



Justicia

Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

e d i t o r i a l

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

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 2008

EDICIÓN	EDITORIAL 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 Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

DOCTRINA:

- [5] Las explotaciones ganaderas ante la sanidad animal. Controles sanitarios, derechos y deberes de los titulares de las mismas

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

- [43] Aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería durante el año 2007

CELIA V. DÍAZ MORGADO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [83] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [97] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

- [111] III. DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

- [145] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

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

A. MENÉNDEZ REXACH

- [167] VI. ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

- [179] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

- [203] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

F. LÓPEZ MENUDO

- [219] IX. RESPONSABILIDAD

ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

- [231] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [245] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [249] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

- [273] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

- [281] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

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

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

- [313] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

G. FERNÁNDEZ FARRERES

Las explotaciones ganaderas ante la sanidad animal. Controles sanitarios, derechos y deberes de los titulares de las mismas

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Málaga

Resumen

LAS EXPLOTACIONES GANADERAS ANTE LA SANIDAD ANIMAL. CONTROLES SANITARIOS, DERECHOS Y DEBERES DE LOS TITULARES DE LAS MISMAS

Desde hace unas décadas la sanidad animal viene siendo objeto de una importante regulación normativa. El ejercicio de competencias en la materia por la Unión Europea, el Estado y las Comunidades Autónomas y la falta de unos principios básicos que aglutinen las exigencias impuestas por la normativa sobre sanidad pecuaria originan inseguridad jurídica e incumplimientos de ésta.

Este estudio pretende clarificar un aspecto importante sobre la sanidad animal cual es la ordenación sanitaria de las explotaciones gana-

deras y los derechos y deberes de sus titulares. La exigencia de autorizaciones, de documentación, los deberes registrales y de identificación animal, la ubicación de las explotaciones, las condiciones sanitarias y de bienestar animal, la eliminación de residuos, etc., son algunas de las obligaciones a que se sujetan los titulares de las susodichas explotaciones.

Tal cúmulo de exigencias normativas origina incumplimientos que tienen su reflejo en la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia.

Abstract

ANIMAL HEALTH IN CATTLE FARMS: HEALTH REQUIREMENTS AND FARMERS' LEGAL RIGHTS AND OBLIGATIONS

Over the last decades, many animal health regulations have been passed. The exercise of competence between the European Union, the Spanish Central Government and the Spanish

Autonomous Communities on that subject, along with a lack of basic principles have created legal uncertainties and have made it difficult for farmers to comply with the law.

This paper focuses on the legal requirements with which cattle farmers must comply, as far as animal health, as well as legal rights and obligations. These obligations include: the obtainment of a license, the completion of paperwork and registration requirements, animal identification,

location of farms, animal health treatment, animal well-being and waste management.

The paper also analyses the Spanish Supreme Court and Justice Superior Courts rulings on these issues.

Sumario:

I. Introducción. II. Concepto de explotación ganadera. III. Medidas sanitarias de las explotaciones ganaderas.

A) Medidas de control de carácter formal. a) Exigencia de autorización administrativa para las explotaciones de animales de nueva instalación o para la ampliación de las existentes. b) Tenencia del Libro de la Explotación. c) El Registro de las explotaciones animales. d) Identificación de los animales. e) Documentación y comunicaciones necesarias para el movimiento de animales.

f) La calificación sanitaria de las explotaciones. B) Medidas materiales de carácter ambiental. a) Ubicación de la explotación. b) Condiciones sanitarias de las explotaciones. c) Eliminación de residuos. d) Las medidas de desinfección, desparasitación, desratización o técnicas similares. e) Medidas sanitarias exigibles a los centros de concentración de animales, mataderos y salas de tratamiento y obradores de caza. **IV. Derechos y deberes de los titulares de las explotaciones ganaderas.**

A) Derechos de los titulares de explotaciones ganaderas. B) Deberes u obligaciones de los titulares de explotaciones ganaderas. a) Obligaciones relativas a las instalaciones, animales y alimentación animal. b) Obligaciones en las integraciones. c) Obligaciones de los titulares de explotaciones ganaderas de producción relativas al bienestar animal. d) Obligaciones referidas a la inspección en materia de sanidad animal y de bienestar animal. e) Obligaciones relativas al movimiento de animales dentro del territorio nacional. **V. Incumplimientos de la normativa de sanidad animal: jurisprudencia reciente. VI. Conclusiones.**

I. INTRODUCCIÓN

La sanidad animal constituye hoy en día un aspecto del sector ganadero de gran relevancia social por las implicaciones que para la seguridad alimentaria conlleva el consumo de productos procedentes de los animales de producción, por el papel que en la economía juega este sector económico y por sus implicaciones medioambientales.

