pues dichos sistemas generales sirven para crear ciudad e integran la “malla urbana”, lo que no ocurre en el caso de vías de comunicación interurbanas. Por ejemplo, la M-45 ha de considerarse una infraestructura que contribuye a crear ciudad**

En materia de carreteras, la STS de 15 de diciembre de 2008, Sala Tercera (recurso 6196/2007), retoma el tema acerca de la valoración que a efectos expropiatorios debe hacerse de los terrenos destinados a sistemas generales viarios. Recuerda que la jurisprudencia de la Sala al resolver estas cuestiones parte de la base de que los elementos dotacionales urbanísticos, esto es, los sistemas generales a que se refiere el artículo 25 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, han de ser valorados, cuando de vías interurbanas se trata, prescindiendo de su calificación urbanística como terrenos urbanizables siempre que el suelo ocupado para la construcción de la vía de comunicación aparezca integrado en la red viaria municipal o prevista en el planea-

miento correspondiente al municipio en que está localizado; y ello por cuanto un inadecuado entendimiento de lo que supone el principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento podría conducir a la interpretación de que un suelo ocupado por vías interprovinciales debiera ser valorado, en todo caso, y en toda su extensión, como urbanizable, cualquiera que fuera su relación con los municipios que conectaba o atravesaba. Entiende el TS que ninguna norma permite llegar a conclusión de calificar un suelo como urbanizable, siquiera sea a efectos valorativos, por el simple hecho de ser expropiado para la construcción de una obra pública de interés general. Esta doctrina trata de hacer efectivo el principio de justa y equitativa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento, de tal manera que el afectado por una actuación expropiatoria que se ve privado de la finca, no resulte perjudicado por dicha expropiación en beneficio del resto de propietarios que conservaban la titularidad de los terrenos ubicados en la zona, beneficiándose de la obra dotacional. De acuerdo con el Tribunal, 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 las vías de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, conforman la denominada “malla urbana” pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues entender otra cosa conduciría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión.

Prestando atención a diversos supuestos que pueden plantearse, el TS estima que por lo que hace a las carreteras con incidencia en grandes áreas metropolitanas, esto es, vías de comunicación no estrictamente interurbanas sino relacionadas con el tráfico dentro del área metropolitana, habrá de estarse a la situación correspondiente que concurra en cada caso. Y en esta línea, es jurisprudencia también reiterada de esta Sala la que confirma que la apreciación de la concurrencia o no de esas circunstancias, calificadoras de los terrenos a efectos de su valoración como urbanizables, corresponde a la libre apreciación del Tribunal de instancia y solamente puede ser combatida, como cualquier valoración de hechos efectuada por dicho Tribunal, aduciendo, bien que el Tribunal al apreciar dichas circunstancias fácticas ha incurrido en una vulneración de preceptos sobre valoración de prueba, o bien cuando ésta, con base en lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución, resulta contraria a la lógica o irrazonable.

En concreto, para el caso que resuelve la sentencia, en el que las partes recurrentes cuestionaban que la M-45 fuese una infraestructura que contribuye a crear ciudad, puntualiza el Tribunal que no debe aceptarse por cuanto la M-45 atraviesa cuatro carreteras nacionales, la N-II, la N-III, la N-IV y la N-401 (en la actualidad con otra denominación) además de la M-40 y las autopistas radiales R-3 y R-4 y tan sólo este dato es suficiente para advertir la trama de la red de comunicaciones en la que se integra. De tal manera que la M-45 responde a una finalidad muy parecida a la de la M-40 y a la de la M-50 y esta última es concebida en la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de mayo de 1997: “como autopista urbana libre de peaje es un elemento fundamental para permitir los desplazamientos no radiales del área periurbana. Sin esta vía de conexión exterior de los itinerarios radiales se pondría la M-40 en una situación de congestión con el consiguiente coste social debido a las horas productivas perdidas en situaciones de atasco urbano. Los accesos a las terminales interurbanas de transportes inter-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

urbanos de pasajeros y mercancías deben estar garantizadas en Madrid, si quiere mantenerse una capital competitiva, eficaz, ágil e inserta en un territorio europeo de vías de gran capacidad, con tiempos de transporte adecuados y garantizados desde el origen hasta el destino de los viajes. Este excepcional interés público se añade a la reconocida urgencia para evitar la congestión del viario interior metropolitano”. De esto se deduce que si para la propia M-50 se viene a decir que es una vía urbana que permite los desplazamientos no radiales del área periurbana, los mismos argumentos sirven para la M-45, cuya finalidad última es mejorar la ciudad en todos sus aspectos y en su inserción comparativa con las redes de transporte de las ciudades europeas, ofreciendo una vía de desarrollo económico y urbano a varios municipios madrileños.

Por ello la M-45 conforma una estructura que configura el desarrollo de varios municipios, a cuya creación y crecimiento contribuye, insertándose en zonas de futuro desarrollo urbano, cuestión indiscutible si se atiende al hecho notorio, excluido por ello de prueba, de su proximidad con todos esos municipios. El hecho de que sus efectos se proyecten sobre distintos municipios no afecta a su consideración de sistema general. Así pues, a juicio del Tribunal, y aun admitiendo la dificultad de clasificar por estos criterios a las vías de comunicación, nos hallamos ante una vía de transporte eminentemente urbana por sus propósitos que, además, excluye de forma expresa la condición de vía interurbana. Sin perjuicio de sus caracteres específicos, el destino de la M-45 se aproxima en mayor medida a una vía urbana con la particularidad de situarse alrededor del núcleo poblacional (periurbano) que a cualquiera de las otras clases de vías que contempla la doctrina jurisprudencial, en el seno de estas últimas estaría cercana a la categoría residual establecida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 2005, 11 de enero y 4 de julio de 2006 cuando se refieren, como distintas de las interurbanas, a las carreteras que afectan a términos municipales distintos, supuesto en que “habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear calidad”. Argumentos que asume, también, la STS de 18 de julio de 2008.

En el plano de los ejemplos, el caso de la M-45 constituye el caso de un supuesto análogo al considerado por las Sentencias de esta Sala de 11 de enero de 2006 y 28 de junio del mismo año, donde expresamente el TS reconoce el valor de las consideraciones efectuadas por el Tribunal de instancia en el supuesto de las obras relativas a la circunvalación de Segovia y los terrenos en ellas enclavados, por cuanto que considera que la nueva vía de circulación se involucra en la vida y en el urbanismo de la ciudad de Segovia, encontrándose integrada en el sistema general de comunicaciones y estructura orgánica de la ciudad.

Por el contrario, se aparta del caso considerado por el TS en sus Sentencias de 7 de octubre de 2003 y 13 de febrero de 2004, relativas a la circunvalación de Granada, por cuanto que en ellas no se había acreditado la relevancia que dicha obra tenía para el citado municipio, sino que su alcance se limitaba a la comunicación interurbana.

En fin, todo lo expuesto no es sino consecuencia de la doctrina recogida en Sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2005 y 28 de junio de 2006, en relación con la valoración de terrenos afectadas por las vías de comunicación de las grandes áreas metropolitanas en que, aun cuando éstas afecten a términos municipales distintos, habrá que acreditar en cada caso si responden a la finalidad de crear ciudad, y, en definitiva, si, como la sentencia que sirve de base a este análisis sobre la M-45, se encuentran integradas en la malla urbana.

**B) Supuestos en los que puede no considerarse nulo un anteproyecto de carreteras en el que se prevea una alternativa de trazado distinta a la seleccionada en el estudio informativo definitivamente aprobado**

Se plantea en la STS de 18 de noviembre de 2008, Sala Tercera (recurso 1514/2006), si ha de considerarse nulo un anteproyecto de carreteras por el hecho de que en el mismo se prevea una alternativa de trazado distinta de la seleccionada en el estudio informativo definitivamente aprobado del que surge el anterior. El TS resuelve la cuestión en sentido negativo razonando que la nulidad no tiene por qué declararse si, como en el caso de que conocía, en el trámite de aprobación provisional del estudio informativo ya se hubiese planteado como una de las posibles alternativas de trazado, alguna “similar” a la finalmente reflejada en el Anteproyecto, pues eso supone que dicha alternativa sí ha tenido que ser ya sometida tanto a información oficial y pública como a la preceptiva evaluación de impacto ambiental, cumpliéndose, por lo tanto, los trámites previstos en el artículo 10 de la Ley de Carreteras y los concordantes de su Reglamento de desarrollo.

De acuerdo con lo expuesto, en términos generales, cabe sostener que si el trazado desarrollado en un Anteproyecto de carreteras se corresponde con alguno de los que hubiese figurado en el Estudio Informativo aprobado definitivamente y aquél, a su vez, optaba, si bien con una ligera modificación, por una de las soluciones ya previstas, aunque inicialmente no recomendada, en el Estudio, si hubiese sido sacada a información pública y contemplada asimismo en la declaración de impacto ambiental, no cabe, considerar nulo dicho anteproyecto por esta causa. Lo contrario —explica el Tribunal— equivaldría a multiplicar de manera casi indefinida los trámites previos a la aprobación final de los proyectos cuando, precisamente por atender alguna de las propuestas o sugerencias hechas en las sucesivas fases del procedimiento, se optase por cualquier variación del trazado inicialmente previsto. Por todo ello, se entiende que si las modificaciones no son sustanciales en el diseño general de la autopista (aun cuando, lógicamente, incidan de modo negativo en los intereses patrimoniales de algunas personas, a cuyo resarcimiento proveen los mecanismos expropiatorios) y responden a una de las alternativas posibles que desde un principio fue contemplada, ninguna disposición legal ni reglamentaria obliga a someter una vez más el trazado a nueva información pública ni a otro informe adicional de impacto ambiental.

## 5. MINAS

**A) La prórroga automática de los permisos de investigación que prevé la legislación minera para el supuesto de que su titular solicite, dentro del plazo de vigencia de los mismos, una concesión de explotación, finaliza con la resolución administrativa que estima o desestima lo solicitado, y, a priori, no comprende el tiempo que dure la resolución del eventual recurso jurisdiccional interpuesto contra la desestimación de la concesión**

En la STS de 3 de diciembre de 2008, Sala Tercera (recurso 2217/2006), se hace una interpretación de diversos artículos del régimen minero.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

De una parte, del artículo 88.1 del Reglamento General para el Régimen de la Minería. Este precepto permite al titular de un permiso de investigación en el que se demuestre de un modo suficiente la existencia de recursos de la Sección C) que, dentro del plazo de vigencia de dicho permiso de investigación, solicite la concesión de explotación. Y añade que si tal solicitud se produjera, “los permisos de investigación se considerarán prorrogados por el período que dure la tramitación del expediente de otorgamiento de la concesión”. Pues bien, la lectura que ha de hacerse de este precepto va en la línea de entender que la tramitación del expediente incoado para resolver sobre la concesión de explotación culmina con la resolución administrativa favorable o contraria al otorgamiento de la concesión. Es decir, que el período de duración de dicho expediente es el que transcurre desde su incoación hasta que recae la resolución administrativa que otorga o rechaza la concesión (ha de advertirse que el Tribunal Supremo, dada la falta de impugnación de la correlativa parte de la sentencia, no se pronuncia acerca de si por tal hay que entender la resolución del Director General o la del Consejero en alzada). Pero lo que es claro, a entender el TS, es que en el precepto citado no hay base alguna para alargar dicho período de prórroga hasta que se resuelva el eventual recurso jurisdiccional interpuesto contra el rechazo de la solicitud de concesión, sin perjuicio de que en el seno de dicho recurso el tribunal competente pueda suspender, si se le pide y lo considera procedente, la eficacia de la resolución administrativa.

De otra parte, en esta sentencia el TS hace una exégesis de los artículos 85.2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas y 108.c) del Reglamento que la desarrolla. En síntesis, y en línea con lo anteriormente sentado, estos artículos determinan que los permisos de investigación expiran o caducan cuando lo hagan “(...) en su caso, las prórrogas concedidas, a no ser que dentro de dichos plazos se haya solicitado la concesión de explotación derivada, en cuyo supuesto quedará automáticamente prorrogado el permiso hasta la resolución del expediente de concesión”. Pues bien, la prórroga automática a la que se refieren tales preceptos se extiende únicamente hasta que la Administración resuelva, en un sentido o en otro, el expediente de concesión. Expediente que se refiere al procedimiento administrativo, no en su caso al judicial que pudiese existir como consecuencia de aquél; lo cual es lógico, dada la ejecutoriedad ínsita en los actos administrativos, cuando son definitivos en su ámbito. Considera el Tribunal que no puede acogerse la tesis del recurrente conforme a la cual la “resolución” de la que hablan aquellos dos preceptos es sólo la que ha ganado “firmeza” tras ser confirmada en el recurso jurisdiccional. Y no estima aceptable esta tesis por dos razones. En primer lugar, porque dichos preceptos no se refieren, en momento alguno, a la “firmeza” de un acto administrativo. En segundo lugar, porque, de admitirse que la exigencia de firmeza estuviera implícita en ellos, lo sería en el mismo sentido que emplea para este género de actos la Ley 30/1992, esto es, la que se ha denominado firmeza en vía administrativa consistente en la imposibilidad de interponer contra una determinada resolución los recursos administrativos ordinarios o la que deriva del agotamiento de éstos. Es así que dada la virtualidad del principio de autotutela que rige la actividad de la Administración, ni siquiera sería necesario (salvo en el campo sancionador) que el acto hubiera adquirido firmeza en vía administrativa para que fuera ejecutivo. Y cuando contra él se hubiera interpuesto un recurso contencioso-administrativo la eventual suspensión de su eficacia correspondería a la medida cautelar que adoptara el órgano jurisdiccional. En definitiva, estima el TS que no existe base legal para concluir que la mera interposición de un recurso obliga de modo automático a que las prórrogas de los permisos de investigación se extiendan más allá del período que los preceptos invocados en este motivo prescriben, esto es, hasta la resolución del expediente administrativo de concesión por quien es competente para otorgarla o rechazarla.

**B) Concesión de demasías mineras en terrenos francos que circundan concesiones de explotación.  
Alcance de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Séptima y en el artículo 38  
de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas**

También en relación con la actividad minera es de destacar la STS de 18 de noviembre de 2008, Sala Tercera (recurso 1570/2006). En ella se realizan algunas precisiones interesantes acerca del procedimiento de concesión de las demasías mineras. En concreto, se puntualiza el alcance de lo que establecen la Disposición Transitoria Séptima y el artículo 38 de la Ley de Minas, así como de los preceptos concordantes con tales disposiciones en el Reglamento General para el Régimen de la minería, esto es, los artículos 56 y 57.

Considera el Tribunal que lo que hace la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Minas es estipular de manera expresa la posibilidad de atribuir los terrenos francos circundantes a concesiones mineras ya a uno solo de los concesionarios interesados, ya a varios en ellos, repartiendo, en este último caso, las demasías entre aquellos que lo soliciten, reparto que habrá de hacerse “según la conveniencia técnica de la explotación o ventajas sociales y económicas que los concesionarios ofrezcan”. Dicho en otros términos, la Disposición Transitoria mencionada abre todas las posibilidades en cuanto a la atribución de demasías en los terrenos francos circundantes a varias concesiones. Así, otorgar todas a uno de los concesionarios, o bien repartirlas, en función de los criterios referidos. Lo que sí procede, como recuerda el Tribunal, es que en el procedimiento de concesión de las demasías se atienda primero al interesado que antes las haya solicitado, en función del criterio de *prius in tempore, potior in iure*.

Ahora bien, lo anterior no implica que, una vez solicitados por una empresa interesada unos terrenos francos como demasías, pierdan por la presentación de la solicitud su condición de francos y no puedan ser otorgados en un procedimiento posterior a otra entidad. Entenderlo de la forma descrita, implicaría que cualquier otra entidad interesada distinta de la primera solicitante tuviera necesariamente que hacer valer su interés personándose en el procedimiento instado por aquélla. Sin embargo, en ningún caso está estipulado que se produzca semejante prioridad absoluta en favor del primer solicitante en los preceptos que hemos mencionado regulan esta cuestión. Esto es, una cosa es que otro interesado pueda personarse en el procedimiento instado por una primera empresa que solicita la concesión de demasías, —tal como prevé el artículo 57 del Reglamento General para el Régimen de la Minería—, y otra que esté obligado a ello para mantener sus expectativas futuras. Lo cierto es que ningún precepto de la Ley de Minas o del Reglamento que la desarrolla impide que otra empresa interesada en obtener una demasía presente una solicitud posterior a la que hubiese podido presentar antes otro interesado y que logre la concesión de las demasías que no hayan sido previamente otorgadas. Sin embargo, de conformidad con lo señalado, lo que no considera admisible el Tribunal es que el procedimiento posterior se resuelva con anterioridad al primero de ellos, otorgándole al peticionario (en todo o en parte) las demasías solicitadas, o denegándolas de manera motivada.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

**C) Las concesiones de explotación minera correspondientes a recursos de la sección C) no atribuyen derechos sobre terrenos sino exclusivamente sobre los yacimientos y minerales de un subsuelo, por ello el titular de las concesiones no ostenta de modo automático derecho alguno sobre la superficie de los terrenos. Supuestos en que podría entrar en juego el derecho de adquisición preferente de los terrenos en los que se localiza una concesión minera a favor de su titular**

La cuestión que plantea la STS de 17 de diciembre de 2008, Sala Tercera (recurso 2887/2006), se centra en dilucidar si la resolución administrativa impugnada en el proceso que resuelve al admitir la venta en pública subasta de dos fincas sobre las que la recurrente tenía una concesión de explotación minera sin haberle ofrecido la oportunidad de adquirir directamente la finca es o no contraria a lo dispuesto en el artículo 128 de la antigua Ley de Patrimonio del Estado aprobada por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (LPE). El TS recuerda que, en realidad y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 y 2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, el objeto sobre el que recae una concesión minera no es un terreno sino el yacimiento y los recursos geológicos que en él se contienen. En este contexto, no resulta de aplicación el artículo 128 de la LPE ya que la concesión minera, que es el bien del que es titular el recurrente no ha sido desafectada y por lo tanto sigue siendo un bien demanial.

Ha de recordarse que el artículo 128 citado disponía que cuando se acordase la enajenación de bienes incorporados al Patrimonio del Estado, “(...) los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a toda otra persona”. A pesar de que la sentencia, como es lógico, se centra en la aplicación que ha de hacerse del artículo 128 de la ya derogada Ley de Patrimonio del Estado por ser la norma en vigor en el momento de producirse la situación que origina la discrepancia, es interesante hacer notar que actualmente es el artículo 103 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) el que sanciona un régimen equiparable al anterior, por lo que las consideraciones vertidas en esta sentencia por el Tribunal Supremo, pueden considerarse actuales. En efecto, el artículo 103.1 de la LPAP establece que “Cuando se acuerde la enajenación onerosa de bienes patrimoniales, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes tenían la condición de demaniales tendrán derecho preferente a su adquisición (...)”.

Así las cosas, clarifica el TS, en la resolución cuyo análisis concita la atención, que las concesiones de explotación minera correspondientes a recursos de la sección C) no atribuyen, propiamente y en todo caso, “derechos” sobre los terrenos, sino exclusivamente sobre los yacimientos y minerales del subsuelo, que, por lo demás, son y siguen siendo de dominio público. De tal forma que el titular de aquellas concesiones no ostenta de modo necesario y automático derecho alguno sobre la superficie de los terrenos, sin perjuicio de que cuando las circunstancias de explotación lo requieran pueda solicitar la ocupación temporal de aquéllos o incluso su expropiación forzosa, a tenor del artículo 105.1 de la Ley de Minas. Y es precisamente este último precepto el que da la clave para interpretar el artículo 128 de la Ley de Patrimonio del Estado cuando se trata de concesiones mineras, pues a resultas de conjugar ambos preceptos resulta que el derecho de adquisición preferente podría entrar en juego en los dos casos siguientes: a) cuando fuera necesario ocupar o expropiar, en concreto, determinados terrenos incluidos en el perímetro de la concesión con el fin de desarrollar sobre ellos las labores mineras, y b) cuando dichos terrenos pertenecieran al patrimonio del Estado y fueran desafectados y enajenados por éste. En dichas hipótesis podría eventualmente tener sentido, decimos, el reconocimiento del

derecho de tanteo como mecanismo preferente a la expropiación que el artículo 105 de la Ley de Minas pone a disposición del titular de la concesión.

## 6. PATRIMONIO HISTÓRICO

**A) La característica común a todos los bienes que obtengan la declaración de Bien de Interés Cultural (BIC) es el valor cultural que poseen y del que le dotan sus características intrínsecas y los valores de esa naturaleza que les son propios y están previstos en las normas, por eso tal declaración ha de hacerse de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico, no pudiendo declararse como tal un bien que no encaje en una categoría de las que pueda establecer la norma aplicable en cada caso**

Antes de destacar propiamente el contenido del pronunciamiento plasmado en la STS de 6 de noviembre de 2008, Sala Tercera (recurso 4513/2006), y para comprenderlo mejor, ha parecido oportuno dejar indicadas una serie de ideas que se puede considerar son las que laten en la resolución que se destaca y sirven para explicarla.

No se discute que uno de los rasgos universales de identidad ontológica del género humano en que se traduce la sociabilidad y que lo distingue de otras especies, es la capacidad cultural. La cultura, y el “patrimonio histórico” como expresión de ésta, es, en fin, el testimonio palpable de la existencia humana y de su evolución. Tomando como bueno este axioma, un aspecto que importa conocer es la consideración que desde la óptica del Derecho y, por lo que ahora importa del Derecho Administrativo español, se dispensa a dicha capacidad. La acotación no es baladí, en la medida en que se aprecia que la atención jurídica que consideramos se extiende a reductos culturales específicos.

Aunque desde una perspectiva global e integradora, por cultura puede entenderse cualquier forma de expresión de la vida humana y, así entendida, es objeto de consideración de un modo creciente desde distintos campos de la ciencia, lo cierto es que como objeto de atención desde el Derecho, es evidente que la protección jurídica que se le dispensa no se extiende a la totalidad de manifestaciones culturales posibles.

Ha de reconocerse que la protección jurídica que se brinda a la cultura se proyecta sobre lo que se considera el conjunto de realidades que se destacan de entre la totalidad de manifestaciones culturales, por el reconocimiento en ellas de un significado particular o de un valor añadido que los distingue y singulariza del resto. No se niega que toda actuación humana sea fruto de una manifestación cultural, y, por ende, sea portadora de un valor. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico y en aras a canalizar con visos de eficacia y practicidad una adecuada protección, se entiende que ha de realizarse una selección de entre todas ellas. La reducción que se hace desde la vertiente del Derecho se efectúa intentando identificar y reconocer aquellas realidades a las que se pueda atribuir un valor histórico, un significado histórico —no necesariamente pretérito— que no se niega respecto de otras, pero que con relación a ellas, supone un plus de importancia. En suma, para el Derecho, el bien jurídico objeto de protección es la significación que se entiende encierran determinadas aportaciones culturales en atención a la dimensión social cualificada que se les reconoce por cuanto se considera que son muestra destacable de la evolución del hombre.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Pues bien, en la Sentencia citada el TS declara que la característica común a todos los bienes que obtengan la declaración de Bien de Interés Cultural (BIC) es, precisamente, el valor cultural que poseen y del que le dotan sus características intrínsecas y los valores de esa naturaleza que les son propios. Son estas razones las que determinan su sometimiento a un régimen jurídico singular y específico que la Constitución y las Leyes les otorgan y está dirigido a su protección, preservación y conservación, para el disfrute y engrandecimiento de la sociedad que los posee y que ha de legarlos a las generaciones futuras.

Por esa razón, su declaración como BIC ha de responder a esos valores culturales en sus distintas manifestaciones y ésta ha de acomodarse a uno de los ámbitos que cada Ley en la materia pueda contemplar, sin que deba forzarse esa declaración en relación con un bien del que no se puedan predicar los valores culturales que dotan de identidad a cada una de las subcategorías de BIC que puede existir. Por consiguiente, no puede reputarse acertado considerar que la subcategorización tiene como finalidad complementar la definición del concepto de bien de interés cultural y que, en ocasiones, la inclusión en una u otra categoría puede determinar de la aplicación de un régimen jurídico específico, ni que el encuadramiento de un bien en la familia de los BIC deberá hacerse en aquella subcategoría de bienes que le sea más afín, aunque no se cumplan todos los requisitos para proceder a su inclusión en ella. Al contrario, la declaración de bien de interés cultural ha de hacerse de modo que resulte conforme con el Ordenamiento Jurídico, no pudiendo aceptarse que la Administración declare como tal un bien que no encaje en una determinada categoría de las que pueda establecer la norma aplicable en cada caso. En suma, no puede encuadrarse un bien en cualquier categoría a cualquier precio, o, en todo caso, ya que esa decisión ha de ser motivada y esa motivación o justificación no puede ser arbitraria o carente de lógica.

### **B) Alcance de las competencias que una Comunidad Autónoma puede tener asumidas en materia de patrimonio histórico para declarar un Bien como de Interés Cultural (BIC) cuando éste está adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado. Análisis del artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio-Histórico Español**

En la STS de 3 de diciembre de 2008, Sala Tercera (recurso 3373/2006), este órgano jurisdiccional explica la interpretación que debe hacerse del artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio-Histórico Español en aquellos supuestos en los que una Comunidad Autónoma que en su Estatuto de Autonomía hubiese asumido competencias en materia de patrimonio histórico, declara un bien de interés cultural —en cualquiera de sus categorías—, o delimita el entorno de un bien previamente declarado de interés cultural con la categoría de monumento, cuando ese bien está adscrito a un servicio público gestionado por la Administración del Estado.

Con carácter previo al desarrollo de lo resuelto en la Sentencia, conviene precisar que el artículo 6.b) de la Ley 16/1985 dispone que a los efectos de dicha norma se entenderá por organismos competentes para la ejecución de su contenido: “b) Los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Estos organismos serán también los componentes respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del patrimonio nacional”.

Pues bien, el TS, recordando lo ya resuelto en otros de sus todavía recientes pronunciamientos, determina que lo que no cabe entender es que el artículo 6.b) reproducido, esté atribuyendo la competencia sobre esta materia a los órganos del Estado. Y ello por cuanto un precepto de una Ley ordinaria, como lo es la Ley 16/1985, no puede proceder de tal manera; esto es, a declarar competencias en relación con bloques materiales a favor del Estado o de una Comunidad Autónoma. Tal distribución de competencias –salvo los supuestos en los que la propia Constitución prevé un mecanismo específico, como pueden ser las Leyes Orgánicas de transferencia de competencias previstas en el artículo 150 de la Constitución–, corresponde efectuarla a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía y no cabe que las leyes ordinarias alteren el reparto fijado por tales cuerpos normativos, cuestión que se ha ocupado de subrayar reiteradamente el Tribunal Constitucional.

En suma, insiste el Tribunal en que ha de quedar fuera de todo cuestionamiento que la Ley 16/1985 forme parte del bloque de la constitucionalidad, no puede entenderse, por consiguiente, que sea una norma atributiva de competencias, de forma tal que las que allí se recogen han de apoyarse en un título competencial específico anclado en las disposiciones que sí forman parte de tal bloque de la constitucionalidad.

Partiendo de lo anterior, y en orden a precisar la interpretación que entiende ha de hacerse del precepto mencionado, puntualiza, además, que el análisis de dicho artículo 6.b) ha de abordarse distinguiendo adecuadamente los dos supuestos a los que se refiere, pues presentan significados y perfiles muy distintos. Por un lado, se alude en él a la defensa de los bienes culturales contra la exportación y la expoliación, materia sobre la que el Estado tiene un título competencial específico (artículo 149.1.28 de la CE); por otro, a los bienes afectos a los servicios públicos estatales, y son precisamente estos últimos los que concitan en este pronunciamiento la atención del Tribunal.

Rechaza el Tribunal que la simple afectación de un bien a un servicio público suponga alterar la distribución de competencias establecida en la Constitución y los Estatutos, de tal manera que en el caso de que un bien se encuentre afecto a un servicio público estatal, y concluye –en línea con lo que ha declarado el Tribunal Constitucional en alguna ocasión– que tal afección se limita a las facultades necesarias para la “estricta gestión” del bien, que puede ser declarado como Bien de Interés Cultural por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en cuestión.

Para explicar el alcance de sus conclusiones, el Tribunal apela explícitamente a la aplicación al caso concreto de diversos principios generales. De este modo y existiendo en materia de patrimonio histórico competencias concurrentes entre las distintas Administraciones territoriales la solución al supuesto que se enjuicie debe estar presidida por los principios de cooperación y colaboración entre esas Administraciones, buena fe y confianza legítima y que se resumen en el de lealtad institucional que expresa el artículo 4 de la Ley 30/1992.

Pues bien, en el caso enjuiciado, y aun estando ante un bien concreto de titularidad del Estado que se halla incluido en un ámbito físico donde desarrollan actividades relacionadas con la prestación del servicio público de defensa nacional, entiende que el destino de parroquia castrense que se asigna al bien en concreto, en nada se opone a la gestión del servicio de defensa en sentido estricto que corresponde al Estado. Por ello el que la Comunidad Autónoma deli-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

mite el entorno del templo declarado como BIC no resulta problemático a pesar de las consecuencias que de esa decisión se derivan en relación con las obligaciones que se impondrían a los responsables de la Administración del Estado para no afectar el valor cultural del bien. Cuestiones estas que deberán valorar y resolver las Administraciones implicadas.

Pero lo que resulta obvio para el Tribunal es que el ejercicio de la competencia para delimitar el entorno de un bien previamente declarado de interés cultural con la categoría de monumento sigue correspondiendo a la Comunidad Autónoma que tenga asumidas competencias en la materia. Y ello por cuanto el ejercicio de tal competencia, en el caso enjuiciado, no compromete el régimen de uso y gestión de los bienes adscritos efectivamente al servicio público de defensa nacional que corresponde atender al Estado.

### 7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

#### A) Aguas continentales: Canon de regulación y tarifa de utilización del agua

##### a) Imposición y ordenación

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de mayo de 2008 (NR 337/2007), afirma que no pueden ser aplicados al ejercicio 2004 unos cánones de regulación aprobados en enero de 2005, siendo una retroactividad inadmisibles, todo ello considerando la doctrina del Tribunal Supremo, que, como se sabe, eliminó las expresiones “provisionalmente y a cuenta” de los artículos 303 y 310 del RDPH. Con similares argumentos se le dará razón al sujeto pasivo en el caso resuelto por la STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2008 (NR 103/2007) o en el propio de la RTEAC de 18 de abril de 2007 (NR 2792/2006).

El TSJ de Extremadura, en la Sentencia de 30 de junio de 2008 (NR 121/2007), mantiene su doctrina, en el sentido se considera que el canon de cada ejercicio ha de ser aprobado dentro de la anualidad correspondiente, no existiendo imposición alguna de que deba ser con anterioridad al correspondiente ejercicio. En el caso de autos la publicación en el respectivo diario oficial de la resolución aprobatoria se produciría el día 21 de diciembre.

##### b) Elementos de identificación de los tributos

La SAN de 17 de noviembre de 2008 (NR 200/2007), trata de la realización del hecho imponible en los casos en que el beneficio de la obra es “indirecto”, esto es, aquellos usos que no tienen su toma en los embalses o aguas debajo de los mismos. Y es que la toma se efectuaba en ríos no regulados, habiendo sufragado el sujeto pasivo las obras concretas de derivación. Se desestima el recurso, pues se considera a la actora “beneficiaria indirecta del conjunto de obras hidráulicas construidas por el Estado que se incluyen en el sistema de regulación general”; dicho de otra manera, se le considera beneficiario de los catorce embalses que componen la cuenca, ya que su explotación se hace considerándolos integrados en un sistema único de explotación, al cual se le asignan de una manera conjunta todas las necesidades de regulación general y no necesidades localizadas. Concluye el Tribunal, reproduciendo contenidos de la memoria explicativa del Canon, que “en relación a los aprovechamientos situados en los ríos no regulados, se consideran beneficiados por las obras de regulación existentes,

ya que al otorgar una concesión en un río no regulado se detrae una escorrentía que exigirá un incremento en los desembalses de los diferentes embalses que atienden a la zona regulada directamente para compensar esa detracción, que antes de otorgar la concesión iba a parar a la zona directamente regulada”. La Audiencia Nacional rechaza asimismo que esta modalidad carezca de la suficiente cobertura legal. El TEAC se ha pronunciado en parecidos términos en resoluciones como la **RTEAC de 1 de febrero de 2007** (NR 2347/2006), explicando que “toda retención o consumo de agua producido en cualquier afluente genera indirectamente la necesidad de desembalsar agua del Sistema de Regulación General para mantener a lo largo del río (...) los caudales necesarios para que otros usos consuntivos y medioambientales no se vean perjudicados”, concluyendo que “toda obra de regulación realizada en cualquier afluente beneficia a toda la cuenca del río, por lo que debe considerarse a quien ostente la condición de concesionario de aguas del río beneficiado indirectamente del Sistema”. En el mismo sentido la **RTEAC de 18 de abril de 2007** (NR 2792/2006).

La **STSJ de Extremadura de 5 de mayo de 2008** (NR 1220/2006), estudia si se había producido el hecho imponible en una exacción calculada sobre la base del consumo, en la que el sujeto pasivo se integraba en una Comunidad de Regantes. Para el TSJ, se desacredita la alegación del recurrente, de que no había realizado el suministro de agua, sobre la base de la relación remitida por la Comunidad de Regantes.

La **STSJ de Madrid de 17 de julio de 2008** (NR 942/2005), analiza las alegaciones efectuadas por el sujeto pasivo que rechaza que se haya producido el hecho imponible de una tarifa de utilización de agua. Utiliza dos argumentos que serán rechazados, primero, que se había visto beneficiado por una opción de riego directo desde el río en lugar de utilizar la red de canales; y, segundo, que la red de canales estaba en un estado de conservación tan deficiente que impedía su uso. El TSJ desestima el recurso, dada la falta de acreditación de lo expuesto por el recurrente.

### **c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa**

Dos resoluciones del TEAC, **RTEAC de 18 de abril de 2007** (NR 85/2006) y **RTEAC de 16 de mayo de 2007** (NR 2475/2006), tratan de la exigibilidad o no del canon de regulación o tarifa de utilización del agua a los titulares de aprovechamientos hidroeléctricos, que, por otra parte, abonan el canon previsto (ahora) en el artículo 133 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Este canon, conocido como canon de explotación de saltos a pie de presa o canon de pie de presa, se fija en los pliegos de bases de la concesión y, de acuerdo con la Ley Estatal 25/1998, tiene también naturaleza de tasa. En el artículo 135 del Reglamento se prevé asimismo que el pago de este canon excluye el de los cánones o tarifas que pudieran corresponder por la obra que permite el aprovechamiento. Se da la circunstancia de que en el ámbito de varias Confederaciones no se integró a estos titulares en las bases de los cánones de regulación y tarifas durante muchos años y, sin embargo, se cambió de criterio a principios de la década en la que nos encontramos, sobre la idea de que esa exclusión de pago no tenía cobertura legal, como declaró ocasionalmente el Tribunal Supremo. En el caso de autos, el TEAC rechaza la aplicación de la exención, sobre la base de que carece de cobertura legal. No obstante, dará la razón parcialmente a los recurrentes, considerando que en el caso concreto no se ha probado que obtenga beneficio directo o indirecto de las obras de regulación objeto del canon cuestionado.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Sobre esta cuestión vid. también resolución del TEAC de 6 de mayo de 2007 (núm. Res. 2475/2007).

También considera que son compatibles ambas figuras la Sentencia del TSJ de Valencia de 15 de julio de 2008 (NR 1165/2006), con argumentos similares, partiendo del equivocado presupuesto de que el canon de pie de presa no es un tributo.