La necesidad de preservar la sanidad animal, la salud humana y de garantizar la protección del medio ambiente se erige en el fundamento de la intervención administrativa en la materia¹.

Así, la ganadería constituye un sector económico fuertemente regulado y ordenado. Regulado, porque pocas actividades privadas se someten para su ejercicio a tal cúmulo de deberes y obligaciones como las relacionadas con la ganadería, y ordenado, por cuanto técnicas tales como la exigencia de autorizaciones, la obligación de suministro de información, la imposición de deberes registrales y documentales, la comunicación de actividades o la aplicación de las potestades de inspección y sanción constituyen el eje de la regulación del sector².

La ordenación y control de este sector económico se complica por la pluralidad de centros de poder con competencias en la materia: Comunidad Europea, Estado y Comunidades Autónomas. Ello origina que la ganadería y, por lo que ahora nos interesa, la sanidad animal³, con la incidencia indirecta que tiene sobre la seguridad alimentaria, venga siendo regulada por una multitud de normas de diferente procedencia y rango.

Los continuos brotes de epizootias y su rápida difusión a nivel comunitario, dada la desaparición de fronteras y la mejora de las comunicaciones, y los casos de zoonosis tales como la Encefalopatía Espongiforme Transmisible, comúnmente conocida como “mal de las vacas locas”, se constituyen en factores que aumentan la producción normativa en un intento por garan-

**LA NECESIDAD
DE PRESERVAR
LA SANIDAD ANIMAL,
LA SALUD HUMANA
Y DE GARANTIZAR
LA PROTECCIÓN
DEL MEDIO AMBIENTE SE
ERIGE EN EL FUNDAMENTO
DE LA INTERVENCIÓN
ADMINISTRATIVA
EN LA MATERIA**

(1) VILLAR ESCURRA, J.L.: *Derecho Administrativo Especial. Administración pública y actividad de los particulares*, Civitas, SA, Madrid, 1999, págs. 24, 28, 29, 50-51.

(2) A las actividades de ordenación y control se refieren entre otros, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 622 y ss. BELLIDO BARRIONUEVO, M. y otros: *Derecho Administrativo II. Parte Especial*, Universitas, SA, Madrid, 1998. GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Sanidad animal y seguridad alimentaria en los productos de origen animal*, Comares, Granada, 2004, págs. 149 y ss.

(3) Como estudios en esta materia pueden citarse, entre otros: QUINTANA LÓPEZ, T.: *Derecho Veterinario: Epizootias y sanidad animal*, Marcial Pons, SA, Madrid, 1993. REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP-MAP, 1989. GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Sanidad Animal y Seguridad Alimentaria en los productos de origen animal*, Comares, Granada, 2004. VALENZUELA GARCÍA, F.: “La intervención administrativa en materia de alimentos”, en DA, núm. 194, 1982. ABAD GAVÍN, M.: *Introducción a la historia de la veterinaria*, Universidad de León, 1984.

tizar la seguridad alimentaria, la salud animal y la protección del mercado de animales y productos derivados.

La aprobación de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal (LSA), ha establecido un marco básico de regulación en la materia. Ello no impide la existencia de numerosos reglamentos estatales de carácter básico que regulan aspectos concretos de dicha sanidad animal o que se refieren a concretas especies animales. Si a ello unimos el legítimo ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias en ganadería, podemos hacernos una idea de lo profusamente regulado del sector.

La LSA ha previsto, junto a las medidas de prevención, lucha, control y erradicación de epizootias, una serie de medidas relativas a la ordenación sanitaria de las explotaciones de animales. Es precisamente dicha ordenación sanitaria, así como los derechos y obligaciones impuestos a sus titulares los que van a centrar nuestro objeto de estudio, en un intento por clarificar si en tal regulación puede estar, en parte, el fundamento de la crisis que atraviesa el sector ganadero y de los incumplimientos constatados o no de la normativa reguladora.