### **d) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación**

La SAN de 27 de octubre de 2008 (NR 181/2007), trata de la compatibilidad del canon de regulación o la tarifa de utilización del agua con la tasa del 4% por prestación de trabajos facultativos para la gestión y ejecución de obras y servicios públicos. Se achaca doble imposición, en la medida en que en la base imponible del canon/tarifa se incluyen los gastos de personal. Se desestima el recurso, teniendo en cuenta que, tal y como dice la autoridad de cuenca, el importe total de ese 4% se deduce de la partida de gastos de administración. En esta misma sentencia se trata de los criterios de reparto, alegando la actora que no se ha tenido en cuenta la totalidad de usuarios de agua, tanto actuales como potenciales, entre otras consideraciones. Rechaza la Sala que en el reparto de la tarifa por utilización del agua se tomen en consideración los usuarios potenciales.

En el caso resuelto por la STSJ de Extremadura de 22 de mayo de 2008 (NR 1022/2006), el usuario era un Ayuntamiento que rechaza la tasa liquidada en cuanto afirma que no consta de dónde se obtiene el caudal que se dice consumido y sobre el que se calcula el canon de regulación. Dice el TSJ que la Confederación debía haber tomado como base el consumo autorizado, teniendo en cuenta que lo que se concedió fue un caudal continuo de tantos litros por segundo, sin indicación alguna de caudal máximo. Pues bien, el caudal que figura no resulta acreditado. El Ayuntamiento había pedido también que se le computase el factor corrector a que hace referencia el texto legal. El TSJ rechaza esta segunda pretensión, recordando que ese factor corrector está condicionado a que el Plan Hidrológico de cuenca fije unas cantidades en función de las dotaciones y el concreto consumo sea inferior –caso de reducción– al establecido en esas dotaciones, lo que no consta.

La STSJ de Extremadura de 23 de septiembre de 2008 (NR 1045/2006), desestima el recurso que plantea un Ayuntamiento que, recurriendo el canon de regulación, reprocha que la tabla de equivalencias de los distintos usos (abastecimiento y regadío) no es ajustada a las prescripciones legales, en particular, a la exigencia de equidad. El TSJ explica cómo se determinan las tablas de equivalencia, y cómo están representados todos los usuarios en el órgano en que se fijan. Y considera que el recurrente se limita a esgrimir una pretendida vulneración de la equidad, pero sin hacer reproches concretos de legalidad sobre la justificación económica de la incorrecta fijación de las equivalencias. En esas circunstancias, y teniendo en cuenta la participación de los usuarios en el proceso de decisiones, no puede sino desestimar el recurso.

### **e) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras**

Con frecuencia se impugna la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras que se gira a los sujetos pasivos del canon de regulación o la tarifa

de utilización del agua a razón de un 4% de la cuota de dichos tributos. Dicha tasa, contenida en el viejo Decreto 136/1960, está vigente, a la vista de la Ley 25/1998. En el caso de autos, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de julio de 2008 (NR 2240/2002), pone de manifiesto que para que la citada tasa sea exigible “deben cumplirse los dos supuestos de hecho requeridos por el Decreto 138/1960, a saber, de un lado, que se realicen los trabajos facultativos de dirección e inspección de obras a cargo del citado Ministerio y organismos dependientes y, de otra parte, que se abone cualquier tarifa o canon”. La liquidación resultará anulada al faltar el elemento esencial del hecho imponible de la tasa, la prestación del servicio. En efecto, y en palabras del TSJ, “no se puede deducir el elemento propio de la tasa controvertida –la realización de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de la explotación de las obras o servicios públicos a cargo de la Administración autora de la liquidación– con la mera existencia del canon o tarifa por uso del agua. Pues el requisito para poder exigir la tasa es la prestación de servicios perfectamente descritos en la norma, no siendo un coeficiente que se aplica al canon o tarifa de forma automática como una suerte de recargo. Máxime cuando se opone el contribuyente alegando que no existe el hecho imponible de la tasa. El previo abono de canon o tarifa hace lógico y posible que se pueda devengar la tasa, puesto que no puede pagarse por unos servicios de explotación, inspección o vigilancia de algo que no se utiliza. Ahora bien, el hecho de que se utilice el agua no presume que la Administración realice esas labores especiales que se deben abonar como tales”.

#### **B) Minas: canon de superficie de minas**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de mayo de 2008 (NR 64/2004), se refiere una vez más a la eficacia de las actualizaciones genéricas del importe de las tasas vía ley de presupuestos sobre esta figura.

#### **C) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles**

La STS de 30 de abril de 2008 (NR 6662/2005), estima el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Vigo referido al Impuesto de Bienes Inmuebles, anulando la sentencia de la Audiencia Nacional que se había pronunciado a favor de la autoridad portuaria, a la sazón sujeto pasivo del impuesto. El Alto Tribunal declara que la exención para bienes de dominio marítimo-terrestre es aplicable únicamente a aquellos bienes cuyo aprovechamiento es público y gratuito. En relación con las instalaciones ubicadas en el recinto portuario que se dedican a albergar los servicios propios de la actividad administrativa que se desarrolla, el aprovechamiento público y gratuito no existe.

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTROYA HIDALGO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:**

**1. Jurisprudencia comunitaria.** A) Principio de igualdad y medidas ambientales. Aplicación del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero al sector siderúrgico pero no a las instalaciones de los sectores químico y de metales férreos. Justificación de la razonabilidad de la actuación del legislador comunitario: Un sistema complejo y la aplicación por etapas del sistema de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003. B) Autorización versus declaración como técnicas de control medioambiental. El artículo 6 de la Directiva 2006/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad no puede interpretarse en el sentido de que una vez adoptados programas de reducción de la contaminación, puedan sustituirse los sistemas de autorización de vertidos para actividades poco contaminantes, por declaraciones previas relativas a las instalaciones que produzcan tales vertidos. C) Residuos. Almacenamiento temporal. El productor de residuos puede mezclar en el lugar de almacenamiento temporal y previamente a su recogida, residuos clasificables conforme a códigos diferentes de la lista aneja a la Decisión 2000/532. No obstante, se deben adoptar medidas para impedirlo y almacenar por separado si los Estados estiman que ello es necesario para conseguir los objetivos fijados en la normativa comunitaria aplicable (Directiva 75/442/CE). D) Residuos, concepto. No lo son los gases a efectos de la incineración. Conceptos de instalación de incineración y de co-incineración. Aplicación al complejo formado por una fábrica de gas y una central generadora de energía. Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos. E) Contaminación por instalaciones ganaderas. Concepto de ave de corral. Número máximo de aves por instalación. Directiva 96/61/CE del Consejo. **2. Jurisprudencia del Tribunal**

**Europeo de Derechos Humanos.** A) Derecho al respeto de los bienes. Obligación del Estado de indemnizar a los particulares cuyas propiedades reciben un daño excesivo como consecuencia de la adopción de medidas medioambientales. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. B) Derecho a la libertad y a la seguridad. Puesta en libertad condicionada a una garantía que asegure la presencia del interesado en el juicio. El delito contra el medio ambiente como circunstancia que permite la fijación de una fianza elevada. C) Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Contenido de la obligación positiva que el artículo 8 del Convenio impone a los Estados. Obligación de evaluar previamente de manera satisfactoria los riesgos eventuales de una actividad y adoptar las medidas adecuadas capaces de proteger el derecho al respeto de la vida privada y del domicilio y, de manera más general, al disfrute de un medio ambiente sano y protegido. Importancia del acceso del público a la información que le permita evaluar el riesgo al que se le expone. **3. Aguas continentales.** A) Competencia del Organismo de cuenca para denegar, en base a sus potestades discrecionales y valoraciones de sus propios órganos, la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico siempre que se efectúe de forma motivada y aun apartándose de informes del órgano ambiental autonómico. B) Sanción administrativa en materia de aguas al Ayuntamiento de Logroño: principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. C) Sanción administrativa en materia de aguas por afloramiento de aguas subterráneas sin autorización del organismo de cuenca.

**4. Fiscalidad medioambiental.** A) Tributos estatales en materia de aguas. a) Canon de control de vertidos. B) Tributos autonómicos en materia de aguas. a) Cánones de saneamiento y figuras asimilables. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a) Aplicación del Derecho comunitario. b) Tratamiento de las mermas en el transporte de hidrocarburos. c) Utilización de gasóleo bonificado. D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad. a) Concepto de fábrica y aplicación del régimen suspensivo. E) Impuestos sobre el transporte. a) Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte.

## XIII. Medio Ambiente

### 1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

**A) Principio de igualdad y medidas ambientales. Aplicación del régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero al sector siderúrgico pero no a las instalaciones de los sectores químico y de metales ferreos. Justificación de la razonabilidad de la actuación del legislador comunitario: Un sistema complejo y la aplicación por etapas del sistema de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003**

La STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, recaída en el asunto C-127/07, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 de la CE por el Conseil d'Etat francés en un litigio que opone a la Société Arcelor Atlantique et Lorraine y otros contra el Primer Ministro, el Ministro de Ecología y Desarrollo sostenible y el Ministro de Finanzas y de Industria.

La cuestión que se plantea al Tribunal comunitario es muy interesante y la resumo así: el Conseil d'Etat, conociendo del recurso planteado por la Sociedad mencionada contra un Decreto del Gobierno francés, le dirige la siguiente pregunta: “¿Es válida la Directiva [2003/87] en relación con el principio de igualdad, en la medida en que (...) dispone la aplicación del régimen de comercio de los derechos de emisión (...) a las instalaciones del sector siderúrgico, sin incluir en dicho régimen a las industrias del aluminio y del plástico?”

La respuesta inicial del Tribunal, congruente con la que se da, en general, a tales tipos de preguntas en la jurisprudencia de los Altos Tribunales (recuérdese al Tribunal Constitucional español) se estructura en las dos siguientes frases:

“El principio general de igualdad de trato, como principio general del derecho comunitario, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado” (punto 23 de la Sentencia) y

“En el presente caso, la validez de la Directiva 2003/87 debe apreciarse respecto a la inclusión del sector siderúrgico en su ámbito de aplicación y a la exclusión de dicho ámbito de los sectores químico y de los metales no ferreos, a los que, según las observaciones escritas presentadas en el Tribunal de Justicia, pertenecen respectivamente los sectores del plástico y del aluminio.”

A esos efectos, lo primero que debe realizarse es un juicio de constatación de que los sectores se hallan en situación comparable. Y ello se afirma positivamente, pues la finalidad de las normas relativas al comercio de emisión de gases de efecto invernadero es permitir que las reducciones de emisiones se produzcan con el menor coste posible y los distintos sectores nombrados realizan una actividad notable de emisión de gases luego sus posiciones son comparables.

A continuación el razonamiento se va a centrar en la razonabilidad, o no, del trato diferente que reciben estos sectores. A esos efectos el Tribunal comienza constatando el ámbito de libertad del legislador comunitario que el propio Tribunal le ha conferido:

“El Tribunal de Justicia ha reconocido al legislador comunitario, en el ejercicio de las competencias que se le confieren, una amplia facultad de apreciación cuando su acción implica tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y cuando debe realizar apreciaciones y evaluaciones complejas (...) Además, cuando ha de reestructurar o crear un sistema complejo, puede recurrir a un enfoque por etapas” (punto 57).

Amplia facultad de configuración que no equivale a arbitrariedad pues “el legislador comunitario está obligado a basar su elección en criterios objetivos y apropiados en relación con la finalidad perseguida por la legislación en cuestión (...) teniendo en cuenta todos los elementos de hecho, así como los datos técnicos y científicos disponibles en el momento de adoptar el acto de que se trate” (punto 58).

La referencia a las etapas y a la complejidad comienza a marcar el discurrir de la Sentencia, así, “el régimen de comercio de derechos de emisión introducido por la Directiva 2003/87 es un régimen nuevo y complejo cuyos establecimiento y funcionamiento podrían haberse visto perturbados por la implicación de un número de participantes demasiado elevado y, por otro lado, que la delimitación inicial del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 obedeció al objetivo de alcanzar una masa crítica de participantes necesaria para la instauración de este régimen” (punto 60).

La Directiva 2003/87, efectivamente, tenía un “enfoque progresivo” durante la primera fase de su aplicación con objeto de no perturbar la implantación de este régimen. Y todo ello entraba “dentro del margen de apreciación de que disponía el legislador comunitario” (punto 61). Si se hubiera realizado otra opción de más amplia extensión objetiva de la aplicación, ello probablemente podría haber afectado al éxito de la aplicación de la Directiva (punto 65). Debe tenerse en cuenta que el número de instalaciones del sector químico es de 34.000 y el de las instalaciones inicialmente incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, es de 10.000 (punto 64) pero éstas ya representan, según la información proporcionada por el Parlamento y la Comisión, en conjunto más del 50% de las emisiones de CO<sub>2</sub> (punto 50). Consiguientemente, “el trato diferente del sector químico frente al siderúrgico puede considerarse justificado” (punto 69).

Por otra parte y remitiéndose al informe científico en el que se basó la Directiva (punto 52 de la Sentencia) las emisiones de CO<sub>2</sub> eran para el sector de la siderurgia de 174,8 millones de toneladas, de 26,2 millones de toneladas para el sector químico y 16,2 millones de toneladas para el sector de los metales no férricos (en el que se incluyen los plásticos). La consecuencia para este sector es clara: “la diferencia entre los niveles de emisiones directas de los dos sectores en cuestión es tan sustancial que el trato diferente de tales sectores puede considerarse justificado, en la primera fase de aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión y visto el enfoque progresivo en que se basa la Directiva 2003/87, sin que el legislador comunitario tenga que tomar en consideración necesariamente las emisiones indirectas atribuibles a los distintos sectores” (punto 72).

La consecuencia final es que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. En todo caso debe tenerse bien en cuenta el carácter “condicionado”, aunque no se diga así, de la libertad que la Sentencia otorga al legislador comunitario. En una “primera fase” está justificado que

### XIII. Medio Ambiente

las cosas sean de otra manera. Con independencia de cuando deba concluir, de hecho, esta primera fase, es evidente que no habría justificación para unas medidas permanentes de este estilo.

**B) Autorización *versus* declaración como técnicas de control medioambiental. El artículo 6 de la Directiva 2006/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad no puede interpretarse en el sentido de que una vez adoptados programas de reducción de la contaminación, puedan sustituirse los sistemas de autorización de vertidos para actividades poco contaminantes, por declaraciones previas relativas a las instalaciones que produzcan tales vertidos**

La STJCE (Sala Segunda) de 6 de noviembre de 2008, recaída en el asunto C-381/07, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 de la CE por el Conseil d'Etat (Francia) en el procedimiento que se sigue entre la Association nationale pour la protection des eaux et rivières –TOS– y el Ministerio de Ecología, del desarrollo y de la ordenación sostenibles. La cuestión debatida hace relación a la anulación que los recurrentes persiguen de un Decreto francés, que, en relación a las sustancias incluidas en la lista II de la Directiva comunitaria nombrada, permite un sistema de declaración para las instalaciones que no presenten riesgos para la salud y la seguridad pública aunque también lleven a cabo vertidos de sustancias incluidas en esa lista. El régimen jurídico mencionado se completa indicándose que, durante un plazo determinado, la autoridad administrativa podrá oponerse a la operación proyectada si resulta incompatible con las disposiciones del plan rector de ordenamiento y de gestión de las aguas o perjudica tan gravemente los intereses de protección de las aguas y de lucha contra la contaminación que ninguna disposición podría remediar el perjuicio.

Pues bien, la cuestión prejudicial planteada es, precisamente, la de la compatibilidad con el artículo 6 de la Directiva 2006/11, que exige una autorización previa, de este sistema de declaración con posibilidad posterior de oposición por parte del órgano administrativo competente.

El Tribunal va a comenzar recordando algunas de las características de la autorización a que se refiere el artículo 6. Dice, así, que no existe ninguna excepción a la necesidad de esta autorización en la Directiva 2006/11, ni en relación a las características de las instalaciones ni en relación a las características de los vertidos. Ello quiere decir que el sistema de declaración controvertido sólo podría considerarse compatible con la Directiva si pudiera considerarse “equivalente a una autorización previa en el sentido de ese artículo” (punto 24 de la Sentencia).

Pero la autorización también debe señalar las normas de emisión, que se calcularán en función de las normas de calidad medioambiental contenidas en un programa establecido por el Estado miembro; esas normas de emisión son aplicables a los vertidos individuales autorizados y calculados en función de los objetivos de calidad establecidos previamente en el programa y establecidos en base al análisis de las aguas receptoras. La conclusión es clara:

“De ello se desprende que una autorización previa en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2007/11, implica un examen caso por caso de todas las solicitudes presentadas con este fin y que no puede ser tácita” (punto 26).

Ello implica que el régimen de declaración no es compatible con la Directiva,

“(…) puesto que no garantiza que todos los vertidos que puedan contener una sustancia de la lista II den previamente lugar a un examen específico que conduzca a la fijación de normas de emisión que les sean propias, determinadas en función de las normas de calidad medioambiental aplicables y del estado concreto de las aguas receptoras. Un régimen de este tipo no obliga por consiguiente a la autoridad administrativa competente a adoptar una decisión que pueda considerarse equivalente a una autorización previa en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2006/11”.

**C) Residuos. Almacenamiento temporal. El productor de residuos puede mezclar en el lugar de almacenamiento temporal y previamente a su recogida, residuos clasificables conforme a códigos diferentes de la lista aneja a la Decisión 2000/532. No obstante, se deben adoptar medidas para impedirlo y almacenar por separado si los Estados estiman que ello es necesario para conseguir los objetivos fijados en la normativa comunitaria aplicable (Directiva 75/442/CE)**

La STJCE (Sala Segunda) de 11 de diciembre de 2008, recaída en el asunto C-387/07, trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 de la CE por el Tribunale di Ancona (Italia) en un procedimiento entre MI.VER Srl y Danielle Antonelli y la Provincia de Macerata.

La cuestión planteada es la de la exigibilidad, o no, por la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (modificada posteriormente) y la Decisión 2000/532/CE de la Comisión, de 3 de mayo de 2000, que sustituye a la Decisión 94/3/CE por la que se establece una lista de residuos de conformidad con la letra a) del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE... y a la Decisión 94/904/CE del Consejo por la que se establece una lista de residuos peligrosos en virtud del apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 91/689/CEE del Consejo, relativa a los residuos peligrosos, de un almacenamiento separado de los distintos residuos por su productor y en el período que precede a su verdadera gestión.

Frente a la posición de la provincia de Macerata y del Gobierno italiano que comparece a su lado y que son proclives a la obligación de almacenamiento por separado, el Tribunal establece que no es ello exigido por la Directiva ni por la Decisión nombrada en el período que precede a la gestión propiamente hablando. Ello sólo tendría como excepción la voluntad de los Estados que pudieran estimar la necesidad de ese almacenamiento separado para cumplir los objetivos de la Directiva nombrada, pero ello exigiría la correspondiente regulación interna (punto 27 de la Sentencia).

**D) Residuos, concepto. No lo son los gases a efectos de la incineración. Conceptos de instalación de incineración y de coincineración. Aplicación al complejo formado por una fábrica de gas y una central generadora de energía. Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos**

La STJCE (Sala Segunda) de 4 de diciembre de 2008, recaída en el asunto C-317/07, trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 de la CE por el

### XIII. Medio Ambiente

Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) en el procedimiento incoado por Lathi Energia Oy frente al Servicio medioambiental de Finlandia Oriental.

La cuestión presente en este caso es de una gran complejidad técnica y llevaría mucho espacio la exposición de ésta y del ordenamiento jurídico aplicable, por lo que prefiero acudir a la mera síntesis de las cuestiones y de la respuesta del Tribunal de Justicia comunitario. Digamos, simplemente, que la empresa mencionada posee un complejo industrial constituido por una fábrica de gas y una central generadora de energía. El gas se producía a partir de residuos y la energía en una caldera de vapor donde se quemaba el gas purificado que se producía en la fábrica. Esta empresa recibió de la Administración finlandesa una autorización que consideraba que las dos instalaciones constituían conjuntamente una instalación de coincineración a efectos de la Directiva 2000/76. Frente a esta decisión interpuso recurso y un tribunal administrativo confirmó la decisión original. La empresa recurrió en casación y el Tribunal mencionado en el párrafo anterior planteó una serie de preguntas.

La primera hace referencia a la naturaleza de residuo del gas obtenido en la fábrica. La respuesta del Tribunal de Justicia es clara: mencionando el artículo 3.1 de la Directiva 2000/76 que indica que en el contexto de esa Directiva sólo son residuos los “sólidos” y los “líquidos” se concluye que el gas obtenido no es residuo a efectos de esa Directiva.

Las siguientes preguntas hacen referencia a la calificación jurídica del complejo a los efectos de la Directiva 2000/76. El Tribunal de Justicia dice que debe realizarse un análisis por separado de la fábrica de gas y de la central productora de energía. En relación a la primera, indica que cumple la definición de instalación de coincineración. No es instalación de incineración porque el gas obtenido no se quema en ella. Al contrario, debe considerarse como instalación de coincineración en función del contenido del artículo 3.5 de la Directiva que define como tal a toda instalación fija o móvil cuya finalidad principal sea la generación de energía o la fabricación de productos materiales y que utilice residuos como combustible habitual o complementario o en la que los residuos reciban un tratamiento térmico para su eliminación (punto 33 de la Sentencia).

Sin embargo, la central de energía no responde a esta definición (ni, obviamente, a la de incineradora) y ello porque utiliza el gas purificado (que no es un residuo) para producir energía sustituyendo a los combustibles fósiles utilizados de manera predominante en su actividad (punto 41 de la Sentencia).

#### **E) Contaminación por instalaciones ganaderas. Concepto de ave de corral.**

##### **Número máximo de aves por instalación. Directiva 96/61/CE del Consejo**

La STJCE (Sala Segunda) de 22 de enero de 2009, recaída en el asunto C-473/07, trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 de la CE por el Conseil d'Etat (Francia) en el procedimiento entre la Asociación nacional para la protección de las aguas y los ríos –TOS– y la Asociación OABA y el Ministerio de Ecología, Desarrollo y Ordenación sostenibles francés.

La cuestión es simple de exponer y se desarrolla en torno a los recursos interpuestos por las Asociaciones mencionadas en el párrafo anterior contra el Decreto 2005-989, de 10 de agosto

de 2005, al que se juzga contrario a la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. Este decreto dispone un umbral de 30.000 habitantes equivalentes más allá del cual no pueden explotarse los criaderos de aves de corral y de caza de pluma sin disponer previamente de una autorización para ello. Igualmente se establece un coeficiente de conversión de 0,125 para las codornices y de 0,25 para las perdices y las palomas. De esta forma, un criadero de más de 40.000 codornices, perdices o palomas no alcanzaría dicho umbral y podría explotarse simplemente con un régimen de declaración previa. Serían necesarias más de 240.000 codornices y más de 120.000 perdices o palomas para que debiera tener lugar dicha autorización previa en función de los coeficientes de conversión indicados.

Frente a ello, el Anexo I, punto 6.6, letra a), de la Directiva, en cuanto se refiere a las aves de corral dispone que están sometidas a autorización previa en cuanto tengan más de 40.000 emplazamientos. Lo que el Conseil d'Etat demanda del Tribunal comunitario es si en este anexo relativo a las "aves de corral" hay que incluir a las codornices, perdices y palomas y, en segundo lugar, si es válido un sistema como el francés de fijación de unos coeficientes de equivalencia a partir de las menciones de la Directiva comunitaria a los "emplazamientos".

El Tribunal comunitario comienza sentando la afirmación de que aunque el término "aves de corral" no está definido en la Directiva comunitaria, el sentido habitual de este término se refiere a las "aves criadas por sus huevos o por su carne", expresión en la que se incluirían a las codornices, perdices y palomas (punto 23 de la sentencia).

En segundo lugar, se indica que la Directiva comunitaria no excluiría, en principio, el acudir a un sistema de coeficientes de conversión en relación a determinadas aves pero ello debería estar apoyado en una exacta correspondencia, también, con los niveles de molestias, vertidos, ruidos, olores, ocasionados por las aves a las que se aplicarán los coeficientes de conversión dada la finalidad de la Directiva que es la prevención y reducción de la contaminación de ciertas actividades entre las que se halla la cría intensiva de aves de corral (puntos 35-40 de la Sentencia). En el caso concreto no se podrían aplicar esos coeficientes para excluir de la autorización previa las instalaciones donde se criaran de 40.001 a 240.000 codornices o de 40.001 a 120.000 perdices o palomas dado que "tales instalaciones pueden producir una cantidad de nitrógeno, fósforo, cobre y zinc superior a la producida por las instalaciones destinadas a la cría intensiva de 40.000 pollos convencionales" (punto 44 de la Sentencia).

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### **A) Derecho al respeto de los bienes. Obligación del Estado de indemnizar a los particulares cuyas propiedades reciben un daño excesivo como consecuencia de la adopción de medidas medioambientales. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su STEDH de 11 de diciembre de 2008, en el asunto *Theodoraki y otros contra Grecia*, en relación con una demanda

### XIII. Medio Ambiente

planteada por tres ciudadanos griegos y una sociedad anónima de la misma nacionalidad por violación, entre otros, de su derecho al respeto de sus bienes, contemplado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio europeo de derechos humanos. Los demandantes son propietarios de unos terrenos en la isla de Zante, al oeste de Grecia, situados en las proximidades de una bahía frecuentada por tortugas marinas *caretta-caretta* para su reproducción, y que a partir de los años 70 se ha convertido en destino turístico, construyéndose complejos hoteleros en las inmediaciones de los terrenos de los demandantes.

La capacidad para construir en la zona se ha ido reduciendo progresivamente mediante diversas disposiciones gubernamentales. Por Decreto Presidencial de 13 de abril de 1984 se creaban tres zonas en las que se restringía el derecho de construcción. Los terrenos de los demandantes eran incluidos en la primera zona, en la que las restricciones son más estrictas. Otro Decreto Presidencial de 22 de diciembre de 1999 calificaba como “Parque Nacional de Zante” una superficie que incluía la bahía y otros islotes vecinos, con el objetivo de proteger de manera efectiva a la tortuga *caretta-caretta*. Como consecuencia de ello se prohibía toda construcción en el interior del Parque natural. Por último, una resolución del Secretario General de la región de 12 de septiembre de 2005 calificaba los terrenos en litigio, en su integridad, como parte de una antigua ribera, perteneciente, según la legislación interna, a la propiedad del Estado.

Los demandantes plantean diversos recursos contra las distintas decisiones de las autoridades públicas que restringen ese derecho a construir. En concreto, el 18 de febrero de 2000 solicitan al Consejo de Estado la anulación del Decreto de 1999, para ello invocan el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio, quejándose particularmente de la ausencia de indemnización por el bloqueo de sus propiedades. El Consejo de Estado rechaza el recurso, pero añade que la indemnización de los daños causados a personas cuyo derecho de propiedad se vea afectado por medidas de protección del medio ambiente no entra dentro de la esfera de discreción de las autoridades competentes sino que constituye una obligación que resulta de la legislación en vigor. Debe añadirse a este respecto que el 24 de noviembre de 2005 los demandantes planteaban una demanda de indemnización ante la administración, sin que hasta el momento hayan obtenido respuesta.

El Tribunal de Estrasburgo rechaza la posición del Gobierno en relación con la no injerencia en el derecho de los demandantes a disponer de sus bienes. Señala que en el momento en que éstos adquirieron sus propiedades el Derecho interno les reconocía, bajo ciertas condiciones, la posibilidad de construir. La explotación de esos terrenos con ese fin se ha ido bloqueando de forma progresiva entre 1984 y 1999, hasta llegar a una limitación drástica de construcción sobre esos terrenos. Añade que es claro que esas restricciones se adoptan con el objetivo de proteger el medio ambiente natural en la bahía y a este respecto estima razonable que en un ámbito tan complejo y difícil como el de la ordenación del territorio, los Estados disfruten de un gran margen de apreciación para diseñar su política urbanística. Por eso afirma que la injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes responde a exigencias de interés general, como son las relativas a la protección medioambiental.

Sin embargo, el Tribunal advierte que el fin legítimo de la protección del medio ambiente, por importante que sea, no libera al Estado de su obligación de indemnizar a los interesados cuando el daño a su derecho de propiedad es excesivo. Además afirma que le corresponde a él verificar, en cada caso, que el equilibrio entre ambos objetivos ha sido preservado de manera compatible con el derecho de los demandantes al respeto de sus bienes. A este respecto

responde que la forma en que las autoridades internas han actuado en el caso, en el que las medidas restrictivas afectan a la sustancia misma de la propiedad de los demandantes, no se puede considerar como respetuosa de un derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 y no ofrece una protección adecuada a las personas que disfrutaban de buena fe de la propiedad de sus bienes. En particular afirma que la ausencia de indemnización, combinada con la actitud de las autoridades nacionales a partir de la resolución de 2005, rompen el justo equilibrio que debe reinar entre el interés público y privado. Se hace hincapié en que las autoridades administrativas en lugar de responder a la solicitud de indemnización planteada por los demandantes tras las sentencias del Consejo de Estado, se limitan a calificar los terrenos como antigua ribera, lo que conlleva la imposición a los demandantes de una medida que implica la pertenencia de sus terrenos al Estado. Este comportamiento, situado en el contexto del asunto, puede ser visto en opinión del Tribunal más como un intento de esquivar la cuestión de la indemnización que como una prueba de la voluntad de ofrecer una respuesta rápida y concreta sobre la cuestión. Por todo ello el Tribunal de Estrasburgo concluye que ha existido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

**B) Derecho a la libertad y a la seguridad. Puesta en libertad condicionada a una garantía que asegure la presencia del interesado en el juicio. El delito contra el medio ambiente como circunstancia que permite la fijación de una fianza elevada**

La STEDH de 8 de enero de 2009, en el asunto *Mangouras contra España*, tiene su origen en una demanda presentada por un ciudadano griego por violación de su derecho a la libertad y seguridad reconocido en el artículo 5.3 del Convenio europeo, como consecuencia de que la garantía impuesta a ese ciudadano por los tribunales españoles para asegurar su comparecencia en el juicio resulta desproporcionada. El demandante, residente en Grecia, cumplía funciones de capitán del navío *Prestige* que el 13 de noviembre de 2002 naufragaba frente a las costas gallegas transportando setenta mil toneladas de fuel. Por decisión de 17 de noviembre de 2002 el juzgado de instrucción de La Coruña estimaba que los hechos revelaban la existencia de indicios suficientes para abrir una investigación penal. Con ese fin el juez ordenaba la prisión provisional del demandante con una fianza de tres millones de euros. Para llegar a esa conclusión el juez consideraba que, aunque el origen de la catástrofe hubiera sido accidental, ciertos elementos del *dossier*, de momento de carácter provisional, permitían observar irregularidades en el comportamiento del demandante, como una falta de colaboración con las autoridades portuarias cuando éstas intentaron remolcar el navío. Esa actitud en opinión del juez podía dar lugar a la existencia de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, así como un delito de desobediencia a las autoridades administrativas.

Tras los correspondientes recursos del demandante en el plano interno finalmente el 29 de septiembre de 2003 el Tribunal Constitucional resolvía el recurso de amparo en el sentido de considerar que las circunstancias del caso justifican el montante fijado para la fianza a la que se condiciona el fin de la detención provisional. Posteriormente las autoridades españolas autorizaban el regreso del demandante a su país de origen, en el que actualmente reside, a condición de que la Administración griega garantice el respeto del control periódico al que el demandante está sometido en España. Así el demandante está obligado a comparecer en una comisaría de su isla natal o de Atenas, donde residen sus hijos, cada quince días. El procedi-

### XIII. Medio Ambiente

miento penal continúa abierto a día de hoy en el juzgado de instrucción núm. 1 de Corcuación (La Coruña).

En su examen sobre el fondo el Tribunal de Estrasburgo señala que el artículo 531 del Código de procedimiento penal español somete la fijación del montante de la fianza en el caso de detención provisional a los siguientes criterios: la naturaleza del delito, la pena prevista y el interés jurídico protegido, la situación social y los antecedentes judiciales del detenido, así como cualquier otra circunstancia que pueda influir en su intención de sustraerse a la autoridad judicial. A ello añade que en este caso los tribunales internos se han apoyado en la gravedad del delito y en la alarma social provocada, así como en las circunstancias personales del detenido, en concreto en su nacionalidad y domicilio griegos así como en su falta de lazos de conexión con España. El Tribunal de Estrasburgo reconoce lo elevado de la fianza, si bien apunta que ésta ha sido pagada por una mutua con la que el armador del buque tenía contratado un seguro.

El Tribunal concluye que no se puede ignorar la preocupación creciente y legítima que existe tanto a nivel europeo como internacional respecto de los delitos contra el medio ambiente. Subraya a este respecto la obligación de los Estados en esta materia de luchar contra la contaminación marina y la voluntad unánime de Estados y de Organizaciones internacionales de identificar a los responsables y garantizar su procesamiento y sanción. Así pues, en su opinión, la gravedad de los hechos justifica el cuidado puesto por las jurisdicciones internas en determinar la responsabilidad en la catástrofe natural y, en consecuencia, es razonable que se hayan querido asegurar de la presencia del demandante en el proceso fijando una fianza elevada. Por todo ello estima que las autoridades nacionales han justificado plenamente la proporcionalidad del montante de la fianza que debía hacer efectiva el demandante y han tenido en cuenta de manera suficiente sus circunstancias personales, en particular su condición de asalariado del armador, que por su parte se encontraba asegurado frente a este tipo de eventualidades. De acuerdo con todo ello, el montante de la fianza se considera elevado pero no desproporcionado teniendo en cuenta el interés protegido, la gravedad del delito y sus consecuencias catastróficas tanto desde el punto de vista ambiental como económico. Por todo ello considera que no existe violación del artículo 5.3 del Convenio.

**C) Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Contenido de la obligación positiva que el artículo 8 del Convenio impone a los Estados. Obligación de evaluar previamente de manera satisfactoria los riesgos eventuales de una actividad y adoptar las medidas adecuadas capaces de proteger el derecho al respeto de la vida privada y del domicilio y, de manera más general, al disfrute de un medio ambiente sano y protegido. Importancia del acceso del público a la información que le permita evaluar el riesgo al que se le expone**

La STEDH de 27 de enero de 2009, en el asunto **Tatar contra Rumanía**, responde a una demanda presentada por dos ciudadanos de ese Estado por violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar, contemplado en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos. Los demandantes se quejan de que la actividad de una sociedad de explotación minera, S.C. Aurul Baia Mare, que desarrolla su actividad en las cercanías del domicilio representa un peligro para su vida, también alegan la pasividad de las autoridades nacionales para hacer frente a la situación. En 1993 el Ministerio de Medio Ambiente de Rumanía llevaba a

cabo un estudio de impacto ambiental concluyendo que tanto los suelos y las aguas subterráneas como el de la región se encontraban muy contaminados. Esa conclusión era confirmada por otro estudio de impacto ambiental realizado en 2001. Asimismo el informe del Programa de las Naciones para el Medio Ambiente de marzo de 2000 describía esta región como contaminada como consecuencia de una actividad industrial intensa. Ese informe pretendía valorar las consecuencias del accidente ecológico ocurrido el 30 de enero anterior, cuando una gran cantidad de aire contaminado alcanzaba a Hungría y Serbia-Montenegro, llegando finalmente hasta el Mar Negro por el Delta del Danubio.

El Tribunal recuerda su jurisprudencia relativa a la posibilidad de que los daños graves al medio ambiente puedan ser considerados como afectando al bienestar de una persona, privándola del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, y por tanto constituyendo una violación del artículo 8 del Convenio. Asimismo recuerda que las obligaciones que del artículo 8 resultan para los Estados no se limitan a una dimensión negativa, de abstenerse de llevar a cabo ese tipo de conductas, sino que incluyen una dimensión positiva, de tomar todas las disposiciones razonables y adecuadas para proteger los derechos de las personas, especialmente en lo relativo a la adopción de un marco legislativo y administrativo que haga posible una prevención eficaz de los daños al medio ambiente y a la salud humana. En el marco de esa obligación positiva subraya que el proceso decisorio para la adopción de esas medidas debe comportar en primer lugar la realización de estudios e investigaciones que permitan prevenir los efectos de las actividades que pueden comportar daños al medio ambiente y a los derechos de los individuos y permitir así el establecimiento de un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes. A este respecto considera que el acceso del público a las conclusiones de esos estudios e investigaciones, así como a las informaciones que permitan evaluar el riesgo al que está expuesto, reviste una importancia que está fuera de duda. Además, los individuos concernidos deben poder plantear un recurso contra cualquier decisión, acto u omisión ante los tribunales si consideran que sus intereses u observaciones no han sido debidamente tenidos en cuenta durante el procedimiento decisorio.

A continuación el Tribunal Europeo establece la aplicabilidad del artículo 8 al caso concreto, si bien advierte de la dificultad existente en el caso puesto que ninguna decisión interna o documento oficial indica de manera suficientemente clara el grado de riesgo que la actividad de la sociedad Aurul representa para la salud humana y el medio ambiente. Esta circunstancia constituye una clara diferencia de este caso respecto de otros similares planteados ante él, en los que los demandantes se apoyan en decisiones de los tribunales reconociendo que las actividades en curso son peligrosas para el medio ambiente y para la salud, en decisiones administrativas que declaran esas actividades incompatibles con las normas medioambientales o en informes accesibles al público indicando un cierto grado de contaminación resultante de una actividad.

En cuanto al grado de respeto del artículo 8 del Convenio el Tribunal determina si el proceso decisorio seguido para la autorización del funcionamiento de la sociedad Aurul se apoyaba en estudios e investigaciones que hubieran permitido evaluar anticipadamente los riesgos eventuales de la actividad en cuestión y si las conclusiones de esos estudios se hicieron accesibles al público. Asimismo el Tribunal responde a si, en el contexto posterior al accidente de enero de 2000, las autoridades regionales informaron a la población de la ciudad de Baia Mare, en

### XIII. Medio Ambiente

la que residían los demandantes, de los eventuales riesgos y consecuencias del accidente para la salud humana y el medio ambiente.

En relación con la primera cuestión el Tribunal afirma que de los diversos informes y documentos aportados por los demandantes no se deduce con claridad una relación causa-efecto entre la actividad de la industria y las patologías de los demandantes. Sin embargo, la incertidumbre científica existente no impide que exista un riesgo serio y sustancial para la salud y el bienestar de los demandantes, del que resulta la imposición al Estado de una obligación positiva de adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los interesados al respeto de su vida privada y de su domicilio, y más en general para disfrutar de un medio ambiente sano y protegido. En cuanto a los estudios de impacto ambiental llevados a cabo por las autoridades el Tribunal de Estrasburgo señala que no tiene capacidad para sustituir con su propio punto de vista el de aquéllas en cuanto a la mejor política medioambiental e industrial a adoptar, recordando además el amplio margen de apreciación que se reconoce en su jurisprudencia a los Estados en ámbitos sociales y técnicos difíciles, como es el caso. A eso se añade que la sociedad utilizaba una tecnología nueva, nunca usada en Rumanía, cuyas consecuencias para el medio ambiente no eran conocidas. No obstante, recuerda que en Derecho rumano el derecho a un medio ambiente sano tiene carácter de principio constitucional y se desarrolla en la Ley 137/1995 sobre la protección del medio ambiente. Por otra parte, recuerda que debe tenerse en cuenta el principio de precaución que recomienda a los Estados que no retrasen la adopción de medidas efectivas y proporcionadas para prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente en ausencia de certidumbre científica o técnica.

El Tribunal de Estrasburgo también observa que de ningún elemento del *dossier* se deduce que las autoridades rumanas hayan procedido a un debate de los riesgos resultantes de la actividad de la sociedad para el medio ambiente y la salud de la población. A eso añade que en este caso ese riesgo era previsible y así lo confirmaba el accidente de enero de 2000 que afectó también a Hungría y Serbia, lo que, como recuerda el Tribunal, conecta con el espíritu del principio núm. 21 de la Declaración de Estocolmo y núm. 14 de la de Río, relativos al deber general de las autoridades de desanimar y prevenir las transferencias a otros Estados de sustancias que provocan un grave deterioro al medio ambiente. El Tribunal afirma que esas normas internacionales específicas existen en el marco legislativo nacional instaurado por la ley sobre la protección del medio ambiente, por lo que hubiesen podido ser aplicadas por las autoridades rumanas. Por todo ello concluye que las autoridades rumanas no han cumplido con su obligación de evaluar previamente de manera satisfactoria los riesgos eventuales de la actividad en cuestión y adoptar las medidas adecuadas capaces de proteger los derechos de los interesados al respeto de su vida privada y de su domicilio y, de manera más general, al disfrute de un medio ambiente sano y protegido.

En el marco de esa obligación positiva el Tribunal subraya la importancia del derecho del público a la información, en este caso, a las conclusiones de los estudios medioambientales previos así como a las informaciones que permitan evaluar el riesgo al que se expone a ese público. A este respecto afirma que el Gobierno alegaba la realización de debates públicos el 24 de noviembre y el 3 de diciembre de 1999. Sin embargo, el Tribunal señala que en ninguno de esos debates se proporcionó a los participantes un estudio de impacto ambiental, incluso que con ocasión del primer debate los participantes solicitaron información precisa sobre el riesgo que resultaba del funcionamiento de la tecnología en cuestión, pero no obtuvieron

ninguna respuesta ni en ese debate ni en el siguiente. Además, el Tribunal recuerda que la Ley núm. 137/1995, según se encontraba en vigor en el momento de los hechos, contemplaba que las autoridades nacionales debían, en el marco de un debate público, informar a los interesados del impacto que la actividad industrial puede tener sobre el medio ambiente, e incluso de hacer público el informe de impacto ambiental. A este respecto el Tribunal recuerda que las autoridades se abstuvieron de hacer públicas las conclusiones del estudio preliminar realizado en 1993.

El Tribunal añade que tras el accidente de enero de 2000 la actividad industrial ha continuado, utilizando la misma tecnología. A este respecto recuerda el principio de precaución ya apuntado y concluye que las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar a cargo de las autoridades nacionales se consideran aplicables, incluso *a fortiori*, al período ulterior al accidente de enero de 2000. En ese sentido estima que, debido a las consecuencias sanitarias y medioambientales, la población de Baia Mare, incluidos los demandantes, ha debido vivir en una situación de angustia e incertidumbre acentuadas por la pasividad de las autoridades nacionales que debían proporcionar información suficiente y detallada de las consecuencias pasadas, presentes y futuras del accidente ecológico sobre su salud y sobre el medio ambiente y sobre las medidas de prevención y recomendación adoptadas en relación a otros acontecimientos similares en el futuro. A todo lo que se une el temor debido a la continuación de la actividad y a la posible repetición en el futuro del mismo accidente. El Tribunal añade que en el contexto posterior al accidente de enero de 2000 las autoridades nacionales han faltado a su deber de información de la población de Baia Mare y más en particular de los demandantes, que se encuentran imposibilitados de conocer las eventuales medidas de prevención de un accidente o las medidas de acción en caso de reproducción de tal accidente. Por todo ello el Tribunal concluye que ha existido violación del artículo 8 del Convenio.

### 3. AGUAS CONTINENTALES

#### **A) Competencia del Organismo de cuenca para denegar, en base a sus potestades discrecionales y valoraciones de sus propios órganos, la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico siempre que se efectúe de forma motivada y aun apartándose de informes del órgano ambiental autonómico**

Se discute en la STS de 19 de noviembre de 2008 (recurso de casación 6135/2004), la resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de España de fecha 4 de diciembre de 1998, denegatoria por cuestiones ambientales de solicitud de concesión de aprovechamiento hidroeléctrico, a favor de la entidad mercantil GEOGAL, SL, para la producción de energía eléctrica.

Dicha resolución denegatoria del aprovechamiento fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (recurso 252/1999), el cual mediante Sentencia de 23 de abril de 2004, Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo, determinó la nulidad de la resolución denegatoria de la Confederación Hidrográfica, declarando el derecho de la entidad mercantil recurrente al otorgamiento de la concesión solicitada. La base del fallo de la Sala de instancia consistía en la contradicción de los informes de la Comisaría de Aguas de la Confederación, de

### XIII. Medio Ambiente

fecha 6 de octubre de 1998, y el informe de la Comisión Gallega de Medio Ambiente, de fecha 6 de febrero de 1997, estimándose por la Sala que la decisión denegatoria del aprovechamiento por parte de la Confederación Hidrográfica contradecía el informe del órgano ambiental autonómico, el cual sí que autorizaba la viabilidad ambiental del aprovechamiento hidroeléctrico, sometiendo dicha declaración de efectos ambientales al establecimiento de una serie de condiciones tendentes a la protección de la fauna, suelo y calidad de las aguas y del medio.

Interpuesto el recurso de casación por el Abogado del Estado, se alega contra la sentencia de instancia un único motivo de casación [artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa] por entender que la sentencia recurrida infringe los artículos 13.3, 57.4 y 72.1 de la Ley de Aguas, junto con los artículos 93, 97, 98, 110.1, 112 y 115 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 916/1985, de 25 de mayo, modificado por Real Decreto 249/1988, de 18 de marzo), ya que la Sala de instancia reprocha a la resolución recurrida de la Confederación Hidrográfica que se apoye para denegar el aprovechamiento en consideraciones de protección de medio ambiente a partir de informes de órganos propios (Unidad de Planificación Hidrológica y Jefe del Área correspondiente de la Comisaría de Aguas) que no desvirtúan el informe medioambiental del órgano autonómico, entendiendo la Sala sentenciadora que por tal motivo la Confederación Hidrográfica se excedió en el ejercicio de sus competencias.

Al respecto el TS determina que no resulta conforme a derecho y a nuestra actual legislación de aguas, considerar que la Confederación Hidrográfica del Ebro se excede en sus competencias cuando apoya su resolución en condiciones ambientales que, lógica y científicamente, son inseparables de la estricta regulación fluvial del río, dada la trascendencia directa que ello tiene en el medio físico por ser el río un elemento vivo que nutre, alberga y determina un espacio y ecosistema (FJ 1º).

Más aún, el TS entiende que la Confederación Hidrográfica es el órgano competente, de conformidad con la Ley de Aguas, para el otorgamiento de los aprovechamientos hidráulicos solicitados, basando su decisión denegatoria en una valoración completa y racional de los informes emitidos en el procedimiento seguido al efecto, conforme al artículo 59.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. En este sentido se afirma que el hecho de que algunos de los informes emitidos por la Administración autonómica ambiental consideren que la obras proyectadas son ambientalmente viables con una serie de correcciones, no priva a la Confederación Hidrográfica de su potestad discrecional para, a la vista de dicho parecer por la Administración ambiental autonómica y de los demás datos de los informes reflejados en sus propios órganos, como fueron la Unidad de Planificación Hidrológica y el Jefe de Área de la Comisaría de Aguas, se deniegue la concesión solicitada de forma motivada y en atención al interés público. Ello teniendo también en consideración por el TS que entre los principios rectores para otorgar concesiones hidráulicas está el criterio del uso más racional del agua y la mejor protección del entorno, según establece el artículo 79.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), determinaciones estas que también se reiteran en los artículos 93.1 y 97.1 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

Por todo lo anterior el TS acuerda estimar el motivo de casación invocado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 23 de abril de 2004 (recurso contencioso-administrativo 252/1999), determinando ajustada a derecho la Resolución de la Confede-

ración Hidrográfica del Norte de España de fecha 4 de diciembre de 1998, denegatoria de los aprovechamientos hidráulicos solicitados por la mercantil GEOGAL, SL.

**B) Sanción administrativa en materia de aguas al Ayuntamiento de Logroño:  
principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**

Se discute en la STS de 20 de noviembre de 2008 (recurso de casación 48/2007), la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro, de 5 de mayo de 2006, en virtud de la cual se imponía una sanción administrativa en materia de aguas al Ayuntamiento de Logroño, por un importe de 3.005,06 euros. En el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Logroño en interés de Ley, se impugna la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 18 de junio de 2007 (recurso contencioso-administrativo 236/2006), la cual desestimaba en recurso planteado por el Ayuntamiento de Logroño contra la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Ebro.

El asunto fundamental que se discute en esta casación es la aplicación alegada por el Ayuntamiento de Logroño del artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, pues la imputación de la conducta infractora requiere, de forma inexcusable, la acreditación de culpabilidad a efectos de la imposición de las sanciones. Sostiene el Ayuntamiento de Logroño, en este sentido, que no es el autor del vertido y depositó los residuos sólidos en zona de Dominio Público Hidráulico, por lo que concluye en la falta del elemento de culpabilidad para imponer la sanción.

Ante los hechos descritos el TS efectúa una detalladísima descripción de los fundamentos jurídicos contenidos en la Sentencia de instancia (recurso contencioso-administrativo 236/2006) para afirmar, por un lado, que el recurso en interés de Ley planteado por el Ayuntamiento de Logroño para pretender el nuevo enjuiciamiento de la causa resuelta por la Sala de instancia, no es el cauce procesal adecuado para depurar la decisión judicial recurrida, no concurriendo en este caso la específica finalidad que persigue dicho recurso de conformidad con la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por otro lado y en cuanto al fondo de la cuestión de esta casación, afirma el TS que la Sentencia recurrida, que confirma la resolución sancionadora del organismo de cuenca por la infracción prevista en el artículo 116.3.g) del TR de la Ley de Aguas y 322 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, se efectuó como consta en la instrucción del expediente sancionador, no porque se hubiese realizado directamente por el Ayuntamiento de Logroño el vertido de residuos sólidos en diversos puntos de la zona de Dominio Público Hidráulico y de la zona de policía del río Ebro, sino porque el Ayuntamiento no impidió su realización mediante el cumplimiento de la prestación de servicios que le impone como competencia municipal el artículo 25 de la Ley 2/1985, de Bases del Régimen Local.

Es más declara el TS, hay que recordar que la culpabilidad es un principio de la potestad sancionadora previsto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, cuando declara que “sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, aun a título de simple inobservancia.”

### XIII. Medio Ambiente

En conclusión, el TS afirma que la Sentencia impugnada no declara que no fuese necesaria la culpabilidad para la aplicación de la infracción prevista en el artículo 116.3.g) del TR de la Ley de Aguas, sino que la responsabilidad, en este caso, corresponde no sólo a quien realiza el vertido, sino también a la Administración que, de conformidad con el ejercicio de competencias que tiene encomendadas, debiendo de proceder a su retirada no lo hace con la diligencia debida. Por tales motivos el TS declara no haber lugar al recurso de casación en interés de Ley planteado por el Ayuntamiento de Logroño, con la imposición de las costas procesales a dicha Administración recurrente.

#### **C) Sanción administrativa en materia de aguas por afloramiento de aguas subterráneas sin autorización del organismo de cuenca**

Se discute en la STS de 4 de diciembre de 2008 (recurso de casación 235/2007), la Resolución del Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente, de 22 de septiembre de 1999, por la que se impuso sanción administrativa en materia de aguas a una Comunidad de Bienes, con multa de 14.868.000 pesetas y la indemnización de 7.434.000 pesetas, por daños producidos al dominio público hidráulico. En concreto se recurre en casación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, de fecha 1 de octubre de 2003 (recurso contencioso-administrativo 1161/2000), que desestimó el recurso contra dicha sanción administrativa por alumbramiento de aguas subterráneas sin autorización del organismo de cuenca.

El recurso de casación que se interpone por la Comunidad de Bienes es un recurso en unificación de doctrina, por entender que la Sentencia recurrida se separa de otras tres sentencias que se aportan como contraste, y en la que ante procedimientos sancionadores también incoados contra la Comunidad de Bienes sancionada, se consideró que no se había desvirtuado la presunción de inocencia de dicha Comunidad, mientras que en el caso de la Sentencia recurrida se considera acreditada la infracción.

El TS acorde con su reiterada doctrina sobre la finalidad y requisitos del específico recurso en unificación de doctrina, afirma que el recurso planteado por la Comunidad de Bienes no cumple con las exigencias procesales que para tal recurso son requeridas. Y ello es así, porque considera el Tribunal que en modo alguno puede entenderse que concurre contradicción en la Sentencia recurrida que sea merecedora de unificación. El hecho de que la decisión adoptada en la Sentencia recurrida y la de contraste sea diferente, obedece a una valoración de la prueba singular y específica en cada caso, que no puede ser objeto de unificación.

Concluye el TS que la propia naturaleza de este recurso para unificación de doctrina impide unificar aquello que es, por su propia naturaleza, específico y diverso, como es la valoración de la prueba en materia sancionadora cuando no existe plena identidad. Teniéndose asimismo en cuenta que tal apreciación de la prueba no puede ser alterada, con carácter general en un recurso de casación.

Por tales motivos, y porque en la Sentencia impugnada se considera probada la infracción por la que se sanciona (en las otras no), dado que en el Informe de la Guardería Fluvial que se cita en los FFJJ 2º y 5º de la Sentencia de instancia se considera acreditado el afloramiento de aguas subterráneas para el riego de 354 hectáreas mediante la captación de un pozo en el

término municipal de Aznalcóllar (Sevilla). Señalando asimismo que el infractor no negó la realidad de la captación, ni el riego con empleo del agua obtenida.

Por las anteriores razones, el TS declara que no ha lugar el recurso de casación en unificación de doctrina, procediendo a condenar a la parte recurrente a sus costas.

#### **4. FISCALIDAD AMBIENTAL**

##### **A) Tributos estatales en materia de aguas**

###### **a) Canon de control de vertidos**

El Tribunal Supremo desestima el conjunto de recursos interpuestos por el Ayuntamiento de Jaén contra las liquidaciones por el concepto canon de vertidos correspondientes a varios ejercicios. Se trata de las SSTS de 10 de abril de 2008 (NR 7837/2002), de 22 de abril de 2008 (NR 7367/2002), de 7 de julio de 2008 (NR 902/2003 y 1204/2005) y una última de 18 de julio de 2008 (NR 47/2003). En primer lugar, se rechaza la vulneración del principio constitucional de reserva de ley por el conjunto de la normativa de la tasa: según el Alto Tribunal, la Ley reguladora configura suficientemente sus elementos esenciales, pues concreta el hecho imponible, determina el sujeto pasivo, ofrece los criterios a utilizar para su cálculo y afirma su carácter periódico y anual. La habilitación del Reglamento –continúa el Supremo– “está sobradamente justificada desde el más estricto respeto al meritado principio de legalidad tributaria”. En esta línea se admite la presencia de una Orden Ministerial como complemento de la Ley de Aguas y del Reglamento de Dominio Hidráulico. En segundo lugar, se rechaza que se tome como requisito para la exigencia del tributo la previa aprobación del Plan Hidrológico de Cuenca en orden a la determinación del valor de la unidad de contaminación (parámetro básico para cuantificar la tasa). Aparte de todo ello, se impugna la tasa del 4% por explotación de obras y servicios, sobre el importe del propio canon de vertidos, sin que el Tribunal entre en el fondo, dada la cuantía de esa tasa, que ha de evaluarse aparte del importe del canon de vertidos.

##### **B) Tributos autonómicos en materia de aguas**

###### **a) Cánones de saneamiento y figuras asimilables**

Una cuarta STSJ de Aragón de 31 de marzo de 2008 (NR 190/2004), se añade a otras tres de la misma fecha, comentadas en un número anterior de la Revista. Resuelve un recurso interpuesto contra liquidaciones del impuesto por una mercantil que ya había recurrido directamente el Reglamento del canon aragonés. La recurrente emplea los mismos argumentos que ya utilizó en el recurso directo y que fueron desestimados. Interesan en particular los considerandos efectuados por el TSJ en cuanto a las relaciones del canon de saneamiento con el canon de control de vertidos, todo ello atendiendo al significado del artículo 6.2 de la LOFCA.

El TSJ de Galicia resuelve, en sentido desestimatorio, un recurso fundamentado en múltiples argumentos, mediante la STSJ de Galicia de 16 de enero de 2008 (NR 15137/2008). El

### XIII. Medio Ambiente

TSJ, de una parte, efectúa una declaración positiva de constitucionalidad de la normativa del impuesto, rechazando el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. De otra parte, rechaza que vulnere el principio de reserva de ley, explicando la función que en éste juegan el texto legal primario, la Ley de Presupuestos y el Reglamento. En tercer lugar, aclara que el hecho imponible se produce, al realizarse el vertido a aguas continentales o litorales. Finalmente, se refiere a las facultades de comprobación de la Administración autonómica, señalando, primero, que son perfectamente realizables cerca del contribuyente, por mucho que su tributación se produzca a través de la entidad suministradora; y, segundo, que no existe retroactividad intolerable porque la comprobación se realice a través de mediciones que, obviamente, se materializan tiempo después de la producción del hecho imponible.

La **STSJ de Valencia de 26 de mayo de 2008** (NR 515/2007), se centra en el hecho imponible del canon valenciano. Señala el tribunal que el consumo de agua no es sino una presunción *iuris tantum* de la realización del verdadero hecho imponible, cual es la producción de aguas residuales. En el caso de autos, la recurrente se dedicaba a la actividad de embotellar agua mineral y bebidas gaseosas, actividad para la que resulta imprescindible la incorporación ostensible de aguas, por lo que no hay correlación entre el consumo y el vertido. En general, estas (y otras) situaciones las trata la ley mediante la ordenación de unos coeficientes de ponderación que en un caso como éste reduciría al 10% la cuota tributaria. La demanda se refiere a un año en el que todavía no se habían desarrollado dichos coeficientes, por lo que se le aplicó la cuota básica, sin reducción. Teniendo en cuenta lo señalado, el recurso se estimará.

La **STSJ de Asturias de 12 de mayo de 2008** (NR 95/2006), trata de los presupuestos de aplicación de ciertos supuestos de exclusión de tributación. La demandante lo pretendía para los vertidos de las aguas de refrigeración de su factoría, efectuados sin contaminar directa e individualmente al medio. Las liquidaciones se consideran ajustadas dado que la entidad no había comunicado formalmente en los plazos que determinaban eficacia la situación que hubiera sido acreedora de los beneficios fiscales.

#### **C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos**

##### **a) Aplicación del Derecho comunitario**

La Directiva 2003/96/CE, sobre imposición de los productos energéticos, prevé una exención relativa a los productos energéticos utilizados para producir electricidad que en la transposición española se sustancia en el artículo 51.2.c) de la Ley 38/1992. El TJCE, mediante **STJCE de 17 de julio de 2008**, As. 226/2007, fija la siguiente doctrina: “el artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2003/96, en la medida en que establece la exención de los productos energéticos utilizados para producir electricidad de la tributación prevista en dicha Directiva, tiene efecto directo, en el sentido de que un particular puede invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales –con respecto a un período durante el cual el Estado miembro interesado no adaptó, dentro del plazo señalado, su Derecho interno a dicha Directiva– en un litigio, como el del procedimiento principal, en el que se enfrenta a las autoridades aduaneras de ese Estado, para que se deje de aplicar una normativa nacional que, en principio, es incompatible con la referida disposición y, por lo tanto, obtener la devolución del impuesto contrario a ésta”. Se trataba de una cuestión prejudicial relativa a la legislación alemana.

**b) Tratamiento de las mermas en el transporte de hidrocarburos**

La SAN de 14 de julio de 2008 (nr 778/2006), trata de la aplicación conjunta de diversos preceptos de la Ley de los Impuestos Especiales, en la medida que tratan de resolver la sujeción o no de las mermas o pérdidas en el transporte de hidrocarburos. En el caso de autos se dará la razón a la empresa recurrente, teniendo muy en cuenta la fiabilidad contrastada de sus aparatos de medida.

**c) Utilización de gasóleo bonificado**

El TSJ de Madrid, mediante STSJ de Madrid de 24 de abril de 2008 (NR 349/2004), estima el recurso planteado y admite la utilización de gasóleo bonificado en el caso litigioso. Se trataba de retroexcavadoras sobre orugas y excavadoras que no pueden considerarse si no motores fijos y no vehículos.

**D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad****a) Concepto de fábrica y aplicación del régimen suspensivo**

La SAN de 7 de abril de 2008 (NR 607/2006), trata de la determinación del concepto de “fábrica” en relación al objeto de este impuesto, así como a la eventual aplicación del régimen suspensivo de devengo del impuesto, siendo que la actora no estaba inscrita en el registro territorial correspondiente. La recurrente había fabricado energía eléctrica para su autoconsumo sin la correspondiente inscripción y de otra parte la entregó a distribuidores o intermediarios cuando no podía gozar de dicho beneficio, al no estar inscrita en el registro territorial. Por todo lo cual, las operaciones están sujetas al pago del impuesto.

**E) Impuestos sobre el transporte****a) Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte**

La RTEAC de 12 de marzo de 2008 (NR 2613/2007), considera fraudulento el contrato celebrado entre una empresa de navegación aérea y un particular para la prestación de un servicio de transporte con preferencia sobre otro cliente, por ser realizado exclusivamente con la finalidad de eludir el impuesto, aplicando la exención prevista para aeronaves matriculadas para ser cedidas en arrendamiento exclusivamente a empresas de navegación aérea.

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSE MONTOYA HIDALGO

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Agricultura.** A) Concentración parcelaria. B) Mercado agrícola comunitario y tasa de leche. **3. Ayudas públicas.** A) Derecho Comunitario. B) Incentivos regionales. **4. Contratos públicos. Derecho comunitario. 5. Gas.** A) Sistema de retribución de las actividades reguladas. **6. Medicamentos. 7. Seguros. 8. Servicios de interés económico general. 9. Servicio postal.** A) Derecho de acceso a la red postal pública. **10. Telecomunicaciones.** A) Acuerdos de interconexión. Comisión del mercado de las telecomunicaciones. B) Oferta de servicios públicos de telecomunicaciones para locutorios. Medidas cautelares. C) Radiodifusión. D) Instalación de infraestructuras de telecomunicación. **11. Transportes.** A) Otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de transporte público y privado complementario de viajeros.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el presente número se incluye el examen de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del año 2008 en materia de ayudas públicas, contratos y servicios de interés económico general así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 18 a 23 del año 2008.

**2. AGRICULTURA****A) Concentración parcelaria**

La STS de 9 de julio de 2008 (RJ 2008/4333), resuelve el recurso de casación 5704/2005, interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de julio de 2005. Dicha sentencia de instancia estimó el recurso relativo al Acuerdo del Gobierno de Navarra de 17 de marzo de 2003, por el que se había otorgado un plazo de 30 días a los propietarios de la zona de concentración parcelaria de Andosilla II, afectada por la transformación de secano a regadío para su rehúse.

Cuatro son los motivos que alega la administración recurrente. En el primero, se aduce falta de motivación e incongruencia en cuanto el fallo de instancia anula el concreto Acuerdo del

Gobierno de Navarra, mientras que sus fundamentos se limitan a transcribir otra sentencia anterior. En el segundo, se alega falta de motivación y desviación procesal de la sentencia de instancia y, en el tercero, se defiende la vulneración del principio de cosa juzgada. El cuarto motivo de casación se centra en la aplicación indebida de la Directiva 97/11/CE de 3 de marzo, toda vez que por la fecha en que se aprobaron las bases de la concentración parcelaria no era exigible, según la administración impugnante, la evaluación de impacto ambiental establecida en dicha Directiva.

El Tribunal Supremo, tras recordar su jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional concluye que no se han vulnerado los preceptos invocados sobre necesidad de respetar el principio de congruencia y de motivación, puesto que el Tribunal Superior de Justicia expuso las razones por las que citaba una sentencia anterior y es que, anulada la Orden que aprobaba el Proyecto, el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 17 de marzo de 2003 carecía de cobertura. Tampoco prosperan el segundo y el tercer motivo de casación: por una parte, la sentencia de instancia únicamente efectuó nuevas argumentaciones sin incurrir en el vicio de desviación procesal; por otra parte, no concurría la existencia de cosa juzgada.

En cuanto al cuarto motivo, el Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 28 de mayo de 2008. La parte recurrente entiende que las bases de la concentración parcelaria se habían aprobado en 1998, antes de la entrada en vigor del Decreto Foral 237/1999, de 21 de junio, que reguló la evaluación de impacto ambiental en los procesos de concentración parcelaria, por lo que esta norma no resultaba de aplicación. Sin embargo, el Tribunal Supremo constata que, con posterioridad a la aprobación del citado Decreto Foral 237/1999, de 21 de junio, se habían aprobado unas bases definitivas de la parcelación concreta para convertir parte de ésta de secano en regadío. Ello supuso una innovación trascendente de la concentración. No se trataba de cualquier modificación, expone la Sala del Tribunal Supremo, sino de una modificación con incidencia directa en el ámbito regulado por la normativa sobre evaluación de impacto ambiental. Por ello, el mencionado Decreto Foral resultaba de aplicación y, como la administración no lo utilizó, el Tribunal Supremo alcanza la conclusión de que la concentración parcelaria tenía que ser anulada, tal y como hizo la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

## **B) Mercado agrícola comunitario y tasa de leche**

Por medio de la STS de 12 de junio de 2008 (RJ 2008/4199), se desestima el recurso de casación 6508/2002, deducido por una entidad cooperativa de productores de leche de Aragón contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2002, relativa a una liquidación girada en concepto de tasa suplementaria en el sector de la leche y productos lácteos.

Los hechos que originaron la sentencia impugnada ante el Tribunal Supremo parten de la Dirección General del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), que en 1997 practicó liquidación a 43 ganaderos, de entre los que suministran leche a la cooperativa recurrente, por el rebasamiento de su cuota individual de referencia, de acuerdo con los datos que aparecen en el expediente.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Como primer motivo de casación, se alega que la tasa suplementaria fue liquidada fuera del plazo establecido en el artículo 3.5 del RD 324/1994 y en el artículo 4 de la Orden de 6 de abril de 1993. El Tribunal Supremo admite que de los preceptos indicados se deduce que, si el importe de la liquidación ha de ingresarse antes del 1 de septiembre, es porque debe practicarse y notificarse con anterioridad. En el caso de autos la liquidación fue notificada por el FEGA en marzo de 1997, pero señala el Tribunal Supremo que de ello no puede derivarse que la liquidación incurra en uno de los supuestos de nulidad del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en los supuestos contemplados en el artículo 63 de la misma ley, puesto que la inobservancia de los plazos del procedimiento administrativo sólo es causa de nulidad en los supuestos en que así se haya establecido.

En el caso concreto, el Tribunal Supremo concluye que la administración disponía del plazo de cinco años para determinar la deuda tributaria y girar la oportuna liquidación, y no había transcurrido dicho plazo de prescripción. Además, señala el Alto Tribunal, notificar tardíamente la liquidación beneficia a la cooperativa, al permitir el retraso en el plazo de ingreso de la tasa.

El segundo motivo de casación parte de considerar que uno de los socios de la cooperativa recurrente tenía mayor cuota de la que inicialmente le fue asignada, lo que habría de determinar que la cooperativa tenía derecho a una mayor producción de leche. El Tribunal Supremo constata que la recurrente pretende la aplicación de lo previsto en el artículo 88.3 de la LJCA, por el que puede enjuiciar hechos que no fueron abordados en instancia cuando, estando suficientemente justificados, según las actuaciones, son relevantes para apreciar la infracción alegada por la recurrente.

La Sentencia acoge el razonamiento del abogado del Estado, en el sentido que el motivo de casación alegado se refiere no a una cuestión de integración de hechos, tal como permite el artículo 88.3 de la LJCA, sino a una revisión de la valoración de los hechos a partir de la interpretación que hace de éstos la parte recurrente. Por ello, el Tribunal Supremo rechaza este segundo motivo. Con todo, constata que la mayor cuota de uno de los socios de la cooperativa en realidad fue asignada para una campaña posterior y no para la que constituye objeto de la liquidación impugnada.

El tercer y último motivo de casación lleva a la parte recurrente a alegar que el Derecho español no se adecuaría al Derecho comunitario, puesto que al efectuar los productores las compensaciones a efectos de imposición de la tasa, el Reglamento comunitario sigue el criterio de proporcionalidad, mientras que la Administración española sigue el de progresividad. El Tribunal Supremo, con base en su Sentencia de 30 de junio de 2004 (RJ 6662), determina que el sistema se basa en criterios objetivos y se aplica de forma imparcial. Lo que ocurre, señala la Sentencia, es que se arbitran mecanismos para hacer la tasa más benigna ante determinadas circunstancias, y puede que esta benignidad alcance a unos productores en mayor medida que a otros, pero ello no permite cuestionar el sistema. Por ello, se desestima este último motivo de casación.

### 3. AYUDAS PÚBLICAS

#### A) Derecho Comunitario

La STPI de 17 de diciembre de 2008, As. T-196/04, Ryanair, afronta, en primer lugar, el problema de los contornos del concepto de actividad económica a propósito de la gestión

de infraestructuras aeroportuarias. El TPI parte de la base de que, “si bien en el supuesto de que el Estado actúe en su condición de empresa que opera como un inversor privado resulta necesario analizar su comportamiento con arreglo al principio del inversor privado en una economía de mercado, procede excluir la aplicación de dicho principio en el supuesto de que actúe como poder público. En efecto, en este último supuesto nunca existe la posibilidad de comparar el comportamiento del Estado con el de una empresa o un inversor privado en una economía de mercado”. En el caso analizado por la sentencia se planteaba la naturaleza jurídica de un convenio celebrado por la Región Valona y una compañía aérea en virtud del cual la segunda accedía a utilizar el aeropuerto y la primera se comprometía a reducir los cánones de aterrizaje y a contribuir a los gastos generados por la instalación de su base de operaciones. La sentencia considera que “la Región Valona actuó en el marco de unas actividades de naturaleza económica. En efecto, la fijación del importe de los cánones de aterrizaje, y la garantía de compensación conexa, es una actividad que puede considerarse directamente vinculada a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, la cual constituye una actividad económica. A este respecto es necesario señalar que las tarifas aeroportuarias fijadas por la Región Valona deben considerarse una remuneración de las prestaciones de servicios efectuadas en el aeropuerto de Charleroi. [...] Así pues, la puesta a disposición de las compañías aéreas, por parte de una autoridad pública, de unas instalaciones aeroportuarias y la gestión de las mismas, contra el pago de un canon cuyo importe determina libremente dicha autoridad, pueden calificarse de actividades de naturaleza económica, ya que, si bien es cierto que tales actividades se desarrollan en zona de dominio público, este mero hecho no basta para considerarlas comprendidas en el ámbito del ejercicio de las prerrogativas del poder público. En efecto, en razón de su naturaleza, de su objeto y de las normas que las regulan, tales actividades no están vinculadas al ejercicio de prerrogativas que sean típicas del poder público”, sin que ello se vea alterado por la “circunstancia de que la Región Valona sea una autoridad pública y la propietaria de unas instalaciones aeroportuarias que forman parte del dominio público” (apartados 85 y siguientes). A la luz de estas consideraciones, la sentencia anula la Decisión impugnada, en la que Comisión distinguía entre los compromisos adquiridos con Ryanair por parte de la Región Valona, a la que consideraba ejerciendo funciones de autoridad, y por parte de la sociedad concesionaria del aeropuerto, a la que aplicaba el criterio del inversor privado de una economía de mercado. La sentencia, por el contrario, considera que la “Comisión incurrió en un error de Derecho al negarse a examinar conjuntamente las ventajas concedidas por la Región Valona y por BSCA y a aplicar el principio del inversor privado en una economía de mercado a las medidas adoptadas por la Región Valona, a pesar de los vínculos económicos existentes entre ambas entidades” (apartado 102).

Por otro lado, la STJCE de 11 de septiembre de 2008, **As. acumulados C-428 y 434/06, Unión General de Trabajadores de La Rioja y otros**, se refiere a la posible consideración de diversas medidas tributarias adoptadas por autoridades forales como medidas de carácter selectivo y, por tanto, como ayudas en el sentido del artículo 87 del Tratado CE, debido al hecho de que no se aplican sobre la totalidad del territorio español. A este respecto, la sentencia recuerda que el marco de referencia no debe necesariamente coincidir con el territorio del Estado miembro considerado, de tal modo que una medida que conceda una ventaja en sólo una parte del territorio nacional no pasa por este mero hecho a ser selectiva en el sentido del artículo 87.1 del Tratado CE, ya que no puede excluirse que una entidad infraestatal cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado

## XIV. Derecho Administrativo Económico

miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas. Según estableció el Tribunal en su Sentencia de 6 de septiembre de 2006, As. C-88/03, Portugal/Comisión, para que pueda considerarse que una decisión se ha adoptado en ejercicio de atribuciones lo suficientemente autónomas de dicha autoridad, es necesario, en primer lugar, que desde el punto de vista constitucional, cuente con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno central. Además, la decisión debe haber sido adoptada sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido. Por último, las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo nacional aplicable a las empresas localizadas en la región no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central. Estos tres requisitos son considerados comúnmente los criterios de la autonomía institucional, la autonomía en materia de procedimiento y la autonomía económica y financiera (apartados 45 y siguientes).