II. CONCEPTO DE EXPLOTACIÓN GANADERA

La LSA no se refiere a explotación ganadera sino a “**explotación de animales**”, refiriendo el concepto al lugar donde se encuentran los animales y en el que se realiza una actividad lucrativa o no.

Así, se define la explotación de animales como cualquier lugar donde se tengan, críen o manejen animales o se expongan al público, con o sin fines lucrativos. A tales efectos, entiende incluido en el concepto los núcleos zoológicos, los mataderos u otros lugares donde se sacrifiquen animales, los centros en que se lleven a cabo espectáculos taurinos, las instalaciones de los operadores comerciales y los centros de concentración⁴.

Un concepto amplio el de explotación de animales que excede del referido a las instalaciones o lugares en los que se críen y ceben animales sean de producción⁵ o no, para incluir a lugares donde se realicen actividades no relacionadas con la cría y engorde del ganado, tales como mataderos, centros de concentración, etc.

Las legislaciones autonómicas sobre sanidad animal sí contienen el término de explotación ganadera, vinculándolo a los lugares donde se críen o manipulen animales, como es el caso de la legislación de sanidad animal de la Comunidad Autónoma de Castilla y

(4) Artículo 3.12 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal (LSA).

(5) La LSA define los animales de producción como “los animales de producción, reproducción, cebo o sacrificio, incluidos los animales de peletería o de actividades cinegéticas, mantenidos, cebados o criados para la producción de alimentos o productos de origen animal para cualquier uso industrial u otro fin comercial o lucrativo”.

León o de La Rioja⁶. En otros supuestos lo centran en los bienes y derechos que integran la explotación ganadera y en el carácter empresarial de la actividad, como es el caso de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra o la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana⁷.

El concepto de explotación animal que mantiene la LSA plantea problemas de adaptación a la terminología utilizada en la legislación del suelo estatal⁸ y en las legislaciones urbanísticas autonómicas cuando se refieren a la clasificación del suelo no urbanizable en atención al “uso ganadero” de éste⁹. El uso pecuario constituye uno de los elementos clave en la clasificación de un terreno como suelo no urbanizable. Las legislaciones urbanísticas autonómicas establecen que ese uso ganadero puede ser no constructivo, como aquellos que sean precisos para la utilización y explotación ganadera y sean conformes con la naturaleza de los terrenos (v.g., pastoreo, aprovechamientos agropecuarios, ...), o constructivo vinculado a la ganadería (granjas, corrales domésticos, piscifactorías, etc.) En cualquier caso, este tipo de usos y las instalaciones destinadas a ellos quedan vinculadas en la correspondiente planificación urbanística al suelo no urbanizable.

Cabe preguntarse si toda instalación relacionada con los animales, en el concepto amplio que mantiene la LSA, debe quedar situada en el suelo no urbanizable. De la normativa urbanística parece deducirse que la clasificación del suelo como no urbanizable en virtud de su valor ganadero se ciñe a usos pecuarios propios de la ganadería intensiva o extensiva, y a las instalaciones propias para desarrollar este tipo de actividad pecuaria.

Así, entendemos que la ubicación de otras instalaciones que entran en el concepto amplio de explotación animal que maneja la LSA (mataderos, centros de espectáculos taurinos, hipódromos, etc.) no debe quedar vinculada al suelo no urbanizable¹⁰. Ello no impide que estas explotaciones deban quedar sometidas a las medidas de alejamiento de los núcleos de población, de otras instalaciones o vías, cuando puedan constituir fuente de contagio de epizootias o zoonosis, de conformidad con lo dispuesto en la LSA.

(6) Artículo 5 de la Ley 6/1994, de 19 de mayo, de Sanidad Animal de Castilla y León, artículo 2 del Decreto 266/1998, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Sanidad Animal y artículo 4.1 de la Ley 7/2002, de 18 de octubre, de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

(7) Artículo 4 de la Ley Foral 11/2000, de 16 de noviembre, de Sanidad Animal de la Comunidad Foral Navarra y artículo 11 de la Ley 6/2003, de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

(8) Artículos 12.2 y 13.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

(9) Este problema ha sido tratado por GONZÁLEZ RÍOS, I.: “Sanidad animal. Su vinculación con la ordenación territorial, urbanística y medioambiental”, RAP, núm. 166, 2005, págs. 329 y ss.