En lo que respecta a las normas controvertidas en el asunto principal, el Tribunal parte de que habrá que tomar como referencia al propio tiempo a los Territorios Históricos y a la Comunidad Autónoma del País Vasco para determinar si la entidad infraestatal constituida tanto por estos Territorios Históricos como por la referida Comunidad tiene suficiente autonomía como para constituir el marco de referencia a la luz del cual hay que apreciar la selectividad de una medida adoptada por uno de esos Territorios Históricos. Por otro lado, la sentencia afirma que del examen de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y del Concierto Económico se desprende que entidades infraestatales como los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco, al poseer un estatuto político y administrativo distinto al del Gobierno central, cumplen el criterio de la autonomía institucional. Respecto del segundo criterio, el relativo a la autonomía procedimental, el Tribunal precisa que, para que pueda considerarse que una decisión de la autoridad infraestatal fue adoptada en el ejercicio de atribuciones suficientemente autónomas, lo deberá haber sido sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido, lo cual no excluye que se establezca un procedimiento de conciliación para prevenir los conflictos, ni que al ejercer esas atribuciones deba respetar ciertos principios vinculados al interés del Estado que operan como límites de la propia competencia. Por último, un requisito para que una entidad infraestatal goce de autonomía económica y financiera es el de que las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo aplicable a las empresas localizadas en la región no se vean compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central. En cualquier caso, no corresponde al Tribunal, sino al órgano remitente, valorar los elementos que se estimen pertinentes para verificar si los Territorios Históricos asumen las consecuencias políticas y financieras de una medida tributaria adoptada dentro de los límites de las competencias que tienen otorgadas (apartados 75 y siguientes).

### B) Incentivos regionales

Las ayudas otorgadas en aplicación de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales continúa planteando conflictos jurisdiccionales. Comentamos a continuación dos sentencias del Tribunal Supremo, la primera, relativa a un supuesto de denegación de ayuda por órgano incompetente y, la segunda, sobre el clásico tema del incumplimiento de condiciones y exigencia de reintegro de lo pagado.

En el primer caso, el origen del conflicto está en la Orden Ministerial por la que se denegaron los incentivos solicitados por considerar el Ministerio que el proyecto ya contaba con ayuda financiera pública. Desestimado por la Audiencia Nacional el recurso interpuesto en primera instancia, el Tribunal Supremo estimó de forma parcial el recurso casacional mediante la STS de 24 de junio de 2008 (recurso 6117/2005).

De los seis motivos de casación el Tribunal Supremo se limita a examinar un primer motivo de carácter formal en base al cual estima parcialmente el recurso. En su sentencia el Tribunal Supremo aprecia que la sentencia de instancia incurrió en incongruencia omisiva al no dar respuesta a los argumentos de la recurrente sobre la existencia de un vicio competencial en el acuerdo impugnado. La existencia de incongruencia le permite entrar a revisar la sentencia recurrida, y llega a la conclusión de que efectivamente se produjo el vicio de nulidad radical del acto impugnado al haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 50/1985 al tratarse de un proyecto que superaba los mil millones de pesetas el acuerdo de denegación debió haber sido adoptado por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos y no por el Ministerio. Por ello el Tribunal Supremo casa la sentencia, anula el acuerdo impugnado y ordena remitir el expediente a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.

La STS de 15 de junio de 2008 (recurso 7453/2005), se ocupa de una cuestión recurrente en esta materia de ayudas solicitadas al amparo de la Ley 50/1985. La Administración declara el incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de incentivos (crear y mantener siete puestos de trabajo) y ordena el reintegro de lo entregado. Recurrido dicho acuerdo el Tribunal de instancia confirma su validez y el Tribunal Supremo desestima más tarde el recurso casacional frente a dicha sentencia y, por tanto, reitera la validez del acuerdo impugnado.

El Tribunal Supremo funda su decisión en la doctrina por él mismo elaborada sobre el carácter contractual de la subvención, sobre el derecho al percibo de los beneficios como un derecho sujeto a condición y sobre el plazo de prescripción de cinco años para que la administración pueda ejercer su derecho a exigir el reintegro de lo abonado. Por tanto, habiéndose acreditado el incumplimiento de la condición y no habiendo transcurrido cinco años desde aquel momento, el acto impugnado por el que se exigió el reintegro de lo entregado fue ajustado a derecho.

#### 4. CONTRATOS PÚBLICOS. DERECHO COMUNITARIO

La STJCE de 13 de noviembre de 2008, As. C-324/07, Codetel Brabant, resuelve diversas cuestiones prejudiciales planteadas a propósito de una concesión de servicio público adjudicada directamente a Brutélé, una sociedad cooperativa intermunicipal, y afronta al hacerlo algunos problemas de interés en cuanto a las relaciones entre el Derecho de la contratación pública y la denominada colaboración público-público. En particular, el Tribunal comprueba si en el caso de un contrato de concesión de servicios adjudicado a una cooperativa intermunicipal concurren los dos requisitos de la doctrina Teckal. Por lo que respecta al primero, a

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

saber, que la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, la sentencia analiza tres cuestiones: (i) la posesión del capital de la entidad concesionaria; (ii) la composición de los órganos de decisión de ésta y (iii) el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector. En cuanto a la primera de dichas circunstancias, la participación de una empresa privada en el capital de una entidad concesionaria excluye que la autoridad pública concedente pueda ejercer sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, mientras que el hecho de que la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar que tal autoridad pública ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Respecto de la segunda cuestión, el hecho de que “los órganos de decisión de Brutélé estén compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indica que éstas controlan los órganos de decisión de Brutélé y, por lo tanto, pueden ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta”. Por último, en tanto el consejo rector de Brutélé dispone de las más amplias facultades, y, en particular, fija las tarifas, “se plantea la cuestión de dilucidar si Brutélé ha adquirido, por ello, una vocación de mercado y un margen de autonomía que ponen en precario el control ejercido por las autoridades públicas asociadas”. Pues bien, “a este respecto, procede señalar que Brutélé no está constituida en forma de sociedad por acciones o de sociedad anónima que pueda perseguir objetivos con independencia de sus accionistas, sino en forma de sociedad cooperativa intermunicipal regulada por la Ley de asociaciones intermunicipales. Además, con arreglo al artículo 3 de dicha Ley, las asociaciones intermunicipales carecen de carácter mercantil. (...) De ello se deriva que, a pesar del alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector, Brutélé no goza de un margen de autonomía que impida a los municipios asociados ejercer sobre ella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios”.

En segundo lugar, y quizás ésta sea su principal novedad, la sentencia extiende a este primer requisito el criterio sentado en las Sentencias Carbotermo y TRAGSA a propósito del comportamiento del segundo requisito Teckal en el caso de la colaboración público-público. “Por una parte, procede recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando varias autoridades públicas controlan una entidad concesionaria, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho teniendo en cuenta la actividad que dicha entidad realiza con las mencionadas autoridades consideradas en su conjunto. Sería coherente con el razonamiento que subyace a esta jurisprudencia considerar que el requisito del control que ejercen las autoridades públicas puede cumplirse también teniendo en cuenta el control ejercido conjuntamente sobre la entidad concesionaria por dichas autoridades públicas. La jurisprudencia exige que el control ejercido sobre la entidad concesionaria por una autoridad pública concedente sea análogo al que dicha autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no que sea totalmente idéntico a éste. Lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual. Por otra parte, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa

intermunicipal, formado por otras autoridades públicas. Ahora bien, dicho resultado no sería acorde con el sistema de normas comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones. En efecto, nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas. Por consiguiente, procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente”.

La **STJCE de 16 de diciembre de 2008, As. C-213/07, Michaniki**, se pronuncia sobre una disposición nacional que establece la incompatibilidad de la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa activa en el sector de los medios de comunicación con la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa a la que el Estado o una persona jurídica del sector público en sentido amplio confía la ejecución de contratos de obras, suministros o servicios. En primer lugar, el Tribunal precisa que, a pesar de que el artículo 24 de la Directiva 93/37 establece con carácter taxativo las causas de exclusión basadas en consideraciones objetivas relacionadas con la aptitud profesional, el Derecho comunitario no impide a los Estados miembros adoptar nuevas medidas de exclusión siempre que tales medidas (i) tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre todos los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, y (ii) que no excedan de lo necesario para alcanzar este objetivo (apartados 47 y siguientes). En segundo término, la sentencia considera que debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, así como que la voluntad de un Estado miembro de evitar el riesgo de que en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos interfiera el poder de que disfrutaran los medios de comunicación responde a objetivos de interés general como son mantener el pluralismo y la independencia de dichos medios y luchar contra el fraude y la corrupción (apartados 55 y 59). Sin embargo, la citada exclusión no satisface el principio de proporcionalidad al exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos invocados de transparencia y de igualdad de trato, dado que excluye a una categoría completa de empresarios de la adjudicación de obras públicas sobre la base de la presunción absoluta de que la presencia entre los licitadores de un empresario también implicado en el sector de los medios de comunicación supone necesariamente que se falsee la competencia en perjuicio de los demás licitadores (apartados 61 y siguientes).

Es preciso destacar la **STJCE de 3 de abril de 2008, As. C-346/06, Rüffert**, en la que se responde a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán afirmando que la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, interpretada a la luz del artículo 49 del Tratado CE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución. Conviene subrayar, sin embargo, que esta conclusión se alcanza en relación con una situación, la del asunto principal, que presentaba perfiles muy peculiares. Por un lado, el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE establece que los Estados miembros velarán por que las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas, entre otras, a las cuantías del salario mínimo, que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas por convenios colectivos declarados de aplicación general, entendiéndose por tales, aquellos que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos. Pues bien, la sentencia considera que el convenio controvertido en el asunto principal ni había sido declarado de aplicación general en el contexto de la legislación alemana aplicable, ni podía ser considerado tal porque su efecto vinculante sólo se extendía a una parte del sector de la construcción comprendida en el ámbito de aplicación territorial de convenio (apartados 25 y siguientes).

A continuación la sentencia pasa a comprobar la conformidad de la disposición controvertida con el artículo 49 del Tratado CE. En primer lugar, se afirma que, al obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo “Edificios y obras públicas”, una norma como la Ley del Land puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 49 del Tratado CE. En segundo lugar, la sentencia afirma que dicha medida no puede considerarse justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores, puesto que: (i) según se ha señalado ya, la normativa sólo se impone a una parte del sector de la construcción, en la medida en que, por un lado, dicha normativa se aplica únicamente a los contratos públicos, con exclusión de los contratos privados, y que, por otro, dicho convenio colectivo no ha sido declarado de aplicación general, y (ii) “los autos remitidos al Tribunal de Justicia no contienen ningún indicio que permita llegar a la conclusión de que la protección que resulta de tal cuantía de salario, que, por otra parte, como señala igualmente el órgano jurisdiccional remitente, excede de la cuantía del salario mínimo aplicable en virtud de la AEntG, sólo resulta necesaria a un trabajador que desarrolla su actividad en el sector de la construcción cuando éste se haya empleado en el marco de un contrato público de obras y no cuando trabaja en méritos de un contrato privado” (apartados 36 y siguientes).

La STJCE de 3 de abril de 2008, As. C-444/06, Comisión/España, condena a España por las carencias que presentaba la celebración y formalización del contrato contenida en la LCAP, y, en particular, por vulnerar lo previsto en el artículo 2.1.a) y b) de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio. La sentencia recuerda que, conforme a su jurisprudencia, esas disposiciones “deben interpretarse en el sentido de

que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador celebrará el contrato. Por otra parte, la protección jurídica completa que debe así garantizarse antes de la celebración del contrato, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, implica en particular la obligación de informar a los licitadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir. Esta misma protección exige que se conceda al licitador excluido la posibilidad de examinar en el momento oportuno la cuestión de la validez de la decisión de adjudicación. Habida cuenta de las exigencias del efecto útil de la Directiva sobre recursos, de ello se infiere que debe mediar un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, para que éstos puedan, en particular, interponer una demanda de medidas provisionales hasta el momento de dicha celebración”. Pues bien, en la medida en que, conforme a la regulación española, “el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato”. Por otro lado, “la formalización del contrato puede ser concomitante a su adjudicación, o seguirla en muy breve plazo”, porque dicha formalización “no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas”. En virtud de todo ello, el Tribunal concluye condenando a España por “no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración”.

## 5. GAS

### A) Sistema de retribución de las actividades reguladas

La STS de 8 de julio de 2008 (recurso 6886/2005), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por “Endesa, SA” contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2005, que desestimó la impugnación de la Orden ECO/301/2002, de 15 de febrero, por la que se establecía la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

El recurso de casación se articula mediante un único motivo, la infracción de normas del ordenamiento jurídico [artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa]. Sin embargo, en su desarrollo se formulan tres apartados distintos, en los que se denuncia: la incongruencia omisiva en relación con algunas de las peticiones formuladas en el recurso

## XIV. Derecho Administrativo Económico

contencioso; la infracción de normativa reglamentaria y del principio de seguridad jurídica por falta de transparencia en la determinación de los coeficientes relevantes para el cálculo de la retribución, y la vulneración de la misma norma reglamentaria sobre la retribución de la actividad de distribución de acuerdo con criterios de mejora y eficiencia.

El TS critica duramente la defectuosa formulación del recurso de casación interpuesto, que debió haber distinguido cada una de las impugnaciones como motivos separados. En este sentido, dice el Tribunal, dado el carácter formal de este tipo de recurso, no podría prosperar en ningún caso.

A pesar de las críticas formales, la Sala se pronuncia sobre el contenido del recurso, denegando, como no podía ser de otro modo, las impugnaciones realizadas por la entidad recurrente, con un argumento que reitera a lo largo de toda la sentencia. Para el Tribunal, el recurso no aporta elementos que justifiquen la ilegalidad de la Orden, sino que realiza más bien críticas de carácter técnico que jurídico, limitándose a propugnar una asignación de costes alternativa a la prevista en la norma recurrida, más acorde con los criterios de eficacia y objetividad previstos en la ley. Para acreditar la ilegalidad de la Orden por los motivos indicados debía haberse probado que la metodología empleada en la Orden para la asignación de costes era manifiestamente incorrecta o arbitraria desde la perspectiva de la eficiencia y objetividad, lo que no ocurre en este caso.

### 6. MEDICAMENTOS

La STS de 27 de mayo de 2008 (RJ 2008/4102), resuelve el recurso de casación 1821/2005, que la parte actora interpuso contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2004.

La sentencia de instancia, por su parte, desestimó el recurso contencioso-administrativo que la entidad recurrente había presentado contra la Resolución del Subsecretario de Sanidad y Consumo de 24 de mayo de 2002, por la que se había rechazado el recurso administrativo deducido frente al escrito de la Dirección General de Farmacia y Productos Farmacéuticos de 7 de marzo de 2002, en base al cual se requería el retorno de la cantidad económica que representaba el exceso que, sobre el límite de ventas propuesto por la actora, se había producido respecto de una especialidad farmacéutica concreta durante los primeros meses del año 2000.

Los motivos del recurso de casación alegados por la parte recurrente toman como base la consideración de que el requerimiento de esa cantidad económica constituiría una prestación patrimonial pública de carácter forzoso, que habría vulnerado los artículos 31 y 103.1 de la Constitución, en conexión con la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, así como diversos preceptos de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del Código Civil en lo relativo al régimen de los contratos y las condiciones en ellos contenidas. La parte recurrente también considera vulnerada la Directiva 89/105/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, sobre

transparencia en la fijación de precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, porque constata que en el supuesto de autos no se trata de una prestación patrimonial de carácter público, sino de la ejecución de un acuerdo que la recurrente había propuesto voluntariamente a la Administración. En efecto, la Sala del Tribunal Supremo remarca que, con fecha de 27 de diciembre de 1999, la ahora actora en casación asumió una serie de compromisos, que básicamente partían de proponer un límite máximo de ventas a precio de venta de laboratorio de la especialidad “Vioxx” de 1.000 millones de pesetas en un año, de tal modo que, si ese límite se rebasaba, la recurrente retornaría la diferencia a precio de venta en público, por el procedimiento que estableciera la Administración.

Antes de proseguir con el examen de la cuestión de fondo, la Sala rechaza que la Sala de instancia hubiera vulnerado las garantías procesales de la actora en materia de prueba. Precisa que la prueba que se había propuesto era innecesaria, puesto que no era objeto del debate la mayor o menor buena voluntad de la mercantil recurrente en la promoción del uso racional del medicamento, sino el acto administrativo por el que se requería el retorno de una determinada cantidad económica amparada en un compromiso previamente asumido con ocasión de la solicitud de autorización de precio de venta al público de una especialidad farmacéutica de uso humano a integrar en el Sistema Nacional de Salud.

El Tribunal Supremo también rechaza que la sentencia de instancia hubiera incurrido en vicio de incongruencia, puesto que, en contra de lo defendido por la mercantil recurrente, no era necesario interpretar el compromiso, ni su finalidad, ni la promoción del producto, puesto que las condiciones habían sido voluntariamente asumidas por la actora.

Volviendo a la cuestión de fondo, el Tribunal Supremo recuerda que se trataba exclusivamente de introducir un nuevo medicamento en el Sistema Nacional de Salud, que sigue un modelo esencialmente de financiación pública. A estos efectos, el Alto Tribunal señala que no debe olvidarse que el mercado de los medicamentos con receta es sustancialmente diferente de los mercados ordinarios, y que el Ministerio de Sanidad y Consumo puede fijar los precios oficiales autorizados de los medicamentos. La sentencia de instancia no quebrantó las normas invocadas, porque fue la recurrente quien aceptó las condiciones que la Administración ejecutaría posteriormente.

Este mismo razonamiento es utilizado por el Tribunal Supremo para descartar la alegada infracción de la Directiva 89/105/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, sobre transparencia en la fijación de precios. En el caso concreto, la fijación del precio y la asunción del compromiso fijando un límite máximo de ventas de la especialidad farmacéutica controvertida no pueden ser discutidas por la entidad que las propuso.

Además, el Tribunal Supremo concluye que la obligación de retorno no era indefinida en el tiempo, lo que hubiera podido contravenir las normas sobre competencia, sino limitada hasta la implantación del correspondiente Protocolo para uso racional del medicamento.

### 7. SEGUROS

La STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008/3396), da respuesta al recurso de casación 5936/2005, que tiene su origen en la resolución del Director General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda, de 22 de mayo de 1997, que, al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, adoptó el cese en sus funciones de los administradores de la entidad mutual de seguros PSN, el nombramiento de administradores provisionales y la prohibición de disponer de bienes inmuebles, valores mobiliarios y otros activos financieros de su propiedad.

Contra dicha resolución, los recurrentes en alzada interpusieron recurso ante el Ministro de Economía y Hacienda, que acordó no admitirlo y, en todo caso, desestimarlos. Tras acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por medio de la Sentencia de 13 de julio de 2005, desestimó los recursos contencioso-administrativos.

En casación, los recurrentes alegan dos motivos. El primero, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales que hayan producido indefensión. En concreto, se alega por los recurrentes que la Sala incurrió en tal vulneración al admitir la nota aportada por el Abogado del Estado con su escrito de alegaciones, con la que se pretendía contradecir al dictamen pericial emitido en las Diligencias Previas 6088/2002, instruidas en el Juzgado de Instrucción núm. 17 de Madrid.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza este primer motivo de casación, puesto que como sintetiza en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, “no se trata, por tanto, de la incorporación al proceso de un verdadero medio de prueba, no propuesto formalmente en la fase procedimental adecuada, como aducen los recurrentes, sino la simple aportación de observaciones de carácter técnico, que pretenden desvirtuar el valor probatorio del dictamen pericial aportado a los autos, y que sirven de complemento argumental al escrito de alegaciones presentado por el Abogado del Estado”.

El Alto Tribunal tampoco estima la crítica de indefensión que los recurrentes efectúan a la Sala de instancia por no haber incorporado al proceso pruebas documentales que debía remitir la Dirección General de Seguros. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo se fundamenta en su jurisprudencia sobre el artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, y en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 24.2 (Sentencia de 31 de enero de 2008). En síntesis, el Tribunal Supremo concluye que no se ha producido una real y efectiva indefensión, puesto que la Sala de instancia incorporó otras pruebas de los recurrentes que perseguían igualmente desacreditar los hechos constatados por la Dirección General de Seguros.

El segundo motivo de casación que se alega por los recurrentes, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, propugna la infracción del artículo 39.1.g) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que establece las medidas de control que deberá adoptar la Dirección General de Seguros cuando las entidades

aseguradoras se hallen, entre otras circunstancias, en situaciones de hecho que pongan en peligro su solvencia o los intereses de los asegurados.

La Sala del Tribunal Supremo desarrolla prolijamente el motivo de casación, en ocasiones de forma confusa por las continuas remisiones a sentencias anteriores y a resoluciones administrativas que han recaído en este asunto. De todas ellas, destaca la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2007 que precisamente declaró la nulidad, entre otras, de la Resolución de la Dirección General de Seguros, de 22 de mayo de 2007, que constituye el objeto impugnatorio del presente recurso de casación.

El Abogado del Estado alega que las medidas de control adoptadas, y consistentes esencialmente en la sustitución de los administradores de la entidad de seguros por otros de forma provisional, eran necesarias por la situación de alarma contable que presidía la entidad. En este sentido, el Abogado del Estado precisa que no se requiere que haya un riesgo evidente de la solvencia de la entidad aseguradora, con tal de adoptar dichas medidas de control, puesto que las meras irregularidades de contabilidad ya pueden ser indicadoras de los riesgos patrimoniales que sufre una entidad de seguros.

El Tribunal Supremo rechaza estas alegaciones del Abogado del Estado, con fundamento en el dictamen pericial emitido en las Diligencias Previas 6088/2002, que puso de manifiesto que, si bien la situación de la entidad aseguradora podía aconsejar la adopción de alguna medida de control, la sustitución del órgano de administración de la entidad resultó desproporcionada de forma evidente, puesto que el problema era de carácter contable y no patrimonial, y se resolvió en un mes, sin necesidad de adoptar medidas drásticas de tipo estructural, sino sólo con meras correcciones contables y la supresión de determinados gastos de administración. Con la supresión de tales gastos, se provocó un nuevo recálculo de las provisiones técnicas, que demostró la recuperación de la entidad de seguros.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala que la existencia de pérdidas acumuladas en la entidad, según el acta de inspección que originó la adopción de la medida de sustitución de los administradores de la entidad, requería la adopción de ajustes, que los mismos inspectores proponían en su acta. Lo cierto, como constata el Tribunal Supremo, es que esos ajustes eran innecesarios y la propia Dirección General de Seguros, al aprobar el plan de viabilidad, no los contempló, y no aparecieron ni en la memoria del ejercicio, ni en los balances de 1997 y 1998, ni fueron adoptados por los administradores de la intervención, por lo que el Tribunal Supremo concluye que nunca fueron llevados a cabo. Pese a ello, la entidad se recuperó de la situación anómala detectada.

Por todo ello, el Tribunal Supremo llega a la convicción de que la medida adoptada por la Dirección General de Seguros fue desproporcionada. Si la Administración hubiera considerado adecuada la adopción de alguna medida de control, debería haber optado por una menos traumática para la entidad. Ello acarrea que se estime este motivo de casación y se anule la resolución recurrida.

A estos efectos interesa remarcar que el artículo 39 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, prevé diversas medidas de control especial, tales como prohibir la disposición de los bienes,

## XIV. Derecho Administrativo Económico

exigir a la entidad aseguradora un plan de saneamiento o uno de financiación a corto plazo y únicamente en último lugar establece la sustitución de los órganos de administración de la entidad. Su adopción por parte de la Dirección General de Seguros fue desproporcionada con respecto a la anomalía detectada.

### 8. SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han dictado durante el año 2008 algunas sentencias importantes sobre los servicios de interés económico general y, muy especialmente, en relación con el problema de su financiación. Antes de analizar estas últimas, sin embargo, conviene hacer referencia a la **STJCE de 1 de julio de 2008, As. C-49/07, MOTOE**, en la que se aborda de nuevo el problema de la delimitación de los conceptos de empresa y de actividad económica, y, con ellos, del ámbito de aplicación de las normas del Tratado CE en materia de competencia y de mercado interior. El interés de la sentencia estriba en que a pesar de ejercer actividad económica y disponer de prerrogativas de poder público en la medida en que Grecia no planteó considerar la actividad en cuestión como servicio de interés económico general, el Tribunal no entró a examinar este aspecto como señala la propia sentencia. La sentencia recuerda, primero, que a pesar de que “el Tratado no define el concepto de empresa, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que debe calificarse como tal cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación”. En segundo término, “el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de sus actividades no impide calificarla de empresa a efectos del Derecho”, de manera que “la calificación de actividad vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público o de actividad económica debe hacerse de manera separada para cada actividad ejercida por una determinada entidad”. Finalmente, “el hecho de que la oferta de productos y servicios no tenga ánimo de lucro no obsta a que la entidad que efectúa dichas operaciones en el mercado deba ser considerada una empresa cuando dicha oferta compite con las de otros operadores con ánimo de lucro”. Esto es lo que ocurre en el caso de ELPA, la entidad controvertida en el asunto principal, cuya condición de empresa no se ve desvirtuada por el hecho de que sea una asociación sin ánimo de lucro por dos motivos. “Por un lado, no se excluye que existan en Grecia, además de las asociaciones cuya actividad consiste en organizar y explotar comercialmente competiciones de motocicletas sin ánimo de lucro, asociaciones que ejerzan esta actividad con ánimo de lucro y que compitan también con el ELPA. Por otro lado, las asociaciones sin ánimo de lucro, que ofrecen productos o servicios en un mercado determinado, pueden encontrarse recíprocamente en situación de competencia. En efecto, el éxito o la supervivencia económica de estas asociaciones depende, a largo plazo, de su capacidad para imponer en el mercado afectado las prestaciones que ofrecen, en detrimento de las que propone el resto de operadores” (apartados 20 y siguientes).

La sentencia también se refiere al hecho de que ELPA, al tiempo que desarrolla una actividad económica, tenga atribuidas prerrogativas de poder público. En primer lugar, se recuerda que “un Estado miembro infringe las prohibiciones contenidas en esas dos disposiciones si la empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha conferido, explota su posición dominante de modo abusivo o cuando esos derechos puedan crear una

situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos. En todo caso, existe una infracción de los artículos 82 y 86 de la CE, apartado 1, cuando una medida imputable a un Estado miembro, en particular una por la que se confieren derechos especiales o exclusivos en el sentido de esta última disposición, crea un riesgo de abuso de posición dominante. (...) Encomendar a una persona jurídica como el ELPA, que organiza y explota comercialmente ella misma competiciones de motocicletas, la tarea de emitir para la administración competente un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas a fin de organizar tales competiciones, equivale *de facto* a conferirle la potestad de designar las personas autorizadas a organizar dichas competiciones, y a fijar las condiciones en las que estas últimas se organizan, y a conceder de este modo a dicha entidad una ventaja evidente sobre sus competidores (...). Por tanto, dicho derecho puede llevar a la empresa que lo ostenta a impedir el acceso de los demás operadores al mercado afectado. Esta situación de desigualdad de condiciones de competencia se ve, además, subrayada por el hecho, confirmado en la vista ante el Tribunal de Justicia, de que cuando el ELPA organiza o participa en la organización de competiciones de motocicletas, no está obligado a recabar ningún dictamen conforme para que la administración competente le conceda la autorización requerida. Por otro lado, dicha normativa (...) puede conducir a la persona jurídica a la que se encomienda emitir dicho dictamen conforme a falsear la competencia favoreciendo las competiciones que organiza o aquellas en cuya organización participa”, razón por la cual se concluye que la regulación controvertida infringe los citados artículos 82 y 86.1 del Tratado CE (apartados 49 y siguientes).

La **STPI de 12 de febrero de 2008, As. T-289/03, BUPA**, se pronuncia sobre la aplicación de la doctrina *Altmark Trans* a un sistema de igualación de riesgos establecido por Irlanda en el mercado de los seguros de enfermedad privados. Dicho sistema, denominado RES, constituye, en esencia, un mecanismo que prevé, por un lado, el pago de un canon a la autoridad competente en materia de seguros (HIA) por parte de las aseguradoras que actúan en el mercado de los seguros por enfermedad privados (aseguradores SEP) que tienen un perfil de riesgo más sano que el perfil de riesgo medio del mercado y, por otro lado, el pago correspondiente por parte de la HIA a las aseguradoras SEP que tienen un perfil de riesgo menos sano que el perfil de riesgo medio del mercado. Estos pagos se efectúan a través de un fondo especialmente creado para este fin y gestionado por la HIA. Tras la notificación del establecimiento del sistema por parte de Irlanda, la Comisión dictó una Decisión cuyo artículo 1 establecía que el sistema RES “comprende pagos que se limitan al mínimo necesario para compensar a las aseguradoras SEP por sus obligaciones de servicio de interés económico general y no implica, por tanto, ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 de la CE, apartado 1”. La sentencia citada, que desestima el recurso de anulación interpuesto contra esta Decisión por diversas compañías aseguradoras, contiene, entre otros, los siguientes pronunciamientos de interés.

En primer lugar, señala que en “Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE, no existe ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión SIEG, ya sea en el sentido del primer requisito enunciado en la sentencia *Altmark*, (...) ya sea en el sentido del artículo 86 de la CE, apartado 2”. Frente a ello, recuerda que “los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran como SIEG y que la definición de estos servicios por parte

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

de un Estado miembro sólo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto” (apartados 165 y siguientes).

En segundo término, esa “amplia potestad discrecional en cuanto respecta a la determinación de aquello que consideran como SIEG” que corresponde a los Estados miembros es compatible con la carga de argumentación y prueba, que asimismo les incumbe, respecto de “las razones por las cuales estiman que el servicio en cuestión merece, como consecuencia de su carácter específico, ser calificado como SIEG y distinguirse de otras actividades económicas”, puesto que “sin dicha motivación, no sería posible un control, siquiera marginal, por parte de las instituciones comunitarias, con arreglo tanto al primer requisito enunciado en la sentencia *Altmark* (...) como al artículo 86 de la CE, apartado 2, relativo a la existencia de algún error manifiesto cometido por los Estados miembros en el marco de su potestad discrecional” (apartados 172 y siguientes).

En tercer lugar, en el caso de los SIEG “la prestación del servicio de que se trate debe, por definición, presentar interés general o público. A este respecto, los SIEG se distinguen, en particular, de los servicios que sirven a un interés privado, aun cuando éste pueda ser más o menos colectivo o ser reconocido por el Estado como legítimo o benéfico”. Asimismo, “el interés general o público invocado por el Estado miembro no debe consistir únicamente en la necesidad de someter el mercado considerado a determinadas normas o la actividad comercial de los operadores afectados a una autorización del Estado. En efecto, el mero hecho de que el legislador nacional imponga, en aras del interés general entendido en sentido amplio, determinadas normas de autorización, de funcionamiento o de control al conjunto de los operadores de un sector no constituye, en principio, una misión SIEG”. En particular, “el reconocimiento de una misión SIEG no supone necesariamente que al operador encargado de esta misión se le conceda un derecho exclusivo o especial para que la lleve a cabo”, pero sí que “el operador de que se trate esté encargado de una misión mediante un acto del poder público y que éste defina claramente las obligaciones SIEG de que se trata”. En el caso por ella resuelto, la sentencia comentada considera “que la normativa irlandesa pertinente no constituye meramente una regulación o una autorización relativa a la actividad de las aseguradoras SEP, sino que debe calificarse como un acto del poder público mediante el que se crea y define una misión específica consistente en la prestación de servicios SEP dentro del respeto” a una serie de obligaciones (obligaciones SEP) detalladamente definidas por la normativa aplicable, “tales como la tarificación común, la adhesión abierta, la cobertura vitalicia y las prestaciones mínimas, a las cuales están sujetos el conjunto de las aseguradoras SEP en el sentido de esta normativa. Además, con el objetivo declarado de servir al interés general permitiendo, actualmente acerca de la mitad de la población irlandesa, beneficiarse de una cobertura alternativa para determinados tratamientos sanitarios y, en particular, hospitalarios, las obligaciones SEP antes mencionadas restringen la libertad comercial de las aseguradoras SEP en una medida que va mucho más allá de las condiciones de autorización ordinarias para ejercer una actividad en un sector específico” (apartados 177 y siguientes).

En cuarto lugar, el TPI precisa que del Derecho comunitario no se deriva “que, para poder ser calificado como SIEG, el servicio de que se trate deba constituir un servicio universal en sentido estricto, como el caso del régimen público de la Seguridad Social. En efecto, el concepto de servicio universal, en el sentido del Derecho comunitario, no implica que el servicio de que se trate deba responder a una necesidad común del conjunto de la población o ser prestado en la

totalidad de un territorio”. Aunque “estas características corresponden al tipo de SIEG clásico y más usual en los Estados miembros, ello no excluye la existencia de otros tipos de SIEG también lícitos que los Estados miembros pueden válidamente optar por crear dentro del ejercicio de su potestad discrecional. Por tanto, el hecho de que las obligaciones SIEG de que se trate sólo tengan un ámbito de aplicación territorial o material restringido o de que los servicios afectados sólo beneficien a un grupo relativamente restringido de usuarios no priva necesariamente de carácter universal a una misión SIEG en el sentido del Derecho comunitario”. En particular, a “falta de un derecho exclusivo o especial, el carácter obligatorio de una misión SIEG puede consistir en la obligación del operador de que se trate, prevista mediante un acto del poder público, de ofrecer determinados servicios a todo ciudadano que lo requiera”. Más aún, “el carácter obligatorio de la misión SIEG no excluye la existencia de un cierto margen de actuación del que puede disponer el operador en el mercado, incluyendo aspectos relativos al contenido y la fijación del precio de los servicios que tiene la intención de prestar”. En virtud de todo ello, la sentencia concluye que, “a falta de un derecho especial o exclusivo (...) el carácter obligatorio del servicio y, por consiguiente, la existencia de una misión SIEG quedan demostrados si el prestador está obligado a contratar, con las mismas condiciones, sin poder rechazar a la otra parte contratante. Este último elemento permite distinguir el servicio que forma parte de una misión SIEG de cualquier otro servicio prestado en el mercado y, por tanto, de cualquier otra actividad ejercida de forma completamente libre” (apartados 186 y siguientes).

En quinto lugar, la sentencia contiene algunas precisiones a propósito del principio de proporcionalidad de la compensación, en el sentido de la doctrina Altmark y del artículo 86.2 del TCE: (i) respecto de su intensidad, “el control de la necesidad y del carácter proporcionado de la compensación en virtud del RES tanto por parte de la Comisión como del Tribunal de Primera Instancia es un control”, que se limita a “la comprobación tanto del respeto por parte de la Comisión de las normas de procedimiento y de motivación como de la exactitud material de los hechos alegados y de la ausencia de error de Derecho, de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder”; (ii) respecto de su objeto, dicho control “se limita a comprobar si la compensación prevista es necesaria para que la misión SIEG de que se trate pueda llevarse a cabo en condiciones económicamente aceptables (...) o, a la inversa, si la medida en cuestión es manifiestamente inapropiada en relación con el objetivo perseguido”; (iii) en el caso controvertido, la sentencia reconoce que “en el funcionamiento del sistema de compensación constituido por el RES, no existe una relación directa entre los importes efectivamente abonados por la aseguradora SEP como consecuencia de una solicitud de reembolso y la compensación otorgada mediante los pagos RES. Es preciso indicar que los pagos RES no tienen por objeto compensar los costes eventuales o adicionales ligados a una prestación precisa de determinados servicios SEP, sino únicamente igualar las cargas suplementarias que se considera que son el resultado de un diferencial negativo de perfil de riesgo de una aseguradora SEP con respecto al perfil de riesgo medio del mercado”. Sin embargo, el Tribunal concluye que, en “el marco del control restringido aplicable al caso de autos (...), la cuantificación de los costes adicionales por medio de una comparación entre el perfil de riesgo real de una aseguradora SEP y un perfil de riesgo medio del mercado a la luz de los importes reembolsados por el conjunto de las aseguradoras SEP sujetas al RES respeta la finalidad y el espíritu del tercer requisito enunciado en la sentencia Altmark (...) en la medida en que el cálculo de la compensación se basa en elementos objetivos concretos, claramente identificables y controlables” (apartados 220 y siguientes).