(10) El Tribunal Supremo ha manifestado que cuando se trate de instalaciones de ganado sometidas a las debidas medidas correctoras y, en consecuencia, no ostenten el calificativo de molestas, insalubres o nocivas, y siempre que el correspondiente planeamiento urbanístico lo permita, podrán situarse en el suelo clasificado como urbano, como, por ejemplo, una instalación hípica según Sentencia de 8 de mayo de 2001 (artículo 4395; Pte.: J.A. Xiol Ríos, FJ 10º).

III. MEDIDAS SANITARIAS DE LAS EXPLOTACIONES GANADERAS

El Título III de la LSA se refiere a la “Organización sanitaria sectorial” incluyendo en el mismo la regulación de la ordenación sanitaria de las explotaciones, del mercado, de las concentraciones de animales, de los mataderos y de las salas de tratamiento y obradores de caza.

Vamos a centrarnos en el análisis de la ordenación sanitaria de las explotaciones de animales que realiza la LSA, sin perjuicio de referirnos brevemente a los requisitos exigibles para la realización de concentraciones de animales, a los mataderos o las salas de tratamiento y obradores de caza. Las previsiones contenidas en la LSA se completarán con los reglamentos estatales básicos y con las previsiones de las legislaciones autonómicas en esta materia.

La LSA establece unas medidas sanitarias básicas exigibles a toda explotación de animales, que podemos clasificar en medidas formales de control y medidas materiales de carácter ambiental.

A) Medidas de control de carácter formal

Entre las medidas formales destacan la necesidad de que las explotaciones de nueva instalación o la ampliación de las existentes cuenten con una autorización previa de la Administración competente, estén registradas, cuenten con un libro de la explotación y tengan a los animales debidamente identificados. Además, el movimiento pecuario se sujeta a la necesidad de que las explotaciones de animales estén en posesión de una determinada documentación y realicen diversas comunicaciones.

Como medida de carácter formal podemos también considerar el otorgamiento de la calificación sanitaria de la explotación, a la que nos referiremos en este apartado.

Veamos cada una de esas medidas.

a) Exigencia de autorización administrativa para las explotaciones de animales de nueva instalación o para la ampliación de las existentes

Esta autorización debe ser otorgada por la autoridad competente (artículo 36.1 LSA). Con dicha autorización se controlará los requisitos sanitarios básicos que aquellas instalaciones deben respetar, entre los que destacan las distancias mínimas a núcleos de población, carreteras, etc.

Recientemente, la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, ha establecido que la autoridad competente para otorgar la citada autorización debe además verificar el cumplimiento de los requisitos exigibles en

materia de protección animal. Debiendo, en todo caso, las explotaciones en que los animales descansen en el curso de un viaje estar autorizadas y registradas por la autoridad competente en materia de protección animal¹¹.

A esta autorización por nueva instalación o ampliación hemos de unir la autorización que requerirán algunas de aquellas instalaciones por su carácter contaminante de la atmósfera. Así la construcción, montaje, explotación, traslado o modificación sustancial de las instalaciones en las que se desarrollen actividades tales como: mataderos con capacidad superior a 1000 t/año y talleres de descuartizamiento de animales con capacidad superior a 40000 t/año, establos para más de 100 cabezas de ganado bovino, instalaciones destinadas a la cría intensiva de aves de corral o de cerdos a partir de un determinado número de emplazamientos, etc., se sujetan a autorización otorgada por la correspondiente Comunidad Autónoma, con el objeto de controlar las emisiones de sustancias contaminantes de la atmósfera¹².

b) Tenencia del Libro de la Explotación

La LSA exige que cada explotación de animales cuente con un libro de explotación actualizado, en el que se registrarán los datos que disponga la normativa aplicable y del que será responsable el titular de la explotación (artículo 38.2 LSA).

Este libro de la explotación se identifica con la tradicionalmente denominada “Cartilla ganadera” a la que se refería el artículo 18 de la Ley de Epizootias y los artículos 194 a 199 del Reglamento de Epizootias de 1955. Como señala este Reglamento, la citada Cartilla ganadera se considera requisito indispensable para que al dueño del ganado se le pueda extender cualquier clase de documento relativo a la higiene pecuaria, circulación del ganado o compraventa.

Este libro de la explotación recibe distintas denominaciones según la Comunidad Autónoma¹³ y debe ser expedido por ella.

**LA CARTILLA GANADERA
ES INDISPENSABLE PARA
QUE AL PROPIETARIO
SE LE PUEDA EXTENDER
CUALQUIER CLASE
DE DOCUMENTO RELATIVO
A LA HIGIENE PECUARIA,
CIRCULACIÓN DE GANADO
O COMPRAVENTA**

(11) La Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, ha añadido un segundo párrafo al artículo 36.1 LSA con el tenor reseñado.

(12) De conformidad con la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (artículo 13 y Anexo IV).

(13) Así, la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León se refiere a la “Cartilla de Explotación Ganadera” (artículo 8), mientras que la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra y la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana aluden al “Libro de Explotación Ganadera” (artículos 6 y 29 a 31, respectivamente).

El libro de la explotación o “Cartilla ganadera” servirá a las Comunidades Autónomas para elaborar las informaciones de carácter estadístico, epidemiológico y estado sanitario¹⁴; y al Estado, para elaborar el Mapa Epizootológico Nacional¹⁵.

c) El Registro de las explotaciones animales

Todas las explotaciones de animales deben estar registradas en la Comunidad Autónoma donde radiquen y los datos básicos de estos registros serán incluidos en un registro nacional de carácter informativo¹⁶.

El Reglamento de 26 de marzo de 2004 crea el Registro General de Explotaciones Ganaderas (REGA)¹⁷, en el que se incluirán exclusivamente las explotaciones de animales de producción¹⁸. Corresponde a las CCAA la inscripción en sus correspondientes Registros de las explotaciones que se ubiquen en su territorio, debiendo comunicar los datos obrantes en ellos al REGA, adscrito a la Dirección General de Ganadería del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación¹⁹. Para garantizar la coordinación de los registros autonómicos y el REGA se establece la obligación de informatización de aquéllos de forma que su sistema de gestión permita que las altas, bajas o modificaciones que se realicen en éstos tengan reflejo inmediato en el REGA.

Para el registro de las explotaciones de animales resulta de gran trascendencia la asignación por la respectiva Comunidad Autónoma de un código de identificación a cada explotación, que la identifica de forma única. En dicho código, a través de la asignación de diversos dígitos²⁰ se identifica la provincia, el municipio y la explotación; su situación en España se identifica con “Es”²¹.

(14) Artículo 8.4 de la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León; artículo 6.5 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra.

(15) Artículo 59 LSA y artículos 199-203 del Reglamento de Epizootias de 4 de febrero de 1955.

(16) Artículo 38.1 LSA.

(17) Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo, por el que se establece y regula el Registro General de Explotaciones Ganaderas.

(18) El Anexo I del Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo, por el que se establece y regula el Registro General de Explotaciones Ganaderas, recoge las especies a que se aplica el citado Registro. Entre ellas: Bóvidos (vacunos, búfalos y bisontes), porcino, ovino, caprino, équidos, aves de corral, cunicultura, apicultura, especies peleteras (visón, zorro rojo, nutria, ...), especies cinegéticas de caza mayor, etc.

(19) Artículo 3 del Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo, por el que se establece y regula el Registro General de Explotaciones Ganaderas.

(20) Según codificación fijada por el Instituto Nacional de Estadística.

(21) Artículo 5 del Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo, por el que se establece y regula el Registro General de Explotaciones Ganaderas.

Con objeto de coordinar los sistemas de identificación del ganado y el registro de explotaciones de animales se crea el Comité nacional de coordinación en la materia, en el que estarán representadas las CCAA²².

La Comunidad Autónoma de Castilla y León, la Comunidad Foral de Navarra, la Comunidad Autónoma de La Rioja y la Comunidad Autónoma Valenciana han creado en sus respectivas leyes sobre sanidad animal el correspondiente Registro de explotaciones ganaderas, siendo la Ley de Ganadería de la Comunidad Autónoma Valenciana la que lo regula de forma más detallada.

La Ley de Sanidad Animal de Castilla y León vincula la inscripción en este registro a la necesidad de contar con la “Cartilla de explotación ganadera”, remitiendo al reglamento de desarrollo de dicha ley la regulación de su contenido y funcionamiento²³.

Algunas Comunidades Autónomas han establecido una importante medida para garantizar la sanidad animal, como es la de vincular el pago de ayudas autonómicas o comunitarias a la actividad ganadera a la preceptiva inclusión en el Registro de explotaciones ganaderas (v.g., Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra)²⁴.