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

La STPI de 26 de junio de 2008, As.T-442/03, SIC, se pronuncia sobre diversas cuestiones relativas a los servicios de radiodifusión a propósito de un recurso de anulación interpuesto por SIC, un operador privado portugués, contra una Decisión de la Comisión relativa al ente público Radiotelevisión Portuguesa (RTP). La sentencia recuerda, en primer lugar, que “la posibilidad de acogerse a la excepción a la prohibición de las ayudas de Estado establecida en el artículo 86 de la CE, apartado 2, exige, según la jurisprudencia (...) el cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, que el servicio de que se trate sea un SIEG y esté claramente definido como tal por el Estado miembro; en segundo lugar, que el Estado haya confiado a la empresa de que trata la prestación de dicho SIEG; en tercer lugar, que la aplicación de las normas de competencia del Tratado –en el caso de autos la prohibición de las ayudas de Estado– obstaculice el cumplimiento de la misión específica confiada a la empresa y la excepción no afecte al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad”. Por el contrario, “[e]ntre los requisitos de aplicación del artículo 86 de la CE, apartado 2, no se incluye la exigencia de que el Estado miembro haya seguido un procedimiento de licitación para adjudicar el SIEG” (apartados 144 y siguientes).

Por otro lado, la sentencia sostiene que “el Derecho comunitario no se opone en modo alguno a que un Estado miembro defina el SIEG de radiodifusión en términos amplios, que incluyan la difusión de una programación generalista. Esta facultad no puede cuestionarse por el hecho de que el radiodifusor de servicio público ejerza, además, actividades comerciales, en concreto la venta de espacios publicitarios. Tal cuestionamiento, en efecto, supondría hacer depender la propia definición del SIEG de radiodifusión de su forma de financiación. Pues bien, un SIEG se define, por principio, atendiendo al interés general que pretende satisfacer y no en consideración a los medios que garantizarán su prestación. Según señaló la Comisión en el apartado 36 de la Comunicación sobre la radiodifusión, ‘la cuestión de la definición de la misión de servicio público no debe confundirse con la del mecanismo financiero elegido para prestar estos servicios’. De todas las consideraciones anteriores se deduce que no puede negarse la facultad de los Estados miembros para definir el SIEG de radiodifusión de modo que abarque la difusión de una creciente diversificación de programas, autorizando al operador encargado de este SIEG a ejercer actividades comerciales, como la venta de espacios publicitarios” (apartados 201 y siguientes).

Finalmente, el TPI considera que, a la hora de examinar el control del cumplimiento, por el radiodifusor de servicio público, de su mandato de servicio público, la Comisión debía, en primer lugar, examinar el control del cumplimiento por RTP de los criterios cualitativos aplicables con carácter general a toda su actividad de servicio público de radiodifusión; y, en segundo término, examinar el control de la realidad de la prestación por RTP del servicio público concreto esperado de ella y el control de la correspondencia entre estas prestaciones y sus costes anunciados. Respecto de la primera tarea, la sentencia considera que “no hay motivos para que un SIEG de radiodifusión definido en términos amplios, pero que sacrifica el respeto de estas exigencias cualitativas en aras de un comportamiento de operador comercial consistente en difundir una programación concebida especialmente para generar audiencias óptimas desde el punto de vista de los anunciantes publicitarios, siga siendo financiado por el Estado en las mismas condiciones que si estas exigencias cualitativas se hubieran respetado. Sin embargo, sólo el Estado miembro puede apreciar el respeto por el radiodifusor de servicio público de las normas de calidad definidas en el mandato de servicio público. (...) Por tanto, dado que la Comisión no es competente para verificar concretamente el respeto

de las normas de calidad, puede, y debe, en principio, limitarse a comprobar la existencia de un mecanismo de control, por un órgano independiente, del cumplimiento de su mandato por el radiodifusor de servicio público”. Respecto de la segunda tarea, el TPI precisa que “la Comisión, aun cuando disfruta de un margen de apreciación, no puede, habida cuenta de su obligación de examen diligente e imparcial, abstenerse de solicitar la transmisión de elementos de información que pueden confirmar o desmentir otros elementos de información pertinentes para el examen de la medida controvertida, pero cuya fiabilidad no puede considerarse suficientemente acreditada”. En el caso controvertido, la Comisión disponía de determinados informes, pero “no estaba garantizado que estos informes sobre el servicio público, que proporcionaban el detalle analítico de los costes soportados en cada prestación de servicio público, hubieran sido objeto de un control externo independiente por los censores de cuentas de RTP (...). De ello se deduce que, en contra de lo que la Comisión sostiene en el considerando 180, última frase, de la Decisión impugnada, en ausencia de un control externo sistemático de los informes sobre el servicio público por los censores de cuentas de RTP, existía o debía existir, necesariamente, una duda en esta institución sobre la fiabilidad de los datos contenidos en estos informes, duda que no podía resolver la mera afirmación de la calidad de las reglas de contabilidad analítica”. Por todo ello, “la Comisión incumplió su obligación de examen diligente e imparcial al no solicitar a la República Portuguesa la comunicación de los informes de auditoría externa contractuales. Al actuar de este modo, la Comisión se colocó en una situación en que no disponía de datos suficientemente fiables sobre la determinación del servicio público efectivamente prestado y los costes efectivamente soportados para la prestación de este servicio. Sin dicha información, la Comisión no podía proceder a una verificación válida de la proporcionalidad de la financiación de los costes de servicio público y, consiguientemente, no podía declarar válidamente que no existía exceso en la compensación de los costes de servicio público” (apartados 208 y siguientes).

## 9. SERVICIO POSTAL

### A) Derecho de acceso a la red postal pública

Mediante su STS de 3 de junio de 2008 (recurso 83/2006), el Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el sindicato CSI-CSIF contra el Real Decreto 1928/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el acceso a la red postal pública y determina el procedimiento de resolución de conflictos entre operadores postales. Para ello, la Sala recupera las reflexiones ya expuestas con motivo de la sentencia dictada en resolución del recurso 79/2006, en el que el sindicato CCOO impugnó la validez del mismo reglamento por análogos motivos, tanto formales como de fondo.

Respecto a las cuestiones de forma, alega el recurrente que el Gobierno sustrajo al conocimiento de los diferentes órganos consultivos que intervinieron en la tramitación del reglamento “parte fundamental” de su texto. Contrariamente, el TS concluye que tanto el Consejo Postal como el Consejo de Estado pudieron deliberar en sendos momentos sobre el derecho de acceso a la red pública postal de los operadores privados y el resto de cuestiones controvertidas. Según el Tribunal, el hecho de que existan diferencias entre los textos remitidos a informe de los órganos consultivos y los que definitivamente aprueba el Consejo de Ministros no comporta el

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

“fraude de ley” alegado por la recurrente, sino que es consecuencia lógica del procedimiento de elaboración de la norma y de la propia potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

En cuanto a los motivos de fondo, hay que partir de que el reglamento recurrido desarrolla la Ley 24/1998, de 13 de julio, reguladora del servicio postal, constituyendo un nuevo avance en el proceso de apertura del sector postal a la competencia puesto en marcha por dicha ley. Tres son las cuestiones discutidas por la recurrente en cuanto al contenido de la norma reglamentaria: el derecho de acceso a la red postal pública por operadores privados, su extensión a cualquier fase del servicio postal y las dificultades de viabilidad en que queda el servicio postal universal.

Respecto a la primera cuestión de fondo, el sindicato recurrente afirma que el reglamento contradice lo dispuesto en el artículo 23.5 de la Ley Postal, puesto que reconoce un derecho de acceso a la red postal a los operadores postales privados allí donde la ley sólo les atribuye, según el recurrente, una posibilidad de acceso en determinadas condiciones. El TS niega que se produzca dicha vulneración de la ley y lo hace estableciendo una importante distinción. La ley distingue entre los operadores con autoirización general sin aumir obligaciones de servicio universal, que podrán acceder a la red postal pública siempre que negocien con el operador responsable de la prestación del servicio postal universal, y, por otra parte, los operadores con autorización singular, que tienen una garantía directamente prevista en la ley de acceder a la red postal pública, en condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación. Pues bien, al referirse el Reglamento exclusivamente a este último grupo de operadores, queda plenamente justificado y no vulnera lo dispuesto por la ley, el reconocimiento reglamentario del derecho de tales operadores a acceder a la red postal pública.

En segundo término, el recurrente estima que el eventual derecho de acceso a la red pública se debe configurar respetando lo que la Ley Postal establece que debe ser cada servicio integrado en el servicio postal universal, tal y como viene establecido en su artículo 15.5. Al respecto, el TS niega esta conclusión y afirma la neutralidad de la ley en este punto, ya que no especifica la modalidad concreta en que debe plasmarse dicho acceso, pudiendo optar el reglamento por el sistema escogido o incluso por otro distinto. Para la Sala, hay que distinguir entre el contenido necesario del servicio postal universal que debe prestar el operador al que se le encomienda y el acceso de los demás operadores a la red postal pública, sin que en ningún caso la ley exija que el uso de dicha red sólo sea posible si se pretende ofrecer un servicio perteneciente al servicio postal universal en todas sus fases.

La tercera y última de las cuestiones discutidas en el recurso se refiere a la viabilidad del servicio público de Correos y Telégrafos. La recurrente concluye que del sistema diseñado por el Reglamento, que obliga a prestar a la entidad pública el servicio en todo el territorio del Estado a la vez que a dar entrada al resto de operadores en los servicios más rentables, se deriva un claro riesgo de quiebra económica para la entidad pública, tal y como demuestran los informes aportados. Por su parte, el TS advierte del “carácter extrajurídico” de dichas alegaciones y niega que el Reglamento recurrido se oponga a la Directiva 97/67/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a los servicios postales, ni a ninguna otra norma de derecho comunitario. Además, recuerda el Tribunal que ésta es una situación congruente con el proceso de liberalización emprendido por el servicio público postal y que tanto la normativa comunitaria como la Ley Postal contemplan diversas previsiones que tratan de asegurar la estabilidad económica del prestador del servicio postal universal.

## 10. TELECOMUNICACIONES

### A) Acuerdos de interconexión. Comisión del mercado de las telecomunicaciones

Las compañías telefónicas Amena y Vodafone suscribieron, con fecha 20 de noviembre de 1998, un Acuerdo General de Interconexión en el que pactaban las tarifas de interconexión. No obstante, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones obligó, por acuerdo de 12 de diciembre de 2002, a Amena a ofrecer a Vodafone una reducción media en sus precios de terminación de llamadas de su red provenientes de la red de esta última. Dicho acuerdo fue recurrido por Amena ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, cuya Sección Octava lo desestimó, mediante la Sentencia de 12 de septiembre de 2005. La **STS de 8 de julio de 2008** (recurso 6957/2005), que comentamos, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Amena contra dicha sentencia.

La sociedad recurrente alega la incompetencia de la CMT para modificar el acuerdo de interconexión e imponer una regulación de los precios contraria a la libertad de empresa; la vulneración de la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, al no apreciarse los requisitos para su aplicación y, finalmente, la vulneración de la Ley General de Telecomunicaciones por tratar de igual manera a Amena, que, a diferencia de Vodafone, no tenía la consideración de operación dominante en el mercado. Por su parte, el TS ratifica uno a uno los argumentos de la Sala de instancia respecto a las tres cuestiones tratadas en el recurso, que se abordan conjuntamente en un único fundamento jurídico.

En primer lugar, se confirma la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para conocer de los conflictos de interconexión, de conformidad con una interpretación sistemática de los artículos 22 y 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Se entiende que, aunque los acuerdos de interconexión son contratos privados establecidos libremente entre las partes, están sometidos a una regulación de Derecho público, con el objeto de salvaguardar la interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos. Asimismo, la competencia de la CMT se deduce del artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 14 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que le atribuye una función arbitral en los conflictos del sector, y del artículo 9 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones, que reconoce a las autoridades nacionales de reglamentación la competencia para que, en caso de litigio en la materia, adopten las medidas encaminadas a lograr “un equilibrio justo entre los intereses legítimos de las partes”.

En este sentido, afirma el TS que la propia función del órgano regulador de lograr este equilibrio, con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la libre competencia de empresas y el interés de los usuarios, hace innecesario recurrir a la doctrina civilista de la cláusula *rebus sic stantibus* para resolver este caso y que, como también señala la Sala de instancia, al aplicar dicha doctrina, la libre competencia exigía rectificar el desproporcionado diferencial en los precios de terminación de llamada que existía entre ambas compañías.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Finalmente, el TS niega, como hizo la sentencia recurrida, que la CMT hubiera tratado como operadores dominantes en el mercado a las dos compañías, sino que se limitó a resolver el conflicto planteado en relación al Acuerdo General de Interconexión suscrito entre ellas.

### B) Oferta de servicios públicos de telecomunicaciones para locutorios. Medidas cautelares

Por acuerdo de 29 de abril de 2002 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió la paralización de la oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios de varias compañías del Grupo Telefónica, así como cualquier otro tipo de actuaciones discriminatorias que pudieran producirse respecto al resto de operadores. Mediante la STS de 10 de julio de 2008 (recurso 7208/2005), el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por dichas compañías contra la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2005, que había confirmado las medidas cautelares del citado acuerdo de la CMT.

En términos generales, consideraba la Audiencia Nacional que la oferta realizada por estas compañías suponía una actividad de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público, para lo que carecían de autorización, y que ello conllevaba un riesgo evidente de producir resultados anticompetitivos dada la posición de dominio del Grupo Telefónica, por lo que era procedente la adopción de las medidas cautelares.

Las recurrentes alegan que la sentencia *a quo* incurre en error al abordar la cuestión como si se tratase de un incidente cautelar de suspensión de una resolución administrativa, cuando en realidad lo discutido era la adecuación a derecho de la medida cautelar adoptada por la resolución de la CMT, defendiendo que ésta debió haberse anulado por prejuzgar cuestiones de fondo, no tener en cuenta la apariencia de buen derecho, no concurrir riesgos anticompetitivos y no haberse demostrado la existencia de daños irreparables para el interés público.

El TS admite que existe cierta confusión en la sentencia recurrida, al utilizar como parámetro de enjuiciamiento de la resolución de la CMT la jurisprudencia dictada en materia de suspensión cautelar, invocar la finalidad aseguradora de la justicia cautelar y referirse a la ejecutividad de la resolución impugnada, pero acaba concluyendo que dicha aproximación no constituye *ratio decidendi* del fallo y que la Sala de instancia realizó un juicio ponderado de los hechos, motivando suficientemente la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar.

Para el Tribunal, quedó convenientemente acreditado en la sentencia recurrida la concurrencia del *fumus boni iuri* y del *periculum in mora*, en la medida en que las prácticas realizadas por las empresas recurrentes podían constituir a primera vista una infracción de las normas de la competencia que pueden ser sancionadas (al no tener título habilitante para realizar la reventa del servicio telefónico fijo) y una urgencia probada que exigía prevenir una situación que podía producir perjuicios graves e irreparables para el resto de empresas e intolerables para el interés general (como demuestran las prácticas denunciadas por diversos operadores de telecomunicaciones y acreditadas por la propia CMT).

### **C) Radiodifusión**

Mediante la **STS de 6 de junio de 2008** (recurso 116/2007), se resuelve nuevamente un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Real Decreto 964/2006, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de radiodifusión sonora por ondas métricas con modulación de frecuencia.

La recurrente, en este caso, es la Comunidad Autónoma castellano-leonesa, si bien sus pretensiones son sustancialmente similares a las alegadas anteriormente por otras Comunidades Autónomas y resueltas por el propio Tribunal Supremo. En particular, el recurso se fundamenta en cuatro motivos: en primer lugar, la posible vulneración de las competencias autonómicas en materia de gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas. No obstante, la Sala desestima dicha alegación puesto que, recordando lo apuntado en la Sentencia de 3 de junio de 2008 (reseñada en el número anterior de esta Revista), afirma que la atribución de las frecuencias disponibles por parte del Estado a las distintas Comunidades Autónomas no afecta al ejercicio de las competencias autonómicas de asignación de éstas a las emisoras públicas o privadas que se consideren oportunas.

En segundo lugar, la misma suerte corre la consideración sobre la vulneración de los principios de igualdad y lealtad entre las administraciones públicas porque el Tribunal, tomando como referencia la Sentencia de 20 de febrero de 2008 (reseñada también en el número 41 de esta Revista), entiende que dicha consideración se efectúa en términos genéricos, sin que en modo alguno se acredite de manera fehaciente y concreta la discriminación alegada.

Igualmente se rechaza la consideración sobre la falta de transparencia que supone la publicidad de la asignación de las frecuencias adjudicadas a través de una página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Así, la Sala reproduce nuevamente los argumentos vertidos en la citada Sentencia de 20 de febrero de 2008, subrayando que aunque ésta no sea en rigor un “registro público”, sí que cumple las exigencias mínimas de publicidad, transparencia y seguridad jurídica que deben presidir el proceso de asignación.

Por último, sobre la falta de motivación del Anexo II del Real Decreto impugnado, se señala que del contenido del expediente administrativo era posible deducir los criterios de planificación radioeléctricos utilizados. A la vez que debe tenerse presente que la Comunidad Autónoma recurrente había podido participar también en el procedimiento de elaboración de esta norma reglamentaria, haciendo las alegaciones oportunas, sin que sea posible afirmar el desconocimiento de los criterios inspiradores de la enumeración prevista en el mencionado Anexo II.

### **D) Instalación de infraestructuras de telecomunicación**

La **STS de 23 de septiembre de 2008** (recurso 82/2006), resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad Telefónica Móviles contra la Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 30 de septiembre de 2005, por la que se desestimaba el recurso planteado frente el Decreto castellano-leonés 267/2001, de 29 de noviembre, relativo a la instalación de infraestructuras de radiocomunicación.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

La Sala desestima el recurso planteado, al entender que no concurren los motivos formales ni de fondo alegados por la recurrente. En este sentido, se considera que la Sentencia de instancia no incurría en incongruencia omisiva ni en infracción del deber de motivación, puesto que examina los diferentes motivos de impugnación alegados y da una respuesta precisa y concreta a ellos. Y, del mismo modo, se considera que la regulación prevista en el Decreto impugnado no vulnera ni la legislación estatal en materia de telecomunicaciones ni la Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicación electrónica.

En particular, en su larga argumentación, el Tribunal afirma que la normativa comunitaria no es contraria a que las autoridades nacionales de un Estado miembro puedan someter las instalaciones de comunicaciones a las autorizaciones adecuadas para preservar intereses públicos prevalentes. En este sentido, se afirma que tampoco pueden desconocerse las potestades que tienen atribuidas otras administraciones públicas en otros ámbitos susceptibles de protección, pues no debe olvidarse que los servicios de telecomunicaciones son prestados mediante instalaciones y redes cuyo tendido, así como las infraestructuras que las soportan, se realiza sobre el suelo, el vuelo y el subsuelo.

### 11. TRANSPORTES

#### A) Otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de transporte público y privado complementario de viajeros

Una determinada asociación hotelera de Canarias interpuso recurso frente al Decreto 6/2002, de 28 de enero, del gobierno de Canarias sobre otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de transporte público y privado complementario de viajeros y mercancías. La cuestión de fondo que se planteaba en el recurso era la oposición a la limitación establecida en el decreto al transporte complementario privado de viajeros. El decreto lo limitaba al traslado de empleados y escolares, lo que impedía incluir al personal alojado en los hoteles.

La entidad recurrente se opuso al contenido de la norma autonómica alegando falta de cobertura legal del decreto, vulneración del principio de libertad de empresa y vulneración de la normativa comunitaria, por lo que en relación a este último punto se solicitaba al Tribunal Superior de Justicia que planteara una cuestión prejudicial ante el TJCE. El recurso fue desestimado en primera instancia, y la entidad recurrente planteó recurso de casación que fue igualmente desestimado mediante Sentencia de 22 de septiembre de 2008 (recurso 14/2006).

La sentencia casacional recoge en sus fundamentos los razonamientos de la sentencia de primera instancia que confirma en su totalidad. En síntesis, son tres las cuestiones que se plantean de nuevo en el recurso de casación. Una primera afecta a cuestiones competenciales y de teoría de las normas, cuestión de indudable interés pero que no afecta directamente al objeto de la presente crónica. En este punto la recurrente sostiene que el decreto carece de cobertura legal y que además debió ser aprobado por la Comunidad Autónoma mediante ley autonómica al poseer competencia exclusiva en la materia. Por ello, no debió buscarse la cobertura en la ley estatal de ordenación de los transportes terrestres, ley no aplicable con carácter supletorio.

De forma algo confusa en este punto se añade que en caso de ser aplicable la ley estatal, ésta no contempla la intervención que introduce la norma reglamentaria autonómica.

Una segunda cuestión es la relativa al principio de libertad de empresa, principio que la recurrente dice se ha vulnerado al imponerse limitaciones a una actividad como el transporte privado complementario que forma parte de los servicios propios de la actividad turística. En este punto el Tribunal Supremo se remite de forma sucinta a su doctrina tradicional sobre esta cuestión y afirma que “como el Tribunal Constitucional ha señalado y nosotros hemos reiterado en diversas ocasiones, la libertad de empresa garantiza el derecho a efectuar una determinada actividad empresarial, pero siempre de acuerdo con la regulación existente de la misma, regulación que incorpora por regla general disposiciones de diverso rango, en concreto normas de rango reglamentario. Y en ningún caso puede admitirse que una limitación de detalle como la que objeta la entidad actora –la restricción de los viajeros que pueden ser admitidos en el transporte privado complementario– atente, por mucho que pueda afectar a sus intereses particulares, contra el contenido esencial de la citada libertad constitucional que, como se ha indicado, se restringe al derecho a iniciar y desarrollar una actividad empresarial de acuerdo con la regulación legal existente”.

En tercer lugar, la recurrente sostiene que el decreto impugnado ha establecido limitaciones al transporte privado complementario que no estaban previstas ni en la LOTT ni en el reglamento de la ley estatal. El Tribunal Supremo se remite de nuevo a la doctrina del Tribunal Superior y confirma la interpretación que se hace de la normativa estatal cuando regula la utilización del transporte privado complementario. En este sentido afirma que “tiene razón la Sala juzgadora y debe desestimarse el motivo. La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en el artículo 102.2.a) en el que se prevén los usuarios de los transportes privados complementarios, contiene una remisión al reglamento que da cobertura suficiente a la regulación que la Comunidad Autónoma ha previsto al respecto, en el sentido de limitar la utilización del transporte privado complementario de los establecimientos hoteleros a los trabajadores de los centros, con exclusión de los clientes. Como señala la Sala, ni la inclusión de los ‘asistentes’ a los centros es incondicional, ya que depende de la regulación reglamentaria, ni la expresión ‘asistentes’ a los centros se compeadece bien con los clientes de los establecimientos hoteleros”. Por tanto, concluye que la ley excluye la pretensión de la Asociación recurrente de que el transporte privado complementario autorizado a los establecimientos hoteleros incluya a los clientes de los hoteles.

Por último, el Tribunal rechaza entrar en los argumentos sobre la contradicción con el derecho comunitario y el planteamiento de una cuestión prejudicial aduciendo que se trata de una cuestión nueva no formulada en la instancia ni tratada por la sentencia impugnada.

**LUIS ARROYO**

**RICARD GRACIA RETORTILLO**

**ELISENDA MALARET GARCÍA**

**JOSEP MOLLEVI I BORTOLO**

**JOAQUÍN TORNOS MAS**

**MARC VILALTA REIXACH**

**XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y exigencia de facilitar el número de tarjeta de pago antes de que se extinga el plazo de resolución. B) Falta de control, inspección y vigilancia de la pesca en las aguas marítimas sometidas a la soberanía o jurisdicción de España. C) Nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios como el “Man-Koso 3000”. **2. Deporte.** A) ¿La representante de la Federación Internacional de Motociclismo en Grecia ejerce una actividad económica –vulnerando los artículos 82 y 86 de la CE– cuando celebra contratos de patrocinio, de publicidad y de seguro organizando competiciones deportivas, compatibles con el ejercicio de funciones públicas que limitan el ejercicio de similares competiciones por otras organizaciones o asociaciones deportivas? **3. Educación.** A) Universitaria. a) Modificación gubernativa de Estatutos universitarios. **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) Nulidad de Circular sobre ordenación de la visita médica y otras actividades de promoción de medicamentos.

**1. CONSUMO****A) Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y exigencia del número de tarjeta de pago antes de que se extinga el plazo de resolución**

La STJCE de 16 de diciembre de 2008, As. C-205/07, responde a una cuestión prejudicial, en la que el órgano jurisdiccional belga remitente pregunta, esencialmente, si los artículos 28 a 30 de la CE se oponen a una disposición como la controvertida en el asunto principal, relativa a las ventas a distancia, que prohíbe al proveedor exigir la identificación del número de la tarjeta de pago antes de la expiración del plazo de resolución. Recuérdese que el artículo 6 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, p. 19), dispone que respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá

de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor.

Pues bien, la legislación belga determina que no podrá exigirse ningún anticipo ni pago al consumidor antes de que finalice el plazo de desistimiento de siete días laborables. En caso de que el consumidor ejercite su derecho de renuncia el vendedor reembolsará al consumidor los importes pagados, sin gastos. Este reembolso se efectuará a más tardar dentro de los treinta días siguientes al desistimiento. Al efecto, una prohibición de exigir durante el plazo obligatorio de desistimiento el número de tarjeta de pago, no tiene la misma influencia fáctica sobre la comercialización de mercancías en el propio país que sobre el comercio con nacionales de otro Estado miembro, y por ello podría provocarse una restricción fáctica a la libre circulación de mercancías, principio consagrado en el artículo 23 de la CE.

En este sentido el Tribunal de Justicia determina que el artículo 29 de la CE no se opone a una normativa nacional que prohíba al proveedor, en el marco de una venta a distancia transfronteriza, exigir anticipo o pago alguno por parte del consumidor antes de la expiración del plazo de resolución, pero se opone a que, con arreglo a dicha normativa, se prohíba pedir, antes de la expiración del referido plazo, el número de la tarjeta de pago del consumidor.

### **B) Falta de control, inspección y vigilancia de la pesca en las aguas marítimas sometidas a la soberanía o jurisdicción de España**

La STJCE de 22 de diciembre de 2008, As. C-189/07, en el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben (en virtud de los artículos 2, apartado 1, y 31, apartados 1 y 2, del Reglamento (CEE) núm. 2847/93 del Consejo, de 12 de octubre de 1993, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 2846/98 del Consejo, de 17 de diciembre de 1998). En primer lugar, al abstenerse de llevar a cabo de manera satisfactoria el control y la inspección, en su territorio y en las aguas marítimas sometidas a su soberanía o jurisdicción, del ejercicio de la pesca, incluidas las actividades de desembarque y de comercialización de especies sujetas a disposiciones sobre tamaño mínimo en virtud de los Reglamentos (CE) núm. 850/98 del Consejo, de 30 de marzo de 1998, para la conservación de los recursos pesqueros a través de medidas técnicas de protección de los juveniles de organismos marinos, y (CE) núm. 2406/96 del Consejo, de 26 de noviembre de 1996, por el que se establecen normas comunes de comercialización para determinados productos pesqueros, y al no destinar los medios humanos necesarios para el control y la inspección del ejercicio de la pesca y, en segundo lugar, al no velar con el suficiente empeño por la adopción de las medidas apropiadas contra los responsables de las infracciones cometidas en relación con la normativa comunitaria en materia de pesca, principalmente mediante la incoación de procedimientos administrativos o penales y la imposición de sanciones disuasorias a dichos responsables.

### C) Nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios como el “Man-Koso 3000”

La STJCE de 15 de enero de 2009, As. C-383/07, responde a una cuestión prejudicial, en la que el órgano jurisdiccional alemán remitente –considerando que, para proteger la salud pública, es necesario garantizar que los nuevos alimentos y los nuevos ingredientes alimentarios estén sometidos a una evaluación de seguridad única por medio de un procedimiento comunitario antes de ser puestos en el mercado en la Comunidad– pregunta sobre el Man-Koso como producto alimenticio japonés elaborado según un procedimiento de fermentación a partir de más de 50 ingredientes vegetales. Incluye, en particular, algas marrones y rojas, así como raíces de bardana, loto y hojas de akebi o de hiso. M-K Europa que lo comercializa lo describe como un alimento de excelente calidad que tiene efectos beneficiosos para la salud.

El órgano jurisdiccional pregunta si un producto alimenticio está incluido en la categoría de alimentos cuyo “historial de uso alimentario sea seguro” y, por tanto, en los que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 258/97, cuando se produce empleando ingredientes con un historial de uso alimentario seguro siguiendo métodos que el órgano jurisdiccional califica de “utilizados habitualmente”, aunque no haya experiencia en la combinación de estos ingredientes y procedimientos de fabricación. El Tribunal de Justicia responde que el hecho de que todos los componentes de un producto alimenticio, considerados por separado, cumplan el requisito previsto en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento núm. 258/97, o sean seguros, no puede considerarse suficiente para excluir la aplicación de este Reglamento al producto alimenticio elaborado. Para determinar si éste debe calificarse de alimento nuevo en el sentido del Reglamento núm. 258/97, la autoridad nacional competente deberá pronunciarse sobre cada caso concreto, teniendo en cuenta todas las características del producto alimenticio, así como el proceso de producción.

Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la experiencia sobre la seguridad de un producto alimenticio adquirida exclusivamente fuera de Europa es suficiente para considerar que este producto está incluido en la categoría de los productos alimenticios “cuyo historial de uso alimentario sea seguro”, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra e), del Reglamento núm. 258/97. Al efecto el Tribunal de Justicia determina que la experiencia sobre la seguridad de un producto alimenticio adquirida exclusivamente fuera de Europa no es suficiente para considerar que éste está incluido en la categoría de los productos alimenticios “cuyo historial de uso alimentario sea seguro” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra e), del Reglamento núm. 258/97.

## 2. DEPORTE

**A) ¿La representante de la Federación Internacional de Motociclismo en Grecia ejerce una actividad económica –vulnerando los artículos 82 y 86 de la CE– cuando celebra contratos de patrocinio, de publicidad y de seguro organizando competiciones deportivas, compatibles con el ejercicio de funciones públicas que limitan el ejercicio de similares competiciones por otras organizaciones o asociaciones deportivas?**

La STJCE de 1 de julio de 2008, As. C-49/07, responde a una cuestión prejudicial, en la que el órgano jurisdiccional griego remitente pregunta, en esencia, si, por una parte, una

persona jurídica, asociación sin ánimo de lucro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 y 86 de la CE, cuando sus actividades consisten no sólo en tomar parte en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar, en este contexto, contratos de patrocinio, de publicidad y de seguro y, por otra parte, si dichas disposiciones del Tratado se oponen a una norma como la establecida en el artículo 49 del Código de circulación griego, en la medida en que confiere a tal asociación (ELPA) la facultad de emitir un dictamen vinculante sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones por otras asociaciones (como MOTOE), sin que esta facultad esté sometida a límites, a obligaciones o a control.

Procede distinguir la participación de una persona jurídica como el ELPA en el proceso de toma de decisiones de las autoridades públicas de las actividades económicas que ejerce dicha persona jurídica, como la organización y la explotación comercial de las competiciones de motocicletas. De ello se desprende que la potestad de dicha persona jurídica de emitir su dictamen vinculante sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar estas competiciones no obsta a que se la considere una empresa en el sentido del Derecho comunitario de la competencia en lo que se refiere a sus actividades económicas, antes mencionadas.

El hecho de que la MOTOE, demandante en el litigio principal, sea a su vez una asociación sin ánimo de lucro carece de incidencia alguna sobre la calificación de una persona jurídica como el ELPA de empresa. Por un lado, no se excluye que existan en Grecia, además de las asociaciones cuya actividad consiste en organizar y explotar comercialmente competiciones de motocicletas sin ánimo de lucro, asociaciones que ejerzan esta actividad con ánimo de lucro y que compitan también con el ELPA. Por otro lado, las asociaciones sin ánimo de lucro, que ofrecen productos o servicios en un mercado determinado, pueden encontrarse recíprocamente en situación de competencia. En efecto, el éxito o la supervivencia económica de estas asociaciones depende, a largo plazo, de su capacidad para imponer en el mercado afectado las prestaciones que ofrecen, en detrimento de las que propone el resto de operadores. Por consiguiente, una persona jurídica como el ELPA debe ser considerada una empresa en el sentido del Derecho comunitario de la competencia. No obstante, para que esté incluida en el ámbito del artículo 82 de la CE, es necesario, además, que ocupe una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

Antes de poder apreciar si una persona jurídica como el ELPA ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 82 de la CE, hay que delimitar dicho mercado tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico. A este respecto, procede recordar que se desprende de la resolución de remisión que las actividades que ejerce el ELPA consisten, por una parte, en la organización de competiciones de motocicletas y, por otra parte, en su explotación comercial mediante la conclusión de contratos de patrocinio, publicidad y seguro. Estos dos tipos de actividades no son intercambiables, sino que presentan más bien un carácter de complementariedad funcional. Por su parte, el mercado geográfico puede definirse como aquel territorio en el que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta, en concreto, a los productos de que se trata. No es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores económicos sean perfectamente homogéneas. Procede recordar que se desprende de la jurisprudencia

## XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

que el concepto de “posición dominante” del artículo 82 de la CE se refiere a una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa, que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores. Cabe añadir que una empresa puede encontrarse en esta posición cuando se le conceden derechos especiales o exclusivos que le permiten determinar si, y en su caso, en qué condiciones, otras empresas pueden acceder al mercado en cuestión y ejercer sus actividades en él.

Por consiguiente, atribuir a una persona jurídica como el ELPA, que organiza y explota comercialmente ella misma competiciones de motocicletas, la tarea de emitir para la administración competente un dictamen sobre las solicitudes de autorización presentadas a fin de organizar tales competiciones, equivale *de facto* a conferirle la potestad de designar las personas autorizadas a organizar dichas competiciones y a fijar las condiciones en las que estas últimas se organizan, y a conceder de este modo a dicha entidad una ventaja evidente sobre sus competidores. Por tanto, dicho derecho puede llevar a la empresa que lo ostenta a impedir el acceso de los demás operadores al mercado afectado. Esta situación de desigualdad de condiciones de competencia se ve, además, subrayada por el hecho, confirmado en la vista ante el Tribunal de Justicia, de que cuando el ELPA organiza o participa en la organización de competiciones de motocicletas, no está obligado a recabar ningún dictamen para que la Administración competente le conceda la autorización requerida. Por otro lado, dicha normativa, que concede a una persona jurídica como el ELPA la facultad de emitir un dictamen vinculante sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar competiciones de motocicletas, sin que dicha potestad se vea sujeta a una reglamentación de límites, obligaciones o control, puede conducir a la persona jurídica a la que se encomienda emitir dicho dictamen a falsear la competencia favoreciendo las competiciones que organiza o aquellas en cuya organización participa.

Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones planteadas que una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 y 86 de la CE. Y estos artículos se oponen a una normativa nacional que confiere a una persona jurídica, que organiza competiciones de motocicletas y celebra en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, la facultad de emitir un dictamen vinculante sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que dicha potestad esté sometida a límites, obligaciones y control.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) Universitaria

##### a) Modificación gubernativa de Estatutos universitarios

La STS de 23 de septiembre 2008, Ar. 4548, ratifica la legalidad de la actuación del Gobierno Valenciano al modificar los Estatutos de la Universidad Jaume I de Castellón en dos aspectos: 1º)

que donde aquéllos decían “País Valenciano” el Ejecutivo lo sustituyó por “Comunidad Valenciana”, al ser ésta la denominación oficial de la Comunidad Autónoma, según el artículo 1.1 de su Estatuto de Autonomía; 2º) que donde los Estatutos universitarios se referían al valenciano, académicamente lengua catalana, como lengua oficial, debía incluirse también el español.

## 5. EXTRANJEROS

### A) Permiso de residencia y trabajo

La STS de 24 de junio de 2008, Ar. 4220, deniega el permiso de residencia por arraigo y de este pronunciamiento merece destacarse que, frente a la alegación del recurrente, basada en la titularidad del derecho fundamental recogido en el artículo 19 de la CE, el Tribunal Supremo considera que no existe tal derecho fundamental de los extranjeros a entrar, circular y residir libremente por España, al margen de lo dispuesto en la legislación española: “el reconocimiento y efectividad de este derecho de configuración legal está supeditado al cumplimiento, en términos razonables, de los requisitos establecidos en la legislación interna para el acceso y estancia en el territorio español de los nacionales extranjeros”.

### B) Denegación de entrada y expulsión

La STC 169/2008, de 15 de diciembre, concede el amparo porque el Auto judicial que ordenaba el internamiento de un extranjero (para su posterior devolución a su país de origen) que, al parecer, había violado la prohibición de entrada derivada de una anterior expulsión, no contenía la mínima y necesaria motivación al respecto.

De la STC 183/2008, de 22 de diciembre, interesan sus consideraciones sobre la repatriación de menores. Así, recordando su ATC 372/2007, de 17 de septiembre, en un supuesto que le “afecta a la esfera personal y familiar de un menor, con diecisiete años de edad en el momento de resolverse sobre la autorización para la repatriación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por el Juzgado de Menores, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído (...) Por esta razón, es claro que el Juzgado debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver la pretensión deducida por la Dirección General de la Policía”. A partir de aquí, considera que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo del menor contra la orden de repatriación de la Delegación del Gobierno, por su minoría de edad, y sin solicitar el nombramiento de un defensor judicial, constituyó una lesión de derecho a la tutela judicial del menor (artículo 24.1 de la CE).

Por su parte, la STS de 24 de junio de 2008, Ar. 4219, considera desproporcionada la medida de expulsión, al no constar dato relevante alguno que justificase tal medida, frente a la de la multa.

La STS de 10 de julio de 2008, Ar. 4404, reiterando su doctrina sobre la expulsión de ciudadanos rumanos (vid. SSTS de 12, 13, 15 de febrero y 6 de marzo de 2008, Ar. 1360, 1362,

1363 y 1376), señala que la “reciente incorporación de Rumanía a la Unión Europea constituye una circunstancia sobrevenida que se proyecta con especial intensidad en el caso examinado, al determinar el sentido de la resolución del recurso. La citada ampliación de la Unión Europea, por tanto, ha de ser tomada en consideración, en primer lugar, por ser un hecho de general conocimiento que reviste el carácter de notorio y patente con notable relevancia jurídica y trascendencia en las relaciones en el seno de la Unión Europea; en segundo lugar, porque así lo demanda una recta interpretación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y, en tercer lugar, porque la solución contraria nos conduciría a situaciones proscritas por el ordenamiento comunitario”.

Finalmente, la **STS de 7 de octubre de 2008**, Ar. 5618, se enfrenta con los problemas que plantean las sucesivas reformas legales en esta materia (Leyes Orgánicas de 1 de julio de 1985, de 11 de enero de 2000 y de 22 de diciembre de 2000) y termina anulando una orden de expulsión por no haberse aplicado retroactivamente la norma sancionadora más favorable.

### C) Asilo y condición de refugiado

En este ámbito podemos mencionar algunas sentencias destacadas, como es la **STS de 13 de mayo de 2008**, Ar. 4092, que concede el asilo inicialmente denegado a un colombiano que tuvo que desplazarse a Medellín por la situación que se vivía en su domicilio de Antioquia y que incluso había perdido por muerte violenta a su hermano, previsiblemente a manos de sus perseguidores, y todo ello por ser propietarios de fincas ocupadas por la guerrilla y no aceptar sus exigencias.

La **STS de 30 de mayo de 2008**, Ar. 4109, anula también una denegación de asilo, ordenando retrotraer el procedimiento ante la ausencia de comunicación al ACNUR (aunque sí hubiera intervenido la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, CIAR) y por no haber estado asistido el solicitante de Abogado de oficio (pese a que lo había pedido).

En este mismo sentido, la **STS de 6 de octubre de 2008**, Ar. 5617, también anula la denegación de asilo, ordenando retrotraer las actuaciones, al advertir que no se le había comunicado al solicitante su derecho a asistencia letrada.

Por su parte, las **SSTS de 16 y 30 de junio de 2008**, Ar. 4202 y 4309, reiteran su conocida doctrina consistente en que las situaciones de conflicto generalizado en el país solicitante de asilo (en estos casos, Guinea Conakry y Colombia, respectivamente) no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

La **STS de 26 de septiembre de 2008**, Ar. 4583, matiza su jurisprudencia anterior en el siguiente sentido: “En reciente Sentencia de 29 de mayo de 2008 hemos dicho que la extorsión con fines exclusivamente económicos puede adquirir los caracteres de una auténtica persecución protegible cuando esa extorsión no es un fin en sí mismo sino un medio para procurar dinero con el que financiar actividades terroristas que tienen por finalidad subvertir el orden público (pues en tales casos el delito común pasa a ser un instrumento para costear

la realización de actos de terrorismo guiados por una ideología política). Ahora bien, hemos de precisar, no toda extorsión o secuestro con finalidad económica es por sí sola, y al margen de cualquier otra consideración, causa suficiente para la concesión de asilo, pero una vez constatada la efectiva existencia de esos actos de extorsión, han de valorarse a continuación, de forma casuística, factores tales como las circunstancias personales del solicitante, las características del grupo autor de la extorsión o secuestro, la intensidad y contenido de esos actos, la posibilidad de una protección eficaz por las autoridades del propio país, o, en fin, la posibilidad de evitar el peligro mediante el desplazamiento interno a otra localidad del mismo país alejada de aquella en que los actos de extorsión pudieran haberse producido”.

Por su parte, la STS de 30 de mayo de 2008, Ar. 4108, concede la autorización de permanencia, por razones humanitarias, a un ciudadano colombiano que había solicitado el asilo.

#### D) Nacionalidad

La STS de 30 de septiembre de 2008, Ar. 4590, aborda —y resuelve, favorablemente al solicitante— un problema que en ocasiones se presenta a la hora de acreditar la buena conducta cívica: “es claro que en este caso no se aportó el certificado de antecedentes penales del país de origen. Pero ello no implica que la solicitud de concesión de la nacionalidad española hubiera de ser denegada, pues no le falta razón a la sentencia impugnada cuando observa que el artículo 221 del Reglamento del Registro Civil no configura dicho requisito como insoslayable, sino que usa la expresión ‘si es posible’. Esto significa que, cuando consta la existencia de dificultades notables —y no imputables a desidia del interesado— para la obtención de dicho certificado, la Administración española debe prescindir del mismo; máxime teniendo en cuenta que, siempre según el referido precepto reglamentario, la buena conducta cívica debe acreditar, en todo caso, ‘por certificado de la autoridad gubernativa local y por el del Registro Central de Penados y Rebeldes’. Dado que la solicitante había acreditado su buena conducta cívica por este último medio y dado, asimismo, que el Consulado de Marruecos no expedía el certificado por razones ajenas a la diligencia de la solicitante, la ponderación de las circunstancias hecha por el tribunal *a quo* debe reputarse correcta: la buena conducta cívica debía tenerse por acreditada aun en ausencia del certificado de antecedentes penales del país de origen”. Y añade una interesante reflexión sobre la normativa al respecto: “es útil añadir que tenía razón la solicitante cuando decía que el artículo 22.4 del CC no establece un modo tasado para acreditar la buena conducta cívica, por lo que ésta puede ser probada por cualquier medio admisible en derecho. Es más los artículos 220 y 221 del Reglamento del Registro Civil no pueden considerarse desarrollo reglamentario de dicho artículo 22.4 del CC, que es la norma legal que impone la carga de acreditar la buena conducta cívica para obtener la nacionalidad española por residencia; y ello sencillamente porque el Código Civil no hace ninguna remisión al reglamento en materia de nacionalidad. Los preceptos reglamentarios aquí examinados son sólo desarrollo o complemento de la Ley del Registro Civil; pero esta última ni regula los requisitos para la concesión de la nacionalidad española —lo que no le corresponde— ni tampoco contempla, al regular los expedientes de nacionalidad en sus artículos 63 y siguientes, la aportación de certificado de antecedentes penales del país de origen del solicitante. Todo esto quiere decir, en pocas palabras, que el requisito en cuyo incumplimiento funda el Abogado del Estado el presente recurso de casación es de naturaleza puramente regla-

mentaria, careciendo de apoyo alguno en normas con rango de ley. De aquí no se sigue necesariamente la ilegalidad de las citadas normas reglamentarias, lo que en ningún caso ha sido debatido ni pedido en el curso de este proceso, pero ciertamente sí se sigue la legitimidad de que su alcance sea determinado como hizo la sentencia impugnada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

### 7. SANIDAD

#### A) Concepto (comunitario) de medicamento “por su función”

La STJCE de 15 de enero de 2009, Hecht-Pharma, As. C-140/07, aborda la interpretación de 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), en lo que respecta al concepto de “medicamento por su función”. Dado el interés de algunos aspectos, conviene recoger aquí lo principal de esta interpretación:

“25. A este respecto, debe recordarse que, a diferencia del concepto de medicamento por la presentación, cuya interpretación amplia tiene por finalidad proteger a los consumidores de los productos que no tienen la eficacia que de ellos cabría esperar, la de medicamento por la función tiene por objeto englobar los productos cuyas propiedades farmacológicas han sido probadas científicamente y que están destinados realmente a establecer un diagnóstico médico o a restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas (Sentencia de 15 de noviembre de 2007, Comisión/Alemania, C-319/05, Rec. p. I-9811, apartado 61).

26. En consecuencia, la Directiva 2001/83 no se aplicará a un producto cuya naturaleza de medicamento en el sentido del artículo 1, punto 2, letra b), de esta Directiva, no haya sido determinada. Es decir, no se aplicará a un producto cuya idoneidad para restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas a través de una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o para establecer un diagnóstico médico, no haya sido probada científicamente.

(...)

33. Como se desprende de su séptimo considerando, las modificaciones introducidas por la Directiva 2004/27 en la definición de medicamento tienen por objeto tener en cuenta la aparición de nuevas terapias y el creciente número de productos ‘frontera’. Asimismo, con el fin de evitar dudas sobre la legislación aplicable, se precisó la definición, que especifica desde entonces el tipo de acción –farmacológica, inmunológica o metabólica– que debe ejercer un medicamento para restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas del hombre.

34. El legislador comunitario consideró necesaria tal precisión en la medida en que el efecto fisiológico no es específico de los medicamentos, y forma parte también de los

criterios para definir los complementos alimenticios (Sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 63).

35. Nada indica, en cambio, en las modificaciones introducidas en la definición de medicamento por la Directiva 2004/27, la intención de modificar los criterios definidos por la jurisprudencia, salvo la necesidad de tener en cuenta en lo sucesivo, además de las propiedades farmacológicas de un producto, sus propiedades inmunológicas y metabólicas.

(...)

40. De lo antedicho se deduce que no puede calificarse sistemáticamente como medicamento por su función cualquier producto en cuya composición esté presente una sustancia que tenga un efecto fisiológico sin que la Administración competente, con la diligencia exigible, realice un examen caso por caso de cada producto, teniendo en cuenta en particular las propiedades farmacológicas, inmunológicas o metabólicas que le sean propias, hasta donde puedan determinarse en el estado actual de los conocimientos científicos.

41. A este respecto, procede recordar que el criterio de idoneidad para restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas no debe conducir a calificar como medicamentos por su función aquellos productos que, si bien tienen cierta influencia en el cuerpo humano, carecen de efecto fisiológico significativo y, por tanto, no modifican en sentido estricto sus condiciones de funcionamiento (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 60).

42. De ello se deduce que, salvo en el caso de las sustancias o compuestos destinados a establecer un diagnóstico médico, un producto no puede considerarse como medicamento por su función cuando, habida cuenta de su composición –incluyendo su dosificación de sustancias activas– y en las condiciones normales de empleo, no es idóneo para restablecer, corregir o modificar de manera significativa las funciones fisiológicas del hombre.”

### **B) Nulidad de Circular sobre ordenación de la visita médica y otras actividades de promoción de medicamentos**

La STS de 25 de julio de 2008, Ar. 4297, ratifica la anulación de una Circular de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, al considerar que la mencionada Circular constituye una verdadera disposición general administrativa, que regula un servicio y tiene efectos *ad extra*, para lo que el Director General es incompetente (la competencia sí la tendría el Consejero en ejercicio de la potestad reglamentaria a él atribuida legalmente).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Jurisdicción: la contradicción entre dos inscripciones del Registro de la Propiedad es competencia del orden civil.

B) Competencia: los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra actos de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada ya que reciben el mismo tratamiento que los de cuantía superior a 60.000 euros. C) Sujetos.

a) Legitimación. a') Los partidos políticos tienen legitimación para impugnar las deducciones por paternidad del IRPF. b') Se puede pedir en vía judicial el mantenimiento del acto administrativo sin haberlo impugnado en vía administrativa. b) Representación: el apoderamiento efectuado en vía administrativa no atribuye sin más la facultad de actuar en el proceso. D) Objeto. a) La responsabilidad contable es una responsabilidad patrimonial o, más concretamente, una subespecie de la responsabilidad civil, en que pueden incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. b) La aprobación provisional de un programa de actuación integrada es un acto de trámite. c) El acuerdo municipal de suspender la aprobación definitiva de un proyecto de compensación es un acto de trámite. d) Las disposiciones generales agotan la vía administrativa. E) Procedimiento. a) Plazo de interposición. a') El *dies a quo* comienza desde el conocimiento de la homologación mediante solicitud de colegiación. b') No procede acoger la extemporaneidad si no existe una constancia inequívoca de que el retraso en la presentación del recurso fue imputable al recurrente ingresado en Centro Penitenciario. c') Es válida la presentación del escrito antes de las quince horas del día siguiente al vencimiento del plazo. b) Inadmisión: la apreciación en sede judicial de la caducidad requiere una previa solicitud de su declaración en vía administrativa. F) Sentencias. a) La utilización de un motivo de invalidez no invocado por las partes y silenciado por la Sala durante el proceso produce indefensión. b) La falta de respuesta ante una solicitud de aclaración determina la imposibilidad de ejercer el derecho al recurso. G) Ejecución de sentencias. a) La prórroga del plazo de

una concesión resulta incompatible con la sentencia que estima el recurso contra la adjudicación provisional de aquélla. b) La anulación de una autorización que no resultaba exigible no conlleva la clausura del establecimiento ni la demolición de las instalaciones.

H) Tutela cautelar. a) Debe prevalecer el interés público de protección del demanio público frente al interés particular de edificar. b) Prevalece el interés público de mantener el espacio radioeléctrico libre de interferencias. c) Procede suspender una norma autonómica que regula la constitución y funcionamiento de los depósitos de sangre de cordón umbilical. d) No se aplica el criterio del *fumus boni iuris* en la impugnación de una norma foral objeto de una cuestión prejudicial ante el TJCE. e) Prevalece el interés público de informar a los consumidores de las medidas adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. f) No se vulnera el derecho al honor con la publicación de una sanción por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores. g) Los cambios de criterio deben ser motivados adecuadamente. h) En caso de enfrentamiento de diversos intereses públicos, debe evitarse la modificación de la realidad física. **2. Recurso de casación.** A) Objeto: no son recurribles en casación los autos que determinan la cantidad a indemnizar por inejecutabilidad del fallo. B) Inadmisión. a) Si la cuantía de una sanción excede del límite casacional se puede recurrir en casación todas las acumuladas. b) Por falta de fundamento, ya que debe acreditarse la relación entre el vicio imputado y la sentencia.

## INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 10 (junio 2008) hasta el número 18 (octubre 2008) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a las medidas cautelares.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Jurisdicción: la contradicción entre dos inscripciones del Registro de la Propiedad es competencia del orden civil

La STS de 4 de junio de 2008, Ar. 3125, considera que la actuación llevada a cabo por la Administración urbanística municipal es un claro enjuiciamiento jurídico en relación con

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

el origen registral y fáctico de dos fincas registrales, sobre sus sucesivas transmisiones, sobre sus respectivas extensiones, sobre su concreta ubicación y sobre las diversas incidencias que sobre ellas mismas han tenido diversos acontecimientos con éstas relacionados; en el fondo, pues, lo realizado con tal actuación ha sido una labor propia de los Tribunales de Justicia, y, en concreto, del orden jurisdiccional civil, pues también al orden contencioso le está vedado llevar a cabo un pronunciamiento en dicho sentido.

Para ello, tendría que partir de la realidad registral de ambas fincas, examinar la historia registral de cada una, contrastar lo anterior con la realidad fáctica del terreno, determinar los respectivos linderos, y, en resumen, llevar a cabo un pronunciamiento que –por mor del reparto competencial de jurisdicciones– le está vedado llevar a cabo. La actuación realizada por el Ayuntamiento no es –como se pretende– una simple cuestión de hecho consistente en declarar que gran parte de la finca de la demandante no se encuentra situada en el ámbito de la Unidad de Ejecución, pues tal decisión va precedida de un proceso deductivo y de una conclusión que debemos situar en el terreno de los conceptos, y de la eficacia, de carácter jurídico. No olvidemos que, en el supuesto que analizamos, encontrándose ambas fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, con su correspondiente cabida y extensión, a través de los Acuerdos anulados se procedió a ampliar la cabida de una y reducir la otra con base en la argumentación de que el resto no se ubicaba en la Unidad de Ejecución, según el informe elaborado deducido tras el análisis de la historia registral de ambas fincas, llegando a efectuar valoraciones que podrían estar en contradicción con la propia realidad registral.

No estamos, pues, en el supuesto del apartado 3 del artículo 103 del RGU –pues no estamos ante una simple cuestión de discordancia entre los títulos registrales– sino en un supuesto de contradicción entre dos inscripciones registrales, sin que, por ello, se pueda, desde la perspectiva urbanística, efectuar pronunciamiento alguno que altere la estabilidad y seguridad propia de las inscripciones registrales, pues sólo los Tribunales del orden civil cuentan con competencia para ello. Nos encontramos, más bien, en uno de los supuestos que se contemplan en el apartado 4 del dicho artículo 103 del RGU, esto es, ante una discrepancia “en orden a la titularidad de los derechos”, cuya resolución definitiva, según se expresa, “corresponde a los Tribunales ordinarios”. Por ello, como bien razona la sentencia de instancia el Proyecto de Compensación debió limitarse a “calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda”, asumiendo la titularidad de los derechos a los efectos de la tramitación del expediente. Esto es, lo acontecido en el supuesto de autos, no es tanto una discrepancia entre la titularidad documental pública y la realidad física, resuelta por el artículo 103.3 del RGU, ni siquiera una cuestión de linderos, sino que se está ante una auténtica discrepancia sobre la titularidad de los derechos, o, dicho de otra forma, ante una cuestión de titularidad dominical ya que lo discutido no es tanto la concreción de la superficie de determinadas fincas, sino su titularidad, y por tanto una cuestión de propiedad.

Frente a ello no se puede acoger la argumentación que se realiza con base en el artículo 10.1, 2 y 3 del Reglamento sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobado por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Es evidente que no nos encontramos ante un supuesto de doble inmatriculación de una finca, en la que, por cierto, “la adjudicación de las fincas de resultado y (...) su inscripción registral (...) se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil”. Nos encontramos ante un supuesto de contradic-

ción entre dos fincas registrales que, de forma indebida, se ha pretendido resolver reduciendo la dimensión de una a las magnitudes que la hacen encajar en el ámbito, previamente reducido, de la Unidad de Ejecución; esto es, de alguna forma, se ha utilizado la realidad formal urbanística para alterar aspectos concretos relativos a la propiedad de la finca o su propia superficie, sobrepasando los niveles competenciales atribuidos a la Administración urbanística municipal actuante.

Tampoco puede aceptarse que los conceptos de “titularidad dudosa o litigiosa”, que se contienen en el artículo 103.4 del RGU, son similares al de “titularidad controvertida” del artículo 10.3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ya que éste, claro es, no es el caso que nos ocupa de contradicción entre dos fincas, sino, si bien se observa, el de un clásico supuesto de litigio sobre la titularidad de una única, concreta y determinada finca. Por ello, el precepto concluye señalando que “la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada”, y, por ello, el mismo precepto señala que sólo existe “titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad”, ya que, desde la perspectiva que el precepto contempla el conflicto sólo aflora al ámbito registral cuando se produce la anotación preventiva, mas, sin que tal supuesto excluya otros supuestos como pudiera ser el de autos, con manifiesta contradicción entre dos inscripciones registrales.

En la STS de 23 de abril de 1992, en relación con el artículo 103.4 del RGU ya se dijo que “este precepto no exige el que la titularidad discrepante se encuentre sometida al conocimiento de los Tribunales civiles para que pueda tenerse en cuenta y actuar en consecuencia, siendo suficiente con su existencia, cual la alternativa ‘dudosa o litigiosa’ que el artículo utiliza da claramente a entender, independientemente de que la intervención de tales Tribunales se haya ya producido o vaya a producirse”.

**B) Competencia: los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra actos de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada ya que reciben el mismo tratamiento que los de cuantía superior a 60.000 euros**

La STS de 26 de mayo de 2008, Ar. 2865, nos recuerda la jurisprudencia que, interpretando el inciso inicial del párrafo segundo del artículo 8.3 de la LJCA, señala que los actos emanados de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada deben recibir el mismo tratamiento competencial que el previsto para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas (hoy, en la redacción vigente de aquel inciso, 60.000 euros). Lo que significa que el conocimiento de los recursos deducidos contra tales actos no está atribuido a los Juzgados sino a los Tribunales Superiores de Justicia, en virtud de la norma residual del artículo 10.1.j) de dicha Ley. En consecuencia, no tratándose de un asunto en el que la competencia estuviese atribuida a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, no procedía que la sentencia se dictase por un solo magistrado al amparo de lo previsto en el punto 2 de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio.

### C) Sujetos

#### a) Legitimación

##### a') Los partidos políticos tienen legitimación para impugnar las deducciones por paternidad del IRPF

La STS de 30 de mayo de 2008, Ar. 3106, entiende, en esencia, que (1) no es apreciable en el partido político recurrente la titularidad de ningún derecho subjetivo relacionado con la deducción de que se trata, ni tan siquiera un interés legítimo en la supresión de ésta y (2) si bien los partidos políticos constituyen, conforme al artículo 6 de la Constitución, instrumentos de participación política, tal naturaleza no es suficiente para conferirles legitimación para la impugnación de cualquier disposición o acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento. En definitiva, entiende que no es suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política, pues ello sería tanto como reconocerles una acción popular.

La referida argumentación es coincidente en un todo con la también Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2004 que declaró asimismo inadmisibile por falta de legitimación un recurso contencioso-administrativo interpuesto por otro partido político contra un acuerdo de Consejo de Ministros por el que se determinaba el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002.

##### b') Se puede pedir en vía judicial el mantenimiento del acto administrativo sin haberlo impugnado en vía administrativa

La STS de 19 de marzo de 2008, Ar. 2711, nos recuerda la doctrina jurisprudencial formulada en la Sentencia de 15 de octubre de 2004 (RC 4366/2001), en la que se dijo que resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, imponer al litigante, que pretende comparecer en un recurso contencioso-administrativo en defensa de sus derechos e intereses legítimos derivados de la aplicación del Derecho de Marcas, la carga de impugnación en vía administrativa de aquellas resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas que le son favorables como requisito *sine qua non* para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

No se puede exigir a alguien que ha resultado favorecido por una resolución administrativa que la impugne por discrepar del fundamento de dicha resolución, puesto que lo que resulta susceptible de recurso ordinario, según los artículos 107.1 y 114.1 de la Ley 30/1992, es la propia resolución administrativa, y por los motivos de nulidad y anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63, según prescribe el artículo 115, todos ellos de la propia Ley. De ninguno de dichos preceptos se deriva la previsión de impugnación de una resolución exclusivamente encaminada a la modificación de sus fundamentos. En particular en el derecho de marcas, lo que resulta susceptible de recurso ordinario es la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas que admite o deniega el registro de una marca, no tanto los fundamentos en los que se ha basado el citado órgano administrativo.

**b) Representación: el apoderamiento efectuado en vía administrativa no atribuye sin más la facultad de actuar en el proceso**

En el caso analizado por la STS de 11 de marzo de 2008, Ar. 1752, el recurrente, en dependencias policiales y ante funcionario público, otorgó un mandato representativo a favor de Letrado, mandato válido según el artículo 1710 del Código Civil, que admite libertad de forma. En su virtud, el Letrado, como mandatario, estaba facultado para presentar los posibles recursos, pero ello ha de entenderse que cumpliendo las exigencias establecidas en las leyes de procedimiento, las cuales (artículo 23.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 en relación con el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) exigen que ante los órganos colegiados actúe un Procurador habilitado, con poder otorgado en una forma concreta, a saber, ante Notario o *apud acta*.

Consecuentemente, terminada la representación de oficio de la Procuradora como consecuencia de la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita, el Abogado, ante el requerimiento de la Sala, pudo hacer uso de sus facultades como mandatario y otorgar ante Notario y en nombre de su mandante poder para pleitos a favor de Procurador, o nombrarlo mediante comparecencia *apud acta* (otorgamiento de poder que, lógicamente, implica la asunción de las responsabilidades económicas derivadas del pleito). Pero lo que no puede pretenderse es que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado (el Sr. Letrado) la facultad de intervenir en el proceso, una vez que se ha terminado la representación de oficio, porque aquel mandato (que sirve, según lo dicho, para otorgar poder en la forma legalmente establecida), carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o *apud acta*.

Precisa la Sala que estos requisitos de forma no se cumplen con la mera presentación ante la Sala de un escrito firmado por la Sra. Procuradora y por el Sr. Letrado, en el que aquélla dice que se le tenga “por designada para la representación del recurrente”, ya que un escrito tal ni puede decirse que sea un apoderamiento notarial ni tampoco un apoderamiento *apud acta*, el cual exige una comparecencia ante el Sr. Secretario.

**D) Objeto****a) La responsabilidad contable es una responsabilidad patrimonial o, más concretamente, una subespecie de la responsabilidad civil, en que pueden incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados**

La STS de 13 de junio de 2008, Ar. 3392, recuerda una línea jurisprudencial del Alto Tribunal, que se inicia en Sentencia de 13 de diciembre de 1999 (recurso de casación 329/1994) pero que se prolonga hasta la reciente Sentencia de 28 de marzo de 2006 (recurso de casación 5580/2003), considera, al analizar el motivo de casación que se ampara en el artículo 88.1.a) LJCA (“por exceso en el ejercicio de la jurisdicción”), que el perjuicio de valores no constituye, necesariamente, un supuesto de responsabilidad contable a los efectos de la delimitación de la competencia de los tribunales del orden contencioso-administrativo con respecto a la

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

que ostenta el Tribunal de Cuentas “El artículo 136 de la CE alude, al referirse al Tribunal de Cuentas, a las dos funciones de este órgano de relevancia constitucional: la fiscalizadora y la jurisdiccional. Y, utilizando términos del Tribunal Constitucional, mientras en aquélla el Tribunal de Cuentas (TCu, en adelante) es supremo pero no único, en ésta es único pero no supremo (STC 187/1988, de 17 de octubre), ya que sus resoluciones son susceptibles de los recursos de casación y revisión ante este Alto Tribunal en los términos establecidos en su legislación específica (artículos 49 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, LO 2/1982, de 12 de mayo, LOTCu, en adelante, y 80 y siguientes de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril, LFTCu, en adelante). Pues bien, dicha función jurisdiccional del TCu, referida a la responsabilidad contable, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de los justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce el artículo 117 de la CE. Por ello se le atribuye el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes teniendo a su cargo el manejo de caudales públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia grave originan menoscabos en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicada a las Entidades del sector público o a las personas o entidades beneficiarias o receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas provenientes de dicho sector. Y están excluidos del enjuiciamiento contable: a) Los asuntos atribuidos al Tribunal Constitucional. b) Los atribuidos a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. c) Los hechos constitutivos de delito o falta. d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial (artículo 49 de la LFTCu). El referido enjuiciamiento contable está configurado como una actividad de naturaleza jurisdiccional; la LOTCu le califica como jurisdicción propia del TCu (artículo 15.1), atribuyéndole las notas de “necesaria e improrrogable, exclusiva y plena”. Pero en el bien entendido de que la actividad de dicho Tribunal consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndole o condenándole y, en esta última hipótesis, ejecutando su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento regulado en el Título V de la LFTCu, en el que se diseñan los elementos subjetivos, objetivos y formales que caracterizan el proceso. En definitiva —concluía la doctrina que estamos reproduciendo— lo que corresponde al TCu es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que no se articulan como procesos impugnatorios de una decisión administrativa previa, sino que se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (artículo 15 de la LOTCu). En modo alguno, ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 de la LJ), como es el supuesto de que se trata”.

A la argumentación expuesta, que se reitera en ulteriores pronunciamientos de esta Sala (SSTS de 7 de noviembre de 2003, recurso de casación 1297/1998, y de 21 de julio de 2004, recurso de casación 1937/2004), la mencionada Sentencia de 28 de marzo de 2006 añade que “es claro que la nueva regulación que introdujo el Reglamento General de Recaudación, Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, hoy sustituido por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, desterró de nuestro Ordenamiento la figura del recaudador afianzado encomendando de modo directo la recaudación de los tributos a las distintas Administraciones Públicas, y, en concreto, a los Entes Locales, artículo 12.3 del Real Decreto 1684/1990, valiéndose para ello de sus medios personales, poniendo al frente de esa tarea al Tesorero de la Corpo-

ración con la fiscalización que es consustancial al Interventor, tal como dispuso ya el Real Decreto Legislativo 781/1986, artículo 193, y con posterioridad los artículos 177 y 185 de la Ley de Haciendas Locales, Ley 39/1988, de 28 de diciembre, y poniendo de ese modo las tareas de recaudación en voluntaria y en vía de apremio en manos de funcionarios públicos que integran los distintos servicios. De modo que si las responsabilidades contables son competencia del Tribunal de Cuentas, eso no reza para una situación como la aquí contemplada que se sujetaba a la normativa anterior, que, a su vez, era fruto de la voluntad concertada entre las partes y regida por el Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, Reglamento General de Recaudación, que en los artículos 200 a 203 regulaba el denominado perjuicio de valores del que respondía el recaudador afianzado y cuya responsabilidad era exigida por la propia Corporación y cuyas decisiones eran recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es decir, (...), en modo alguno el Tribunal de Cuentas ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de actos de las Administraciones Públicas”.

Pudiera considerarse que el referido criterio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo corrige el que, tradicionalmente, ha sostenido al respecto la Sala de Justicia del TCU y del que se hace eco el Auto contemplado, de 14 de octubre de 2005. Pues ésta ha considerado que la responsabilidad declarada en vía administrativa como consecuencia de un perjuicio de valores tiene carácter contable. Y, también, que la presente cuestión de competencia es ocasión propicia para reconsiderar la doctrina jurisprudencial expuesta. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, de una parte, que esta Sala no ha negado en todos los supuestos el carácter contable de la responsabilidad derivada del perjuicio de valores; y, de otra, que en el presente caso, pese al planteamiento que los Tribunales en conflicto hacen de sus respectivas competencias, no es decisiva la calificación cuestionada, sino que procede resolver la cuestión teniendo en cuenta, sobre todo, el momento procesal en que aquélla se suscita, después de haber dictado la Sala del TSJCL sendas sentencias, en dos recursos contencioso-administrativos, y un auto de terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión, en otro recurso contencioso-administrativo.

En recurso de casación 1010/2005, el Tribunal Supremo revisa sentencia del TCU por la que se había desestimado recurso formulado contra acuerdo municipal que declaraba responsable de la prescripción de valores “originada por administrar valores cuya gestión tenía encomendada” el recurrente. Concretamente, el Alto Tribunal tiene ocasión de pronunciarse en relación con un motivo de casación formulado, precisamente, al amparo de la letra a) del apartado 1 del artículo 88 de la LJCA, en relación con el artículo 82.1.1.º de la Ley 7/1988, por aplicación errónea del núm. 2 del artículo 17 en detrimento de lo dispuesto en el artículo 1, ambos de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del TCU, que, a juicio del recurrente, provocaba un exceso de jurisdicción.

El recurrente alegaba que el TCU incurría en un exceso de jurisdicción desconociendo el alcance del artículo 17.2 de su Ley. Y la Sala considera que la sentencia impugnada no incurría en exceso jurisdiccional cuando afirma: “En consecuencia y, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982 citado, el Tribunal de Cuentas es competente para enjuiciar, a meros efectos prejudiciales, el acto de iniciación de dicho expediente, a fin de llevar a cabo un pronunciamiento sobre la responsabilidad contable imputada al recurrente, lo que constituye la competencia propia y exclusiva del Tribunal de Cuentas”. Ha de entenderse que lo que el TCU decide es acerca de si existe la responsabilidad en la función recaudatoria como consecuencia de la prescripción de valores atribuible. Esto y sólo esto es lo que conforma la

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cuestión sometida a enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, aunque como cuestión prejudicial, el TCu tenga que pronunciarse sobre la validez del acuerdo que declaraba la caducidad del primer expediente incoado y sobre la iniciación del segundo, “pero este conocimiento prejudicial no implica ‘litispendencia’ con respecto al recurso planteado ante la Jurisdicción Contenciosa, ni solapamiento de las funciones jurisdiccionales, como el recurrente alega en el motivo que se analiza”. Es decir, que la consideración del perjuicio de valores como responsabilidad contable, aunque todavía minoritaria, no es ajena a la jurisprudencia.

Por otra parte, no debe olvidarse que este Alto Tribunal, de los artículos 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Cuentas (LOTcu) y 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), ha extraído lo que denomina elementos calificadores de la responsabilidad contable, enumerados, entre otras, en Sentencia de 6 de octubre de 2004 (recurso de casación 7557/1999) y en la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4048/2001). Según ellas puede calificarse una responsabilidad como contable teniendo en cuenta que: a) Pueden incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos –artículo 2.b)–. b) No toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos –artículo 15.1–. c) La infracción legal ha de referirse a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública o, lo que es lo mismo, de la Ley General Presupuestaria y las correspondientes Leyes de Presupuestos, en orden al manejo de los tan repetidos caudales y efectos. d) La acción u omisión contraria a la Ley Contable y generadora del perjuicio a los fondos públicos ha de estar marcada por una nota de subjetividad y acotada, por consiguiente, en los presupuestos de dolo, culpa o negligencia grave, con distintas modulaciones en lo que a la gravedad de la culpa se refiere, según se trate de responsabilidad contable directa o subsidiaria, requisito este último que deriva del artículo 140 de la Ley General Presupuestaria en relación con el artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1982. e) Por último, es de obligada referencia la producción de un daño efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y económicamente evaluable y que exista una relación de causalidad entre el daño efectivamente producido y la acción u omisión de referencia”.

En definitiva, la responsabilidad contable es una responsabilidad patrimonial o, más concretamente, una subespecie de la responsabilidad civil, en que pueden incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

### **b) La aprobación provisional de un programa de actuación integrada es un acto de trámite**

La STS de 24 de junio de 2008, Ar. 3273, declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por impugnarse una aprobación provisional, que es un acto de trámite, inimpugnabile [artículo 51.1.c) de la LJCA].

Las Sentencias de 11 de julio de 2007 (recurso de casación 8780/2003) y de 17 de julio de 2007 (recurso de casación 8782/2003) se han enfrentado con el problema de la impugnabi-

lidad de las aprobaciones municipales de los Programas de Actuación Integrada; en la última, se declara lo siguiente:

“Hemos dicho en la referida Sentencia de 11 de julio de 2007 y repetimos ahora que, a pesar de que así se la denomine en los artículos 47.7 y 54.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, la aprobación provisional que a los Programas de Actuación Integrada otorga el Ayuntamiento, cuando el Programa carece de cédula de urbanización, no es una auténtica aprobación provisional, sino una aprobación definitiva pero condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos posteriores. Así se deduce de los artículos 31, 47.7, y 52.2 de la Ley Autonómica 6/1994, pues en ellos se regula el otorgamiento de la cédula de urbanización como una mera condición de eficacia de la aprobación otorgada por el Ayuntamiento, y no como un requisito de validez, ya que, según el artículo 31.1, la cédula es un mero documento que fija, respecto a cada Actuación Integrada, las condiciones mínimas de conexión e integración en su entorno y certifica que el Programa no modifica las determinaciones de la ordenación vigente en los aspectos propios del Plan General, es decir, no se trata, como en el caso, de las clásicas aprobaciones definitivas autonómicas, de que el órgano encargado de otorgarla examine el Plan en todos sus aspectos, sino sólo que fije aquellas condiciones mínimas de conexión y certifique su conformidad con planes superiores. Todo lo demás es la constatación de algo que ya contiene el Programa (delimitación de su unidad de ejecución, avance de ordenación de los terrenos que no contradiga las determinaciones del Plan General e indicación de los requisitos mínimos e indispensables para conectar la Actuación a las infraestructuras supramunicipales), de forma que la expedición de la cédula no añade ningún contenido sustantivo al Programa. Su expedición es, por lo tanto, un requisito de mera eficacia, es decir, una condición suspensiva, que no priva a la aprobación del Ayuntamiento de su naturaleza de aprobación final, y, por consiguiente, impugnabile en la vía contencioso-administrativa.

Ésta es la conclusión que más se acomoda a la caracterización de los Programas de Actuación Integrada como meros instrumentos de gestión y ejecución del planeamiento, tal y como esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en Sentencias de 24 de marzo de 2004 (recurso de casación 6461/2001, FJ 2º), 4 de octubre de 2006 (recurso de casación 2807/2003, FJ 5º) y 29 de noviembre de 2006 (recurso de casación 1980/2003, FJ 13º).

Otra cosa distinta ocurre cuando al Programa se le añade un Plan Parcial que modifica la ordenación urbanística aprobada por órganos de la Generalidad, pues en tal caso, como prescribe el artículo 54.1.b) de la Ley Autonómica 6/1994, la Consejería otorga una auténtica aprobación definitiva.

Esto es lo que ahora con más claridad establecen los artículos 91.1 y 137.5 de la posterior Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, al disponer el primero que: ‘Corresponde al Ayuntamiento aprobar definitivamente los Planes y Programas de iniciativa municipal o particular, siempre que no modifiquen la ordenación estructural’ y el segundo: ‘Si la alternativa técnica acompaña planes de desarrollo que modifiquen la ordenación estructural, la aprobación municipal se entenderá provisional y no legitimará el despliegue y ejecución del Programa de actuación integrada hasta la aprobación definitiva del plan correspondiente por dicha conselleria.’”

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

En el caso enjuiciado ocurre justamente la excepción que se preveía en esas sentencias, pues el Programa va acompañado de un Plan Parcial que modifica la ordenación urbanística aprobada por órganos de la Generalidad, ya que inicia el proceso de revisión del Plan General. Son modificaciones sustanciales del Plan General, incluso modificaciones del modelo urbanístico del Municipio, y, en consecuencia, la aprobación otorgada por el Ayuntamiento es una aprobación provisional, y, por lo tanto, un acto de trámite, inimpugnable.

Es cierto que este Tribunal Supremo tiene dicho que los actos de trámite son impugnables cuando se alegan causas de nulidad de pleno derecho, y, en concreto, lo ha dicho a propósito de las aprobaciones iniciales y provisionales de los planes urbanísticos. Sin embargo, se ha declarado (v.g., Sentencia de 16 de diciembre de 1999, recurso de casación 3343/1994) que ello es así cuando se alegan “vicios de forma independientes del resultado final del procedimiento”, es decir, se precisa ahora, causas de nulidad que no se refieran al fondo de lo debatido sino a requisitos de forma para cuyo enjuiciamiento no es necesario entrar en el estudio de la regularidad material del acto, pues de otra manera se haría posible enjuiciar anticipadamente lo que ni siquiera se sabe si va a ser decidido en el acto final. Por el contrario, los vicios de forma que acarrear la nulidad del acto de trámite (v.g., incompetencia del órgano, defectuosa composición de éste, falta total y absoluta de los trámites legalmente establecidos, etc.) son causas de nulidad ya producidas y para cuyo examen no es necesario estudiar el contenido sustantivo del acto, más allá de lo necesario para averiguar su naturaleza y su caracterización.

### **c) El acuerdo municipal de suspender la aprobación definitiva de un proyecto de compensación es un acto de trámite**

La STS de 14 de mayo de 2008, Ar. 2057, afirma que el Tribunal sentenciador se basa en una presunción de que, como a la vista de las condiciones exigidas entre las que no está la rectificación de datos, vendrá a recaer una aprobación definitiva que prescindirá de ellos, lo que no es razón para considerar que el acuerdo de suspender la aprobación es impugnabile, debido a que no pone fin a la vía administrativa ni decide directa o indirectamente el fondo del asunto, sin que implique la imposibilidad de continuar el procedimiento o cause perjuicio alguno al demandante.

La suspensión de la aprobación definitiva decidida por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento no prejuzga el sentido de esa aprobación definitiva que ha de recaer, en la que es posible que se acojan los planteamientos del propietario demandante o, al menos, no lo hace imposible, de manera que la actividad impugnatoria del demandante se califica de prematura y, por consiguiente, debe ser inadmitida a trámite.

### **d) Las disposiciones generales agotan la vía administrativa**

La STS de 19 de diciembre de 2007, Ar. 1928, nos recuerda que los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general a las que resulta aplicable el artículo 107.3 de la Ley 30/1992 que establece que “contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”.

Éste es un precepto estatal básico que no puede ser contradicho por la legislación autonómica, ni siquiera en aquellas materias que, como el urbanismo, son de la exclusiva competencia

de ésta, pues en ellas la Comunidad Autónoma puede normar aspectos procedimentales y de régimen jurídico, pero sin infringir las normas básicas del Estado. El precepto de que se trata no es sólo básico en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española, sino también de lo establecido en su artículo 149.1.8ª, que atribuye competencia al Estado para fijar “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas”, aspectos estos que están implicados cuando se ordena una vía de recursos administrativos contra ciertas disposiciones de carácter general (v.g., los planes de urbanismo), con la posibilidad de que se pida y se conceda la suspensión de su eficacia (artículo 111 de la Ley 30/1992). Ni lo dispuesto en el artículo 233 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 ni lo establecido en el artículo 306.2 del de 1992 pueden prevalecer frente a una norma posterior como es el artículo 107.3 de la Ley 30/1992.

## E) Procedimiento

### a) Plazo de interposición

#### a') El *dies a quo* comienza desde el conocimiento de la homologación mediante solicitud de colegiación

La STS de 21 de mayo de 2008, Ar. 3005, declara la inadmisión por extemporáneo del recurso contencioso-administrativo porque “el plazo para recurrir la OM era el plazo ordinario de dos meses desde que se dictó la citada Orden, sin que pueda salvarse, a tenor de la jurisprudencia antes reseñada, la amplia diferencia temporal entre la fecha de la OM impugnada y la fecha de interposición del recurso sobre la base de que el conocimiento de la homologación no se tiene hasta el intento de colegiación”.

Puede ciertamente interpretarse que el plazo de dos meses que con carácter general es el hábil para la interposición del recurso contencioso-administrativo debe contarse –incluso si la Orden de homologación se impugna por la correspondiente organización colegial a la que, por no haber intervenido como interesada en el procedimiento administrativo en que se dictó, no le fue notificada– desde el día siguiente a aquél en que dicha Orden se notificó al poseedor del título que se homologa. Sin embargo, en otras Sentencias de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 20 de diciembre de 2006 (recurso de casación 1334 de 2003) y 13 de noviembre de 2007 (recurso de casación 5506 de 2002) se sentó un criterio distinto, más matizado y más acomodado desde luego a supuestos como el de autos, en el que se dice en suma que aquel plazo corre para aquella organización colegial desde que toma conocimiento de la homologación mediante la solicitud de colegiación.

#### b') No procede acoger la extemporaneidad si no existe una constancia inequívoca de que el retraso en la presentación del recurso fue imputable al recurrente ingresado en Centro Penitenciario

La STS de 20 de diciembre de 2007, Ar. 1811, analiza un caso en el que la tardanza en la remisión de un recurso contencioso-administrativo se imputa a los servicios penitenciarios ante los que se presentó para que éstos lo enviaran al órgano jurisdiccional.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Dado que lo afirmado por el recurrente sobre la fecha de presentación de su recurso está avalado por la propia fecha que aparece en el escrito de su recurso, no existen datos en las actuaciones para desmentirlo y es coherente con la circunstancia de que esa presentación se hiciera a través del Centro Penitenciario, la Sala recuerda la situación de privación de libertad del recurrente y lo que dispone la Ley Orgánica General Penitenciaria sobre la obligación de la Administración Penitenciaria de no impedir el eventual ejercicio de acciones de los internos (artículo 3.3) y sobre la obligación de estos últimos de presentar sus recursos “ante el Director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando copia sellada al recurrente” (artículo 50.2).

Y concluye que la interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, que siempre es obligada, hacía necesario en el caso aquí enjuiciado tomar en consideración esa situación del recurrente y lo dispuesto en la legislación penitenciaria; y, en razón de ello, no acoge la extemporaneidad, por no existir una constancia inequívoca de que el retraso en la presentación del recurso fue imputable al recurrente.

### c') Es válida la presentación del escrito antes de las quince horas del día siguiente al vencimiento del plazo

La STS de 27 de junio de 2008, Ar. 3285, reitera que el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aplicable al recurso contencioso-administrativo. Así lo tiene decidido la jurisprudencia, por ejemplo, en Sentencia de 2 de diciembre de 2002 (casación para la unificación de la doctrina 101/2002), (y los autos en ella citados), de 21 de septiembre de 2005 (casación 196/2004); de 26 de septiembre de 2005 (casación 220/2004); de 19 de octubre de 2005, de 5 de abril de 2004 (casación 4339/2002); de 28 de abril de 2004 (casación 2816/2002); de 26 de junio de 2003 (queja 220/2002), etc.

Preciso es tener en cuenta, a los efectos de que ahora se trata, que la indicada Ley de Enjuiciamiento Civil regula separadamente el cómputo de los plazos, lo que se hace en el artículo 133; el carácter improrrogable de aquéllos, del que se ocupa el artículo 134, y la presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales, lo que se lleva a cabo en el artículo 135, habiéndose expuesto en el anterior fundamento lo establecido en el apartado 1 de este último artículo. La finalidad a la que responde este apartado 1 es la de habilitar una forma de presentación de escritos de término al no ser posible hacerlo, dado lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo 135, en el Juzgado que preste el servicio de guardia.

Dado el carácter supletorio de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la sustanciación del proceso contencioso-administrativo (Disposición Final Primera de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998 y artículo 4 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que supone que esta Ley rige como supletoria en lo no previsto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no regularse por ésta la presentación de escritos de término cuando no es posible efectuar aquélla en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido, en virtud del expresado carácter supletorio hay que entender, como ya se ha indicado, que la referida presentación de escritos de término podrá efectuarse en la forma prevista en el artículo 135.1 al que nos venimos refiriendo.

En contra de la conclusión sentada no puede alegarse que en el artículo 128.1 de la Ley de esta Jurisdicción se establece un sistema de presentación de escritos específico del proceso conten-

cioso-administrativo. Dicho artículo, al igual que el artículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que los plazos son improrrogables, si bien, y es ésta una singularidad del proceso contencioso-administrativo, existe la posibilidad, conforme al apartado 1 de dicho artículo 128, de presentar el escrito que proceda dentro del día en que se notifique la resolución en la que se tenga por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. Pero preciso es resaltar que en dicho artículo 128.1 no se regula una forma de presentación de escritos de término (Juzgado de guardia, en la normativa anterior a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, buzón, presentación del modo establecido en el artículo 135.1 de aquélla, o cualquier otra que pudiera establecerse), sino una rehabilitación de plazos salvo en los supuestos que en el mismo artículo se establecen. Por lo tanto, para verificar si en el repetido artículo 128.1 se establece alguna singularidad en el proceso contencioso-administrativo respecto del civil, dicho artículo se debe poner en relación, como se ha indicado, con el artículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por referirse ambos a la improrrogabilidad de los plazos, pero no se puede comparar con lo dispuesto en el artículo 135.1 de dicha Ley procesal civil al regularse en éste algo distinto como es la forma de presentación de un escrito cuando dicha presentación está sujeta a plazo.

Tampoco puede oponerse a la conclusión que se ha sentado sobre la aplicación del repetido artículo 135.1, diciendo que en el artículo 128.1 de la Ley de esta Jurisdicción se contiene un sistema de presentación de escritos, específico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al establecer que la presentación del escrito que proceda, una vez transcurrido el plazo en principio establecido, debe hacerse, por imperativo de dicho artículo, “dentro del día en que se notifique el auto”. Este precepto establece cuándo se debe presentar el escrito de que se trate después de transcurrido el plazo originario, pero no regula la forma de presentarlo el día del vencimiento (Juzgado de guardia, sistema del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, buzón o cualquier otro que pudiera establecerse) cuando no es posible hacer dicha presentación en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido. Tampoco se indica en el referido artículo 128 la forma de presentar un escrito de término el día del vencimiento del plazo inicialmente concedido.

Debe indicarse asimismo que si en el proceso contencioso-administrativo se presenta un escrito, tal como se sostiene en esta resolución, en la forma prevista en el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se trate de un escrito de aquéllos cuya presentación ha de hacerse “dentro del día en que se notifique el auto”, la presentación en la forma expresada en el indicado artículo producirá todos los efectos legales pues, en virtud de la ficción legal presente en dicho artículo, habrá que entender que la presentación en cuestión se hizo dentro del día en que se notificó el auto.

A lo expuesto en los anteriores fundamentos debe añadirse que la aplicación al proceso contencioso-administrativo de lo dispuesto en el artículo 135.1 de continua referencia no deriva de que en dicho precepto legal se contenga una prórroga del plazo inicialmente concedido, y que por ello deba aplicarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al no regularse en la Ley de esta Jurisdicción el cómputo de los plazos. Ya se indicó anteriormente que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan separadamente el cómputo de los plazos, y, por tanto, y entre otros extremos, su prórroga (artículo 133), y la presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales (artículo 135). Por tanto, si bien la forma de presentación

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

prevista en el indicado artículo 135.1 supone que materialmente el escrito de que se trate se presenta el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en virtud, como se ha dicho, de la ficción legal presente en dicho precepto, formalmente el escrito hay que entenderlo presentado el día del vencimiento del plazo, sin que, por ello, pueda entenderse que en el repetido artículo 135.1 se regule una prórroga del plazo inicialmente concedido.

### **b) Inadmisión: la apreciación en sede judicial de la caducidad requiere una previa solicitud de su declaración en vía administrativa**

La STS de 30 de noviembre de 2007, Ar. 1867, analiza un asunto en el que el recurrente interpuso el recurso contencioso-administrativo a fin de que la Sala declarase la caducidad del expediente sancionador, pero en el escrito de interposición del recurso no dijo haber solicitado previamente a la Administración esa declaración de caducidad, y de hecho no hay la menor constancia de que antes de acudir a la vía jurisdiccional solicitara a la Administración esa declaración de caducidad. Al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo sólo adjuntó el acuerdo de iniciación del expediente sancionador y el escrito de alegaciones de descargo presentado frente a ese Acuerdo, pero en ningún momento ha aportado ninguna petición de caducidad dirigida a la Administración, ni en aquel escrito de descargo realizó ninguna alegación referida a la caducidad del expediente.

Partiendo de esta base, la Sala recuerda su jurisprudencia que establece que la apreciación en sede jurisdiccional de la caducidad del procedimiento requiere una previa solicitud de su declaración en vía administrativa (SSTS de 9 y 16 de marzo de 2007, RRC 10363/2003 y 2314/2004, y 25 de julio de 2007, RC 901/2004, entre otras muchas).

## **F) Sentencias**

### **a) La utilización de un motivo de invalidez no invocado por las partes y silenciado por la Sala durante el proceso produce indefensión**

La STS de 26 de junio de 2008, Ar. 3284, afirma que la congruencia es una exigencia procesal de la sentencia, en virtud de la cual se precisa la concurrencia de una elemental simetría entre las pretensiones y motivos esgrimidos por las partes en el proceso y el contenido de la sentencia. De manera que las pretensiones se fundamenten a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que estas cuestiones o motivos de invalidez alegados precisan, a su vez, de una inevitable argumentación jurídica. Por tanto, distingue, a tenor de la diferente intensidad de esta exigencia, entre pretensiones y cuestiones, también argumentos, para que la Sala se pronuncie no sólo sobre las primeras, las pretensiones, sino que también requiere que lo haga sobre la base de los motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. Salvedad hecha de los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico del razonamiento esgrimido por las partes que el Tribunal no ha de seguir forzosamente de modo mimético.

La doctrina anterior tiene su reflejo legal en la LJCA que se ocupa de regular la congruencia de las sentencias en los siguientes artículos. a) El artículo 33.1 que impone que se ha de juzgar

dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición, imponiendo, para comprobar la concurrencia del requisito de congruencia, la comparación de la decisión judicial con las pretensiones y con las alegaciones, aunque éstas hagan referencia a los motivos del recurso y no a los meros argumentos jurídicos. b) El artículo 67 establece que la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso; como en la jurisdicción civil el artículo 218 de la LEC. c) Y, en fin, el artículo 33.2, cuya infracción ahora se invoca, y el 65.2 de la LJCA, que pretenden conceder cierta libertad al juzgador para fundamentar su decisión siempre que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia.

Si se trata de adoptar prevenciones para la salvaguarda de la congruencia de la Sentencia es necesario, por tanto, que, cuando la Sala vaya a tomar en consideración nuevos motivos, no aducidos por las partes, y en aras de evitar una lesión al principio de contradicción, su entrada en el debate procesal se haga, en el trámite de vista o conclusiones, según lo que señala el artículo 67 de la LJCA, o en el momento inmediatamente anterior a la sentencia, ex artículo 33.2 de la citada Ley.

Acorde con ello, la resolución comentada deduce que la sentencia recurrida ha incurrido en un vicio de incongruencia, pues ésta se fundamenta sobre un motivo no alegado por ninguna de las partes en el recurso contencioso-administrativo. La confrontación entre los motivos expuestos en los escritos de demanda y aquellos en los que se fundamenta la oposición de los escritos de contestación hubiera precisado que si la sentencia iba a cimentarse sobre un nuevo motivo —la proyección que sobre el recurso tenía la anulación del Plan Insular—, se hubiese sometido a la consideración y contradicción de las partes procesales, evitando la indefensión que genera fundar la sentencia en un motivo inédito para las partes, ajeno al debate procesal, y, en relación con el cual, la Sentencia irrumpe alterando los términos por los que ha discurrecido el proceso. La indefensión se produce cuando la parte no ha tenido la oportunidad de oponerse a un motivo de invalidez, no invocado por la parte recurrente y silenciado durante el proceso, al haber prescindido la Sala de la facultad que establece el artículo 33.2 de la LJCA, para garantizar que no se resienta la congruencia. Esta quiebra inicial del principio de contradicción desemboca en un menoscabo del derecho de defensa, al haberse hurtado del debate procesal un motivo de nulidad de la resolución impugnada. Estamos, en consecuencia, ante una incongruencia *extra petita partium*, que se produce al margen de las peticiones de las partes, pronunciándose sobre cuestiones diferentes a las planteadas, en una especie de incongruencia por desviación, que lesiona también el principio dispositivo.

### **b) La falta de respuesta ante una solicitud de aclaración determina la imposibilidad de ejercer el derecho al recurso**

El Tribunal Constitucional en su STC 32/1996, de 27 de febrero, al analizar la naturaleza del auto de aclaración o rectificación, señaló que “está llamado a integrarse en la resolución originaria con la que viene a formar un todo, hasta el punto de que los plazos para recurrirla se computan precisamente desde la notificación del auto de aclaración —y hoy de rectificación (artículo 407 de la LEC)—” de manera que, en el caso concreto decidido en la aludida senten-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cia del Tribunal Constitucional, “la *cognitio* propia de este proceso ha de extenderse objetivamente al conjunto final integrado por el auto originario con la rectificación introducida (...)”. Regla, a su vez, calificada como coherente con el propio sistema procesal, por la STS de 18 de mayo de 2007 (Sala Primera) “porque, a) la aclaración de la sentencia forma parte de la misma y por ello hasta que ésta no se produzca cuando haya sido solicitada, no debe entenderse completa; b) para interponerse cualquier recurso debe conocerse la solución contra la que va a caber el mismo y solicitada la aclaración, incluso en el caso en que no sea ésta la vía adecuada, debe esperarse a su resultado para poder recurrir; c) si no se suspendieran los plazos, se obligaría al afectado a interponer preventivamente un recurso, con los evidentes problemas que ello conlleva, y, finalmente, d) aplicar una solución como la que adoptó la Sala sentenciadora (...) produce una clara indefensión en el afectado, por impedirle el acceso a los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la CE. Además, no se encuentra en este caso ninguna razón para considerar que la demandante ha utilizado la vía de la petición de aclaración de sentencia para alargar el proceso indebidamente y en beneficio propio, doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 352/1993, de 29 de noviembre (...)”.

Pues bien, en el asunto analizado en la STS de 12 de febrero de 2008, Ar. 2021, la parte recurrente había interesado, al amparo de lo previsto en los artículos 214 y 215 de la LEC, la aclaración y subsanación de la sentencia, a lo cual la Sala de instancia no respondió, habiéndose limitado a dictar Providencia declarando la firmeza de la sentencia dictada.

Basándose en los artículos 11.3 y 267.3 de la LOPJ (este último en la redacción anterior a la establecida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), la resolución aquí comentada concluye que es evidente que la Sala de instancia incumplió los expresados preceptos al no responder a la solicitud de aclaración —en el sentido que fuera, incluso en el sentido de que resultaba improcedente— en el siguiente día al de la presentación del escrito, que era el plazo entonces establecido; es más, ni en dicho día ni con posterioridad a éste, ya que lo cierto es que el escrito o recurso de aclaración no recibió respuesta, vulnerándose, además el derecho recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, a la tutela judicial efectiva, ya que el recurrente contaba con dudas sobre el sentido exacto del fallo de la sentencia en relación con el particular desestimatorio de ésta, esto es, en relación con el ámbito de la obligación de restauración del dominio público marítimo-terrestre invadido por una línea aérea eléctrica.

De igual manera se impedía —con la falta de respuesta expresa— la posibilidad de formular —en su caso— el correspondiente recurso de casación en relación con el particular de la sentencia que desestimaba el recurso contencioso-administrativo. Es cierto que en aquella fecha no existía un precepto como el artículo 267.8 de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y que —actualmente— dispone que “los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociese o negase la omisión de pronunciamiento y acordase o denegara remediarla”, pero sí se encontraba en vigor el artículo 448.2 de la LEC, que ya disponía que “los plazos para recurrir se contarán desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra, o, en su caso, a la notificación de su aclaración o de la denegación de esta”. Queda, pues, patente la indefensión pues —al margen del derecho del recurrente a obtener una respuesta sobre la duda con que contaba sobre el contenido de la sentencia— con el silencio de la Sala se le estaba impidiendo el derecho a la formulación del correspondiente recurso de casación.

## G) Ejecución de sentencias

### a) La prórroga del plazo de una concesión resulta incompatible con la sentencia que estima el recurso contra la adjudicación provisional de aquélla

La STS de 17 de junio de 2008, Ar. 3251, entiende que no procedía que la Sala de instancia declarara que la sentencia era inejecutable, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LJCA por haberse extinguido la concesión por el transcurso del plazo de doce años por la que fue otorgada y que, en consecuencia, la condena podía ser sustituida por la correspondiente indemnización. Y ello por dos clases de razones: por razones formales, puesto que suscita el replanteamiento de una cuestión que ya fue resuelta por el órgano judicial, al inadmitirse el incidente de inejecución promovido por el Abogado del Estado, que ha devenido firme; y por razones de fondo, ya que no concurre ninguna razón suficiente para decretar la inejecutabilidad de la sentencia de que se trata, y porque con la pretensión de que se declare la imposibilidad jurídica de ejecutar la sentencia se persigue una finalidad distinta a la de ejecución de la sentencia, ya que en realidad se pretende que el Tribunal se aparte de la ejecución del pronunciamiento judicial, lo que elude la obligación del Tribunal *a quo* de ejecutar la sentencia firme en sus propios términos, y frustra de manera inequívoca el derecho de la entidad mercantil recurrente a que se cumpla el fallo que expresamente declara “el derecho de la entidad recurrente a que se le adjudique la concesión del servicio público de viajeros por carretera”.

Considera la sentencia que el mantenimiento en la titularidad de la concesión de la empresa que resultó originariamente adjudicataria, que obtuvo una prórroga del plazo de vigencia de la concesión de cinco años, resulta incompatible con el principio de ejecutividad de la sentencia, una vez que la resolución del Subsecretario de Transportes ha sido declarada nula por la sentencia de la Audiencia Nacional, porque supondría perpetuar una situación antijurídica en contradicción con lo acordado por un órgano judicial en sentencia firme.

El Auto de la Sala de instancia recurrido respeta la doctrina del Tribunal Constitucional formulada en relación con la extensión del derecho de ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, que se refiere en la Sentencia 121/2007, de 21 de mayo, que se reitera en la Sentencia Constitucional 11/2008, de 21 de enero, en los siguientes términos: “En este punto es obligado recordar nuestra consolidada doctrina sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva, recogida, entre las más recientes, en las SSTC 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 3º a 7º; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2º; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6º; 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6º; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2º; 89/2004, de 19 de mayo, FJ 3º; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 3º; 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6º; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4º; 162/2006, de 22 de mayo, FJ 6º; o 305/2006, de 23 de octubre, FJ 5º”.

Con arreglo a esta jurisprudencia, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos, obligando al cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que constituye una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho. Asimismo, es presupuesto lógico para el ejercicio de tal derecho del jus-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

tiable el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, que así entra a formar parte de las garantías que el artículo 24.1 de la CE consagra. Y es que existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aunque la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecte también dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en su artículo 9.3 que, sin embargo, el texto constitucional no ha erigido en derecho fundamental de los ciudadanos ni ha sido incluido entre los que pueden ser objeto de amparo constitucional.

En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva asegura a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en éste no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme.

No obstante lo anterior, en cuanto que la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, el alcance de las posibilidades de control, por parte de este Tribunal, del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la CE) no es ilimitado. En este sentido, es también doctrina constitucional consolidada que el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta. Y, junto a ello, hemos advertido también reiteradamente que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde igualmente a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo serán revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (SSTC 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3º; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3º, 87/2006, de 27 de marzo, FJ 6º, entre otras).

Lo anterior significa que en el recurso de amparo no puede debatirse de nuevo sobre el contenido de la Sentencia que se ejecuta, ni sobre la interpretación y consecuencias de su fallo, ya que, como recuerda la STC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3º, “[e]l canon constitucional de fiscalización del ajuste de la actividad jurisdiccional de ejecución al fallo se compone pues, naturalmente, del fallo mismo (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito), y asimismo de lo posteriormente resuelto para ejecutarlo, examinando si hubo o no un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta”.

Por otra parte, como se subrayaba en las SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4º, y 146/2002, de 15 de julio, FJ 3º, para determinar si los Autos de ejecución se han apartado del significado y alcance de los pronunciamientos de la Sentencia de la que traen causa es necesario partir del examen de tales pronunciamientos que, plasmados en el fallo o parte dispositiva, son consecuencia de la fundamentación jurídica de dicha resolución judicial, en una línea secuencial que une las alegaciones y pretensiones de la parte actora con la fundamentación jurídica y argumentación que funda la Sentencia, para desembocar en el fallo y concretos

pronunciamientos contenidos en éste. La función jurisdiccional de decir el Derecho, presupuesto necesario de la ejecución, no permite una consideración aislada de cada uno de dichos momentos y actos procesales, sino que requiere su valoración unitaria o global, pues ésta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las determinaciones del órgano jurisdiccional y de los efectos jurídicos, de naturaleza formal o material, que deben producir aquéllas.

### **b) La anulación de una autorización que no resultaba exigible no conlleva la clausura del establecimiento ni la demolición de las instalaciones**

La STS de 23 de junio de 2008, Ar. 3263, afirma que la enérgica defensa del principio de que las sentencias firmes deben ser ejecutadas no puede conducir al resultado de ordenar actos materiales de ejecución que no se corresponden con lo resuelto en la sentencia.

Es cierto que la Sentencia de 15 de julio de 1991 anuló la resolución de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente por la que se concedió autorización para la construcción de una Estación de Servicio en la carretera. Y que tal anulación se produjo porque, habiéndose solicitado la autorización al amparo de lo previsto en el apartado segundo de la regla 2ª del artículo 85.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, esto es, por considerar que la estación de servicio proyectada es una instalación de utilidad pública o interés social que ha de emplazarse en el medio rural, no había sido cumplido lo dispuesto para esa clase de autorizaciones en el artículo 44.2.1.d) del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, que exige que se justifique “la necesidad de su emplazamiento en el medio rural”. Pero una vez explicada así la procedencia de anular la autorización, en la misma sentencia se explica que tal autorización era en realidad innecesaria, pues, según varios pronunciamientos de la propia Sala que allí se citan “las estaciones de servicios tienen la consideración de instalaciones vinculadas al entretenimiento y servicio de una obra pública (las carreteras), y (...), en consecuencia, su autorización o licencia puede tramitarse, según el apartado primero de la regla 2ª del núm. 1 del artículo 85 del TRLS y artículo 44.1.2ª, primer párrafo, ante el respectivo Ayuntamiento, sin necesidad de la intervención de la Comisión Provincial de Urbanismo”.

Vemos así que la sentencia cuya ejecución nos ocupa anuló la autorización otorgada por la Consejería porque no cumplía los requisitos establecidos en la normativa reguladora de las autorizaciones de esa clase (artículos 85.1.2ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 44.1.2ª del Reglamento de Gestión Urbanística); pero la propia sentencia señalaba que en este caso tal autorización no era necesaria. Por tanto, la anulación de una autorización que no resultaba en realidad exigible no lleva aparejada como consecuencia la clausura de la estación de servicio ni la demolición de las instalaciones. Tales actuaciones materiales de clausura y desmantelamiento podrían resultar procedentes si se constatare la ausencia de las autorizaciones preceptivas de otra índole (por ejemplo, las previstas en la legislación de carreteras o en la normativa sobre actividades calificadas), o la falta de las preceptivas licencias municipales de obras o de apertura; pero nada de eso se debatió ni resolvió en la sentencia, que únicamente se ocupó, como sabemos, de la autorización otorgada al amparo de lo previsto en los preceptos citados del Texto Refundido de 1976 y del Reglamento de Gestión Urbanística).

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Por todo ello, la decisión de la Sala de instancia de revocar la providencia en la que se ordenaba la clausura de la estación de servicio está justificada y es plenamente congruente con lo resuelto en el fallo del que trae causa el incidente de ejecución, pues la anulación de la autorización a que se refiere esta sentencia, por tratarse de una autorización que no era en realidad exigible, no lleva aparejada esa clausura de las instalaciones.

### H) Tutela cautelar

#### a) Debe prevalecer el interés público de protección del demanio público frente al interés particular de edificar

La STS de 12 de diciembre de 2007, Ar. 1871, afirma sin ambages que en la comparación de intereses que toda decisión sobre medidas cautelares exige (artículo 130.2 de la LJCA), debe prevalecer el interés público de la defensa de una zona establecida por la ley para la protección del demanio público marítimo-terrestre frente al puro interés privado de un particular que desea edificar en ese terreno. Más aun cuando ni la Comunidad Autónoma ni el Ayuntamiento han precisado cuál es (si es que existe) el interés público que puede seguirse de la construcción e instalación de los inmuebles cuestionados.

Estas razones son suficientes para declarar haber lugar al recurso de casación y para otorgar la suspensión que solicita la Administración del Estado, a lo cual no se opone la circunstancia de ser la Comunidad Autónoma y no la Administración del Estado la competente para otorgar autorizaciones en la zona de servidumbre de protección, porque esa competencia de la Comunidad Autónoma no excluye que la Administración del Estado (e incluso cualquier persona, vista la acción pública que otorga el artículo 109.1 de la Ley de Costas 22/1998) pueda impugnar ante los Tribunales los actos de aquélla que crea disconformes a Derecho, y pueda pedir ante éstos las medidas cautelares que crea oportunos, como aquí ocurre.

En cuanto a la innecesariedad de caución, la Sala dice que la suspensión procede “sin que, a tal fin, sea preciso que la Administración del Estado preste caución alguna para paliar o evitar los posibles perjuicios que pudieran derivarse con el retraso de la ejecución del referido instrumento de ordenación urbanística, conforme a lo establecido por el artículo 133 de la propia LJCA, dado que, de producirse efectivamente éstos, lo que la Corporación municipal no ha invocado ni en la instancia ni ahora en casación, serían económicamente cuantificables, y, por tanto, no existe riesgo de irreparabilidad dada la solvencia de la Administración del Estado para afrontarlos”.

#### b) Prevalece el interés público de mantener el espacio radioeléctrico libre de interferencias

Partiendo de la valoración de hechos efectuada por la Sala de instancia, la STS de 17 de enero de 2008, Ar. 1878, concluye que ponderación de intereses efectuada respecto a la prevalencia de los generales asociados a la evitación de interferencias a emisoras con un título habilitante para emitir es correcta. A lo cual se suma la circunstancia de que no concurre la apariencia de buen derecho que sostiene la entidad actora pues, sin entrar en un examen de lo que constituye la cuestión de fondo, la Sala de instancia ha valorado que aparentemente no se da alguno de

los requisitos que avalarían la posición de la recurrente, como lo es la coincidencia del ámbito de cobertura de la emisión en analógico con el de la concesión obtenida para la emisión en digital. Así pues, será en el curso del proceso principal donde la actora deberá acreditar su derecho frente a la decisión de la Administración, sin que pueda alegar un inexistente *fumus boni iuris* para avalar su solicitud de suspensión.

En cuanto al *periculum in mora*, la parte se limita a alegarlo, sin acreditar que se vayan a producir los daños irreversibles y la pérdida de finalidad del recurso que aduce teniendo en cuenta que obtuvo la concesión para emitir en digital en una zona al menos parcialmente coincidente con sus emisiones en analógica, lo que le permite mantener su presencia en la actividad televisiva. Por lo demás, la existencia de las interferencias presuntamente imputadas a la actora hacen prevalecer el interés general de mantenimiento del espacio radioeléctrico libre de interferencias tal como ha apreciado la Sala de instancia. Finalmente, además de que la empresa actora sigue teniendo los citados derechos de emisión en digital, caso de obtener sentencia favorable la parte, siempre podrá recabar las compensaciones indemnizatorias que resulten procedentes.

### **c) Procede suspender una norma autonómica que regula la constitución y funcionamiento de los depósitos de sangre de cordón umbilical**

La STS de 20 de mayo de 2008, Ar. 2920, confirma el riesgo de que, de no adoptarse la medida cautelar de suspensión, el proceso pudiera perder su finalidad legítima.

En primer lugar, porque los perjuicios que pudieran derivarse en caso de aplicarse el decreto impugnado no son de carácter puramente económico sino que afectan a las relaciones con la legislación básica estatal y el derecho comunitario, incidiendo en un ámbito —el sanitario— de indudables repercusiones económicas, jurídicas y sociales, y en este sentido no cabe desconocer que el Decreto impugnado prevé expresamente un sistema de autorizaciones para el establecimiento de depósitos de sangre procedente de cordón umbilical con las consecuencias y expectativas de todo orden que ello conlleva, tanto en relación con las instituciones, centros y entidades a las que se concedan, como en relación con todos los usuarios implicados en el sistema, pudiendo por lo tanto generar unos perjuicios que desde luego serían difíciles de evaluar.

Es cierto que, como argumenta la Administración demandada, la jurisprudencia ha reconocido la especial relevancia del interés público o general para impedir la adopción de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de disposiciones generales, en cuanto persiguen el establecimiento de un nuevo régimen jurídico, pero esta circunstancia no exime de la debida ponderación de las circunstancias concurrentes. Y en el presente caso se ha de tener en cuenta que frente a dicho interés público insisto en la ejecución de la disposición general cuya suspensión se insta se contraponen el interés, también público, esgrimido por la Administración General del Estado, lo que nos remite, en definitiva, al marco en que cada una de ellas actúa.

Desde luego no es éste momento de analizar en profundidad si el Decreto impugnado ha sido aprobado con plena observancia del procedimiento al efecto aplicable, y si se adecua

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

plenamente a la legislación básica estatal y al derecho comunitario, pues tal análisis de fondo es materia de sentencia y no de la pieza de medidas cautelares, pero a la vista de los datos obrantes en autos la resolución comentada estima, *prima facie*, y sin predeterminedar en modo alguno el contenido del fallo de la sentencia que pondrá fin al proceso, posibles omisiones en el procedimiento de elaboración del decreto en examen, así como una posible falta de total compatibilidad entre el sistema que diseña la disposición impugnada y los principios inspiradores de la legislación básica estatal sobre la materia, y, en especial, el Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, invocado por ambas Administraciones. Todo lo cual aconseja otorgarles una virtualidad meramente provisional –sin prejuzgar en modo alguno el fondo del asunto– y dada la existencia, como antes se ha dicho, de posibles perjuicios difíciles de evaluar, otorgar la medida cautelar de suspensión solicitada.

### **d) No se aplica el criterio del *fumus boni iuris* en la impugnación de una norma foral objeto de una cuestión prejudicial ante el TJCE**

La STS de 6 de mayo de 2008, Ar. 2993, afirma que la doctrina del *fumus* se aplica no desde un perjuicio propio de fondo de la Sala sobre la mayor o menor acomodación al derecho comunitario de la pretensión de la parte recurrente, sino desde la verificación automática de una previa eliminación jurisdiccional firme de disposiciones idénticas o de total aproximación regulatoria a las ahora puestas en vigor.

Por ello, acoge los motivos que aducen los recurrentes sobre la infracción del artículo 130 de la LJCA, pues aunque el Tribunal Superior de Justicia, acogiéndose al principio de la apariencia de buen derecho, se basó en los pronunciamientos anulatorios de esta Sala sobre Normas Forales, ha de reconocerse que la propia Sala de instancia ha decidido plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas diversas cuestiones prejudiciales interpretativas sobre si las medidas tributarias adoptadas por las Instituciones competentes de los Territorios Históricos, respecto del Impuesto sobre Sociedades, en cuanto establecen tipos impositivos inferiores al general de la Ley del Estado y unas deducciones de la cuota que no existen en el ordenamiento jurídico tributario estatal. En esta situación, la apariencia de buen derecho inicialmente apreciada se debilita, debiendo mantenerse por ello la vigencia de disposición general impugnada, sin perjuicio de lo que decida el TJCE.

### **e) Prevalece el interés público de informar a los consumidores de las medidas adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia**

El criterio elegido en el artículo 130 de la LJCA para decidir sobre la suspensión cautelar del acto impugnado es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, exigencia de aseguramiento del proceso que viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado *periculum in mora*. Esto es, que de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando su cumplimiento en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso. La apreciación de este requisito ha de efectuarse mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación deberán ser muy relevantes, y la necesidad de la

inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca.

Con estas premisas, la STS de 14 de mayo de 2008, Ar. 2999, ha señalado que para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública.

**f) No se vulnera el derecho al honor con la publicación de una sanción por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores**

La STS de 14 de mayo de 2008, Ar. 3000, rechaza que los autos recurridos vulneren el derecho a la presunción de inocencia, porque este derecho que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución, que garantiza el derecho a no ser sancionado sin pruebas de cargo válidas, no resulta incompatible con la ejecución de la orden de publicación de la sanción.

También descarta que la Sala de instancia haya vulnerado el derecho al honor y el derecho a la propia imagen, que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución, porque dichos derechos fundamentales no impiden, en términos absolutos e incondicionados, que la Administración publique en periódicos oficiales las sanciones impuestas por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores, cuando razones imperiosas de carácter público exigen el general conocimiento de las infracciones cometidas por sujetos que operan en los mercados financieros, para garantizar el funcionamiento transparente de dicho sector económico y salvaguardar, eficientemente, los derechos de terceros.

En el caso enjuiciado, en que la publicación de la sanción en el Boletín Oficial del Estado tiene su base jurídica en la aplicación de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Ordenación Económica, que modifica el artículo 105 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, no resulta de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia 9/2007, de 15 de enero, en cuanto que la información sobre la actividad profesional del recurrente no constituye una afectación a su reputación ni supone un atentado a su honor lesivo del artículo 18.1 de la Constitución, ya que es consecuencia de la conducta imputada, que ha sido objeto de reproche por la Administración con la imposición de la sanción, al considerarle responsable de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.o) de la Ley del Mercado de Valores.

Debe recordarse que, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la Sentencia 114/2006, de 5 de abril, “en relación con los motivos de afectación al prestigio y dignidad personal y profesional del recurrente, derivado de que se conociera el hecho de haber sido objeto de procedimiento penal se destacó, para confirmar su rechazo, que este Tribunal ha reiterado que la imposición, como tal, de penas o sanciones disciplinarias no vulnera el derecho al honor (STC 227/1992, de 14 de diciembre, FJ 4º) y que el honor no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud”.

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

### **g) Los cambios de criterio deben ser motivados adecuadamente**

La STS de 17 de junio de 2008, Ar. 3253, analiza un supuesto en el que el auto recurrido emplea una fórmula genérica, sin que descienda al caso concreto planteado por la entidad recurrente, cuyas argumentaciones relativas a la apariencia de buen derecho, a la suspensión automática de las sanciones recurridas y al daño que produciría a la empresa la inmediata ejecutividad de la multa, merecieran una mínima referencia en la resolución que deniega la medida cautelar. Es cierto que en el primer auto, al enunciar la jurisprudencia a tener en cuenta, hace una exégesis de los problemas que plantea esta clase de medidas, pero no los refiere al caso concreto, por lo que es difícil saber si en el segundo auto esos motivos fueron valorados o no por el Tribunal.

En segundo lugar, no se explica en el auto final porqué lo que en el primer auto fue decisivo para adoptar la medida, esto es, la ponderación de los intereses en conflicto, lo que implícitamente suponía dar preponderancia al interés particular sobre el general, se descarta en el segundo, sin razonamiento que explique el cambio de criterio, cuando no consta dato alguno que haga presumir que las circunstancias han cambiado entre una y otra resolución.

Para la resolución recurrida es obvio que se ha producido un quebrantamiento de las reglas que presiden las resoluciones judiciales, en las que se tienen que exponer razonadamente las causas que llevan al órgano judicial a modificar sus criterios anteriores, ya sea en el mismo o en diferente litigio, lo que no es sino una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida como derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, cuya traducción material en cuanto al deber de motivación de los autos y sentencias se encuentra recogido en el artículo 208.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **h) En caso de enfrentamiento de diversos intereses públicos, debe evitarse la modificación de la realidad física**

La STS de 17 de julio de 2008, Ar. 3447, reconoce, con carácter general, que el planeamiento urbanístico efectivamente puede ser objeto de suspensión, como disponen los artículos 129.2 y 130.1 de la LJCA a propósito de las disposiciones generales, a pesar de tratarse de una norma reglamentaria que se presume dictada en defensa y para la protección de los intereses públicos, siempre que en su ejecución exista riesgo de perder el recurso su finalidad legítima, previa valoración de los intereses enfrentados –considerando los efectos irreversibles o de difícil reposición que pudiera ocasionar su ejecución–, y, en fin, que de ello no se siga una perturbación grave a los intereses generales.

En el caso enjuiciado el incidente cautelar se produce entre dos Administraciones Públicas cuya actuación debe estar presidida por la protección y defensa del interés público. Esta concurrencia de intereses públicos representados por ambas Administraciones –local y autonómica– constituye una circunstancia que forzosamente ha de influir en la ponderación de intereses afectados. En estos casos, la valoración circunstanciada tiene inevitablemente un margen más ajustado que en aquellos en los que se confronta el interés público con intereses privados. El cotejo de los intereses públicos en conflicto oscila, en esta línea de razonamiento, entre no paralizar la actividad municipal de ejecución del planeamiento permitiendo el desarrollo de sus previsiones y evitar la consumación, mediante la transformación o mutación de

la realidad física del terreno, de los efectos de disposiciones generales que pudieran no ser conforme con el ordenamiento jurídico. La doctrina de la Sala sobre la presencia de un interés público intenso en el caso de la suspensión de las normas reglamentarias que aconseja la denegación de tal cautela, no impide la suspensión de tales normas, y, en todo caso, ha de ser matizada en los términos que a continuación se expresan.

Las peculiaridades propias de las disposiciones generales en este ámbito sectorial del urbanismo, en el trance de adoptar la decisión cautelar de los instrumentos de planeamiento, ha de valorar –de modo detallado y cuidadoso– la trascendencia y consecuencias prácticas a las que conduce la medida. En este sentido, la experiencia ha demostrado que la importación sin matices de tal doctrina general sobre la presencia del interés público en las disposiciones generales, en el ámbito del urbanismo, ha ocasionado situaciones indeseables, que sólo pueden superarse mediante un análisis preciso y minucioso de las circunstancias del caso y de las consecuencias que comporta. A lo que debemos añadir que tales peculiaridades se agudizan, insistiendo en lo antes expuesto, cuando la actuación de la Administración local –autora del acto de aprobación del plan– es cuestionada por otra Administración Pública, como sucede, en este caso, cuya actuación pretende también proteger el interés público.

Por tanto, la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, que ha de hacerse en los términos expuestos, no se ha realizado en la resolución recurrida, salvo la referencia al interés público que demanda la ejecución del plan en sus propios términos. Y esta valoración no puede considerarse suficiente ni acertada, porque no siendo irreparables los inciertos perjuicios derivados de la adopción de la medida cautelar, sí lo son en mayor medida, o con más alta intensidad, los derivados de la no suspensión de la ejecución del plan, al menos en la parte que comporte una modificación de la realidad física del terreno sobre la que inciden.

## 2. RECURSO DE CASACIÓN

### **A) Objeto: no son recurribles en casación los autos que determinan la cantidad a indemnizar por inejecutabilidad del fallo**

La STS de 24 de junio de 2008, Ar. 3270, reitera la jurisprudencia que viene afirmando en forma reiterada (Sentencias de 12 de febrero y 24 de mayo de 1999, 27 de julio de 2001, 11 de septiembre de 1998) que, de acuerdo con el artículo 94.1.c) de la Ley de la Jurisdicción [actualmente artículo 87.1.c) de la LJCA], los autos recaídos en ejecución de sentencias son susceptibles de recurso de casación cuando resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o cuando contradicen lo ejecutoriado. Sólo en los casos expresados, y no en otros, cualquiera que sea la cuestión discutida en la ejecución, cabe el recurso de casación.

Se ha dicho también (Sentencias entre otras de 3 de julio de 1995 y de 12 de febrero y 14 de mayo de 1996) que en este tipo de recursos tampoco pueden invocarse válidamente los motivos que enumera el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, sino únicamente los ya expresados de resolver cuestiones no decididas o contradecir lo ejecutoriado que, de manera

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

específica, se señalan en el artículo 87.1.c) de la misma Ley. Se funda tal doctrina en que la casación contra autos recaídos en ejecución de sentencia es un recurso de casación *sui generis*, que se aparta del recurso de casación tipo en que no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia al juzgar (*error in iudicando*) ni al proceder (*error in procedendo*) —objetivo al que responden los motivos autorizados en el artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción— sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en su cumplimiento. La única finalidad que persigue este tipo de recursos de casación radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de la ejecución, evitando, de este modo, que una actividad jurisdiccional ejecutiva inadecuada pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el proceso previo de declaración.

Por otra parte y como en este recurso no se impugna la declaración de inejecutividad de la sentencia, que se efectuó por auto firme, sino los autos por los que se fija el importe de la indemnización sustitutoria, a cuyo efecto y como señalan dichas sentencias: “La procedencia de dicha ejecución por vía de sustitución adquirió firmeza con el Auto citado, por lo que lo único que se debate ahora procesalmente es el *quantum* de la indemnización fijado en el auto recurrido al confirmar el anterior recurrido en súplica. Es claro que los autos que declaran la inejecutabilidad de una sentencia por imposibilidad material o legal conforme al artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción son, por antonomasia, susceptibles de ser impugnados en la vía casacional atípica en que nos encontramos, ya que, como dijo la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1998, no hay resolución que contradiga más lo decidido en sentencia que aquella que la declara inejecutable. Ahora bien, una vez aceptada ya la inejecutabilidad de una sentencia, los Autos que se limitan a concretar la cantidad a percibir como sustitución no resuelven algo no decidido en la sentencia ni contradicen lo resuelto en ella, por lo que no resultan susceptibles de casación como se ha declarado en Sentencias de 12 de febrero y 24 de mayo de 1999.

A ello no es obstáculo la posible alegación de que el Auto ahora impugnado determinó una indemnización que no estaba decidida directa ni indirectamente en el fallo de la ejecutoria. Este razonamiento no podría prosperar, como declara la Sentencia de 12 de febrero de 1999 ya que el fallo de la sentencia ha resultado sustituido en este caso válidamente —y a todos los efectos— por una indemnización. Se trata ahora, simplemente, de cuantificarla y tal actividad no deja de ser ejecución del fallo sustituido. Cuando el artículo 94.1.c) de la Ley de la Jurisdicción [artículo 87.1.c) de la LJCA] se refiere a cuestiones no decididas alude a cuestiones sustantivas distintas a las que se plantearon en el pleito y se decidieron en la ejecutoria, pero no a todas las cuestiones que surjan en la ejecución de la sentencia (Sentencia citada de 9 de julio de 1998). A ello cabría, además, añadir que como expresa la Sentencia de 27 de julio de 2001, la cuantía de las indemnizaciones acordadas constituye, en fin, una simple cuestión de hecho que no se puede traer a esta casación”.

Abundan en este criterio las Sentencias de 26 de septiembre de 2006, 12 de diciembre de 2006 y 16 de marzo de 2007, según las cuales, “es igualmente doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 28 de febrero de 2003 (recurso de casación 1237/2000) y 15 de febrero de 2006 (recurso de casación 1260/2002) que no es admisible el recurso de casación contra Auto dictado en ejecución de sentencia cuando éste se limita a concreta el *quantum* a percibir, pues como decíamos en aquellas sentencias, remitiéndonos a la de 27 de julio de 2001, el *quantum* indemnizatorio es una cuestión de hecho que no puede ser traída a casación”.

**B) Inadmisión****a) Si la cuantía de una sanción excede del límite casacional se puede recurrir en casación todas las acumuladas**

La STS de 6 de mayo de 2008, Ar. 2994, recuerda que se viene admitiendo el recurso de casación, aun cuando se incluyan sanciones de inferior cuantía, cuando éste tiene por objeto una resolución sancionadora que incluye multas por importe superior a 25.000.000 de pesetas junto a otras inferiores, en razón de la clara conexión de los hechos determinantes de ellas.

**b) Por falta de fundamento, ya que debe acreditarse la relación entre el vicio imputado y la sentencia**

A diferencia de lo que acontece con el escrito de “preparación” donde tan sólo basta manifestar su intención de interponerlo y exponer sucintamente la concurrencia de los requisitos exigidos, en el escrito de “interposición” se ha de expresar razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, con concreta cita, analizando el cómo y el porqué de las normas o jurisprudencia que se consideren infringidas.

Pues bien, la STS de 13 de febrero de 2008, Ar. 1831, analiza un asunto en el que la recurrente omite toda consideración referente a la fundamentación de la sentencia impugnada, limitándose a examinar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo recurrido originariamente, sin ni siquiera citar el motivo o motivos en que ampara su pretensión casacional, dado que se limita a transcribir casi literalmente, sin ninguna referencia a la sentencia recurrida, el contenido de la fundamentación jurídica de su demanda.

Por ello la Sala afirma que la recurrente no cumple los requisitos formales exigidos por la Ley Jurisdiccional que impone conforme a sus artículos 92 y siguientes, no sólo respecto de la obligación de mencionar el supuesto concreto que ampara el motivo alegado, sino también que se realice un juicio crítico de la sentencia recurrida en relación con las infracciones que se denuncian, pues en el mencionado escrito de interposición se contienen una serie de alegaciones más propias de un recurso de apelación, olvidando que en el recurso de casación no se trata de someter nuevamente a la Sala las cuestiones planteadas y resueltas por la sentencia recurrida, sino que es ésta la que constituye el objeto del recurso, pues en la casación se precisa que además de resultar perjudicado quien lo promueve, lo haya sido por alguna de las razones que la ley expresa, y no por otras, y que entre el vicio o vicios denunciados y la sentencia misma se dé una relación de causalidad. Requisito que no se cumple en el escrito de interposición del recurso de casación en el que se ciñe a denunciar en seis epígrafes una serie de infracciones, sin citar el motivo o motivos en que funda su recurso, o a formular una serie de alegaciones, meramente subjetivas, impropias del recurso de casación.

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**R. MARTÍN MATEO**

**La verde energía de la biomasa**

[Thomson-Civitas, Navarra, 2008, 226 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El profesor MARTÍN MATEO, incontestable especialista en medio ambiente como demuestra el hecho de presidir la ADAME (Asociación de Derecho Ambiental Español), nos ofrece una interesante monografía sobre uno de los temas de mayor debate y relevancia en el momento actual en toda la sociedad, como es el de la provisión de energía en modalidades adecuadas para atender las necesidades que demanda la sociedad, protegiendo a la vez el Medio Ambiente.

Como bien señala el autor, este tema es el más antiguo de la Historia del mundo y de la humanidad y el más moderno a la vez en cuanto a la búsqueda de soluciones en el mar. Pues bien, en esta obra trata el autor, consciente de las no escasas polémicas en la materia, el tema de recurrir a la biomasa como energía.

Es decir, se muestra claramente partidario de las energías de origen biológico, pues entiende que la solución aconsejable pasa paradójicamente por una vuelta a los orígenes captándose energías equivalentes a las existentes en los comienzos del Cosmos, cuando nuestros antepasados pudieron prosperar, sobrevivir y calentarse con apoyo de energías de origen biológico. Y, en concreto, se trata, en fin, de producir componentes energéticos orgánicos idóneos para impulsar el más importante artificio de nuestro tiempo, como es el automóvil.

Trata además el autor el tema desde muy diversas vertientes, así aborda desde el componente cósmico, la agroenergía, el tema de la leche, la crisis del petróleo, bionergía marina, el biodiésel y el bioetanol, el imprescindible apoyo a las energías renovables, la biomasa como insumo restrictivo para la producción de electricidad, los plásticos, la explotación de la basura y un largo etcétera; que sin duda hace de esta obra una interesante lectura no sólo para juristas sino para cualquiera que esté preocupado o le interese el actual problema de la energía.

**A. EMBID IRUJO (dir.)**

**Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua**

[Thomson-Civitas, Navarra, 2008, 502 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este libro, dirigido por el profesor EMBID IRUJO, especialista en la materia, recoge las ponencias que se expusieron en las XIII Jornadas de Derecho de Aguas celebradas los días 21 y 22 de febrero de 2008 en Zaragoza.

Si el tema del agua es de suma actualidad y por supuesto de una relevancia destacada, no sólo por tratarse de uno de los recursos naturales de máxima importancia sino también por su escasez y necesidad de una gestión adecuada de éste, el aspecto concreto tratado en esta monografía, es decir, el de los ciudadanos y usuarios en esa gestión del agua, ha venido adquiriendo un papel determinante, ya que precisamente en los momentos de realización de dicho libro estaban en pleno desarrollo los procesos de participación en relación a la formación de

la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación que debe concluirse para el 31 de diciembre de 2009.

Esta obra compila un buen número de estudios realizados sobre la materia por juristas especialistas en ella y que han abordado muy diversos aspectos y aristas que este tema comprende.

Así, comenzando con la ponencia del profesor EMBID IRUJO, director de la obra, sobre la participación e información de los ciudadanos y usuarios en el Derecho español de aguas, tratando tanto la historia, el presente como el pasado; se abordan los temas de la escasa participación de las Comunidades de Usuarios en la planificación y gestión de los recursos hídricos, así como las competencias que pueden asumir mediante encomienda de gestión y la firma de convenios de colaboración; la participación de los ciudadanos y los usuarios en los órganos colegiados del agua; los ciudadanos y usuarios en la gestión del agua en Argentina; la participación pública en el nuevo proceso de planificación hidrológica en curso, y la experiencia de la demarcación del Guadalquivir y de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la aproximación a las bases de un modelo de participación social consultiva en las políticas del agua y en concreto la Comisión del Agua; el Plan especial del Alto Guadiana; la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes; el grupo de trabajo del agua subterránea: experiencias de participación; las Comunidades de Usuarios como garantes de un uso eficiente del agua: infraestructuras y modernización; las Comunidades de Usuarios de aguas subterráneas; algunas experiencias en la gestión del agua en las Comunidades de usuarios y la cooperación intercomunidades; la participación de los usuarios en las demarcaciones hidrográficas, y, finalmente, la participación pública para la gestión del agua en la cuenca alta del Guadiana: la experiencia del proyecto de investigación Europeo Newater.

De tal modo que a través de estas diversas ponencias y comunicaciones englobadas ahora en esta monografía, se trata el tema de los ciudadanos y usuarios en la ges-

tión del agua no sólo por especialistas, sino también desde las diversas perspectivas que tienen presencia en la materia, ofreciendo con ello un estudio completo de la participación de los ciudadanos y usuarios en la gestión del agua, que permite tanto a legos en la materia como especialistas o conocedores de ésta adquirir una visión global del tema.

**J.M. ALEGRE ÁVILA**

**Subsuelo: Hecho y Derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del régimen jurídico del subsuelo**

[Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, 306 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En este libro su autor se cuestiona el planteamiento tradicional del régimen del subsuelo tanto desde el punto de vista teórico como desde sus evidentes consecuencias prácticas. Parte el profesor ALEGRE ÁVILA en su tesis de fondo de la idea de que el subsuelo no es cosa, no es bien, de tal modo que el derecho de propiedad del dueño de un terreno no incorpora de modo genérico e indiferenciado el del espacio geográfico que se entiende bajo su superficie.

A su juicio el subsuelo no constituye una extensión o proyección, en sentido jurídico, del terreno, por lo que no es parte integrante de aquél. De tal modo que para el autor no es el subsuelo un bien en sentido jurídico-civil, sino un mero espacio, como el aire sobre el que se ejercitan las competencias de las Administraciones, teniendo éstas un poder de disposición que no surge de titularidad dominical alguna.

Para llegar a esta conclusión, o hasta llegar a ella, el profesor ALEGRE lleva a cabo un exhaustivo análisis de la normativa, la doc-

trina, jurisprudencia y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto, no debe olvidarse que ya tradicionalmente surgiera un importante debate en torno a cuestiones próximas como en su día respecto a si las posibilidades sobre el dominio público que tienen las Administraciones derivan de su titularidad o si al contrario se trata de sus competencias sobre dominio público, polémica que llegó también a los Tribunales y especialmente a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Aguas y la Ley de Costas.

Y tras todo ello elabora un estatuto del subsuelo con claves y en términos diferentes a los propuestos hasta el momento, así como bien expresa el prologuista, el profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, este libro es de ciencia jurídica y por ello sin duda de máximo interés para quienes deseen discurrir y seguir la concatenación de los conceptos, pero por ello no pierde trascendencia práctica, sino al contrario los operadores jurídicos, los gestores municipales, los responsables del urbanismo, etc., encontrarán en esta monografía fórmulas y sugerencias para resolver los no pocos problemas de la vida real, pues las instituciones, los conceptos y las teorías tienen repercusiones de trascendencia práctica.

Brevemente y sin ánimo de exhaustividad, dado que sería necesario entrar en demasiadas profundidades, mencionar simplemente algunas de las reflexiones a las que llega el autor a la hora de elaborar ese estatuto del subsuelo. Así, entiende, como ya se ha dicho, que el subsuelo no es una entidad jurídica, no es un objeto ni cosa, en el sentido de los artículos 334 y 335 del Código Civil, sobre el que pueda proyectarse derecho de propiedad alguno; en consecuencia, considera el autor que el subsuelo no puede ser considerado como la parte que se halla más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario. El dueño del terreno no es propietario de modo genérico e indiferenciado del subsuelo; la condición pública o particular del dueño es además a estos efectos irrelevantes a juicio del autor, ya que ni la Administración ni los particulares son propietarios del subsuelo.

### J. GONZÁLEZ-PÉREZ Y OTROS

#### Comentarios a la Ley del Suelo

[Thomson-Civitas, Navarra, 2008, 2ª ed., vols. I y II, 2038 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra se presenta un comentario de la nueva Ley de Suelo de 2007 (actualmente Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008), artículo por artículo e incorporando referencias jurisprudenciales, siempre de utilidad para comprender la interpretación y aplicación concreta de las normas, aunque en este caso y por evidentes razones se refieren a la norma anterior.

Aunque en la actualidad y tras la doctrina del Tribunal Constitucional, las competencias estatales en la materia se han visto considerablemente constreñidas, sí existen aún títulos competenciales estatales que han permitido y habilitado la aprobación de esta norma, entre otros, las condiciones básicas de la igualdad de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, la planificación general de la actividad económica y de la protección del medio ambiente en cuanto inciden sobre la ordenación territorial y urbanística, así como la competencia del Estado, exclusiva o básica, como el procedimiento administrativo común, la expropiación forzosa y el sistema de responsabilidades de las Administraciones públicas.

Todo ello se recoge en la nueva Ley de Suelo aprobada en 2007 y comentada en esta obra, incluyendo el cambio importante producido en el régimen de valoraciones, tema sin duda de gran trascendencia práctica, pues de ello dependerá la cuantía económica que se fije en expropiaciones o supuestos de responsabilidad como los del artículo 35 del TR de la Ley de Suelo.

De este modo se ofrece no sólo una obra de actualidad, sino también un instrumento que sirva a quienes han de utilizar esta norma de punto de referencia y para consulta de sus posibles dudas, a lo que se une la experiencia del profesor GONZÁLEZ PÉREZ, pues ya en cada momento comentó las diversas Leyes estatales del Suelo que han precedido a la actual.

**J.C. ALLI ARANGUREN Y J.C. ALLI TURILLAS**

**Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo**

[Dykinson, 2008, 721 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Responde esta obra a la nueva normativa en materia de urbanismo y, en concreto, al vigente y reciente Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, pero sin olvidar las normas previas y el estudio global del Derecho urbanístico.

De este modo se ofrece un panorama completo de la materia tratando temas de gran importancia y actualidad para comprender el no siempre sencillo Derecho urbanístico. Esta amplitud se pone de manifiesto en la propia estructura de la obra en cuyo capítulo primero se recoge la evolución histórica del marco normativo estatal, desde la política ilustrada hasta el TR actual de 2008; en el segundo capítulo se aborda el imprescindible tema de la distribución competencial entre Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales; mientras en el capítulo tercero se estudia, con profundidad, una de las claves de la actual normativa: el desarrollo territorial y urbano sostenible, no sólo desde la perspectiva y tratamiento del Derecho interno sino también

su reconocimiento internacional y la evolución e implantación de la sostenibilidad; igualmente interesante resulta el tema tratado en capítulo siguiente: el derecho a disfrutar de una vivienda digna, que de igual modo es abordado desde muy diversas perspectivas; el capítulo quinto se dedica a las condiciones básicas de la igualdad en los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos, que supone uno de los títulos competenciales a los que responde esta nueva norma; se pasa a continuación al estudio y exposición de las situaciones básicas del suelo y la participación de la comunidad en las plusvalías; para continuar con el régimen de las valoraciones en el capítulo siguiente y en el octavo el tema de la expropiación y responsabilidad; mientras el noveno se destina a otro tema importante en la nueva norma como es el de la función social de la propiedad y la gestión del suelo, y en cuyo tratamiento se tienen en cuenta por los autores normas que han sido de gran relevancia como el CEDH o la Carta Europea de Derechos Humanos, normas imprescindibles para alcanzar una visión adecuada del tema; concluye esta obra en su capítulo IX con lo que denominan “régimen jurídico” y en el que se incluyen cuestiones tan variadas como las actuaciones con el Ministerio Fiscal, las peticiones, actos y acuerdos, los actos procedentes de subrogación, la ejecución forzosa y vía de apremio, la revisión de oficio, acciones y recursos, los actos y convenios urbanísticos, la acción pública, la acción ante los Tribunales ordinarios, y el recurso contencioso-administrativo, el Registro de la Propiedad, los actos inscribibles, certificaciones y asientos, los expedientes de distribución de beneficios y cargas, los actos promovidos por la Administración General del Estado, o las edificaciones existentes, es decir, un largo listado de temas, especialmente de Derecho Administrativo, que aun pertenecientes a la parte general de esta disciplina tienen indudable presencia en el urbanismo y es preciso que quienes quieran tener un conocimiento de la materia completa tengan presente estas cuestiones tan diversas.

**F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO**

**El justiprecio de la expropiación forzosa**

[Comares, 2008, 7ª ed., 484 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Nuevamente se nos presenta una edición más de esta obra de referencia en materia expropiatoria, imprescindible esta nueva revisión del tema al hilo de la aprobación de la Ley del Suelo de 2007 y su actual Texto Refundido, ya que en dicha norma se ha producido un cambio en el régimen de valoraciones aplicable a las expropiaciones y también en las propias categorías básicas de suelo que ahora se reflejan en dicha norma, precisamente a efectos de la expropiación y responsabilidad.

De tal modo que se trata del estudio de su valoración y pago con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas adaptada a la Ley del Suelo de 2007, comenzando por la determinación del justiprecio y especialmente la aplicación de las valoraciones urbanísticas, pero sin olvidar el estudio de su naturaleza, con atención a la idea de ser un concepto jurídico indeterminado, pero por ello determinable, así como el procedimiento a seguir en su fijación tanto en la legislación expropiatoria como urbanística; pasando a su valoración por los interesados, es decir, Administración expropiante, beneficiario y expropiado, las hojas de aprecio y su carácter vinculante; para estudiar en el capítulo tercero el Jurado de Expropiación; continúa este análisis con la impugnación de los acuerdos del Jurado; para seguir con los criterios y normas de valoración; la valoración del suelo rural no urbanizable; la valoración del suelo urbanizable y urbano; la valoración de obras y otros bienes y derechos; así como otros conceptos indemnizatorios; el pago y consignación del justiprecio; los

intereses, responsabilidades y garantías por demora y retasación; así como el tratamiento fiscal del justiprecio; para concluir con el justiprecio de la reversión; ofreciendo con ello las distintas aristas del tema objeto de esta monografía.

**AAVV**

J.A. Moreno Molina y A. Matilla Correa (dirs.)

**Contratos públicos en España, Portugal y América Latina**

[Difusión Jurídica, Madrid, 2008, 736 páginas]

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

En un momento como el actual donde tanta importancia económica, jurídica y social tiene la contratación pública, resulta especialmente oportuna la publicación de esta obra colectiva, que ofrece un panorama en los países de América Latina, Portugal y España de la evolución legislativa hasta llegar a la regulación actual así como de los principales problemas que hoy se plantean en la materia.

El libro destaca así por la reflexión conjunta sobre esta compleja disciplina y por su contribución al debate sobre la reciente evolución de la legislación sobre contratos públicos. Pero también por utilizar la todavía muy poco desarrollada perspectiva comparativa entre los ordenamientos jurídicos de los países de Hispanoamérica, que tanto tienen de raíces comunes y desarrollo paralelo pero que apenas se han estudiado desde una óptica de Derecho comparado. Por ello merecen una valoración muy positiva libros como el que ahora se recensionan o la completa obra colectiva también recientemente publicada *La contratación administrativa en España y en Iberoamérica* (Volumen del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Cameron May Publishing, Londres, 2008).

Bajo la dirección de José Antonio MORENO MOLINA y Andry MATILLA CORREA, profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de La Habana, respectivamente, que también se ocupan de los capítulos del Derecho español y el Derecho cubano, en la obra participan otros destacados profesores de distintas Universidades de América Latina, todos ellos especialistas en la contratación pública (José Luis CORREA por Argentina, Claudio MORAGA KLENNER por Chile, J. Ángel PALACIO HINCAPIÉ por Colombia, Enrique ROJAS FRANCO por Costa Rica, A. Enrique MENA CASTRO por El Salvador, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ por México, Karlos NAVARRO y M. A. SENDÍN GARCÍA por Nicaragua, J. ERNESTO SHEFFER TUÑÓN por Panamá, L. Enrique CHASE PLATE por Paraguay, Jorge DANÓS ORDÓÑEZ por Perú y Carlos E. DELPIAZZO de Uruguay), incluyéndose asimismo importantes contribuciones de Brasil (las Dras. Jamile BERGAMASCHINE MATA DIZ y Patricia AURÉLIA DEL NERO) y Portugal (el Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Lusíada de Lisboa Afonso D'OLIVEIRA MARTINS).

Si el Derecho comunitario europeo ha desarrollado un decisivo papel en la unificación de los procedimientos de contratación en los Estados miembros de la Unión Europea y, por ende, ha afectado decisivamente a la regulación contractual pública en Portugal y España, es importante tener en cuenta que la tendencia hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, no sólo se aprecia claramente en el Derecho comunitario, sino que también se manifiesta con fuerza en ámbitos territoriales más amplios. En efecto, en los últimos años están surgiendo importantes normas internacionales cuyo principal objetivo consiste en asegurar el respeto de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la contratación pública. En este sentido, hay que destacar las normas aprobadas al respecto en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública) y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). También se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Méxi-

co, los Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN). Asimismo, de los acuerdos de integración abiertos en el continente americano, el Acuerdo del Grupo de los Tres (Colombia, Venezuela y México) y los acuerdos bilaterales de México con Costa Rica, Bolivia y Chile, y los de Chile con (Bolivia, Ecuador, Venezuela, México) contienen disposiciones que regulan las Compras del Sector Público. No obstante, el resto de los esquemas de integración están actualmente contemplando la inclusión de disposiciones sobre compras del sector público en sus acuerdos. Así ocurre en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), en MERCOSUR, en la Comunidad Andina de Naciones, en el Mercado Común Centroamericano y en el CARICOM.

Los compromisos que adoptan los países en este tema tienen un objetivo que se ha mostrado a lo largo de la historia muy difícil de conseguir: garantizar el principio de no discriminación en las compras del sector público.

Como destaca en el prólogo del libro el Catedrático de Derecho Administrativo Luis ORTEGA ÁLVAREZ, para los ordenamientos jurídicos continentales de influencia francesa, entre los que encuentran España, Portugal y los países de América Latina, lo más relevante de la reciente evolución en la contratación pública es, sin duda, el cambio de perspectiva que se ha producido en este sector, ya que la normativa sobre contratos ha pasado de tener como objetivo fundamental la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, con una regulación basada en el desarrollo de las prerrogativas públicas en los contratos administrativos, al cumplimiento de una función de neutralidad de la Administración propia de la libre competencia. En la Unión Europea, este radical cambio de enfoque ha venido impuesto por un Derecho comunitario originario y derivado sobre la contratación pública, que junto con la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal de Justicia, ha situado como objetivo básico del Derecho de los contratos públicos el asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: [redac@lexnova.es](mailto:redac@lexnova.es), con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