Este tipo de medidas que favorecen el cumplimiento de la normativa sobre sanidad animal al vincular la obtención de una ayuda al cumplimiento de una obligación, la inscripción registral, puede dar lugar a la comisión de fraudes. Tal es el caso recogido en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007²⁵, que resuelve un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En esta sentencia se declaraba ajustada a derecho una resolución de la Administración autonómica por la que se daba de baja a tres explotaciones en el Registro de Explotaciones Ganaderas por cuanto había quedado acreditado que no existían cuatro explotaciones de ganado sino sólo “una explotación artificiosamente dividida en cuatro a los solos efectos de conseguir no una prima por ayuda ganadera, sino cuatro, con suculento negocio”. Además, no se admitió la pretensión de que la inscripción registral al vincularse al pago de ayudas constituye un acto declarativo de derechos que exija para su revocación de la realización del procedimiento de revisión de oficio o de declaración de lesividad. Así, se mantiene que la inscripción en el Registro de Explotaciones Ganaderas no constituye un acto favorable por cuanto no supone una ampliación en los derechos como titular de una explotación ganadera ni supone una ampliación de sus facultades, sin que el hecho de que el acceso a ayudas públicas se condicione a su inscripción suponga que dicha inscripción constituye un acto declarativo de derechos. Considera el Tribunal que el acto por el que

(22) Artículo 8 del Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo, por el que se establece y regula el Registro General de Explotaciones Ganaderas, modificado por el Real Decreto 728/2007, de 13 de junio, por el que se establece y regula el Registro general de movimiento de ganado y el Registro general de identificación individual de animales.

(23) Artículo 9 de la Ley 6/1994, de 27 de mayo, de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Los artículos 24 y 25 del Decreto 266/1998, de 17 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Sanidad Animal, regulan el Registro de explotaciones ganaderas y su funcionamiento.

(24) Artículo 7.2 de la Ley Foral 11/2000, de 16 de noviembre, de Sanidad Animal.

(25) STS de 30 de mayo de 2007 (Pte.: Celsa Pico Lorenzo, FFJJ 1º, 3º y 4º).

se da de baja en el Registro a tres de las explotaciones no es más que un acto restaurador de la legalidad. El Tribunal Supremo admite los fundamentos de la sentencia recurrida, negando la casación.

d) Identificación de los animales²⁶

La identificación animal tiene por objeto localizar la explotación o lugar de origen o de paso del animal en cualquier momento de su vida.

Los animales deben estar identificados de conformidad con lo previsto en la normativa comunitaria europea o con el sistema establecido reglamentariamente por el Gobierno, el cual será un sistema único y homogéneo para las diferentes especies animales. Dicha obligación de identificación corresponderá a los titulares de las explotaciones ganaderas a las que pertenezcan los animales o a los propietarios o responsables de los animales²⁷.

Por Reglamento de 13 de junio de 2007 se crea el Registro General de Identificación Individual de Animales (RIIA)²⁸. Este Registro adscrito a la Dirección General de Ganadería del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, se constituirá en una base de datos informatizada y deberá coordinarse con la información sobre identificación de animales que obre en los correspondientes registros autonómicos²⁹.

En el RIIA se deben incluir las siguientes especies de animales de producción: bovinos (vacunos, búfalos y bisontes), ovinos y caprinos, reflejándose unos datos básicos de identificación (especie, raza, sexo, explotación de nacimiento, vacunaciones, etc.) Con ello se vienen a unificar los registros previamente establecidos para la identificación de tres especies animales: los bovinos, ovinos y caprinos³⁰.

El RIIA pretende garantizar, junto con la creación del REGA, la realización de una trazabilidad completa de los animales destinados a la producción de alimentos, con lo que se constituye en un elemento clave en la seguridad alimentaria³¹.

(26) Artículo 39 LSA.

(27) Artículo 39.1.2.3 LSA.

(28) Real Decreto 728/2007, de 13 de junio, por el que se establece y regula el Registro general de movimiento de ganado y el Registro general de identificación individual de animales.

(29) Artículo 4 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio, por el que se establece y regula el Registro general de movimiento de ganado y el Registro general de identificación individual de animales.

(30) Real Decreto 1980/1998, de 18 de septiembre, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de la especie bovina, y Real Decreto 947/2005, de 29 de julio, por el que se establece un sistema de identificación y registro de animales de las especies ovina y caprina. Ambos Reglamentos han sido modificados por el Real Decreto 728/2007, de 13 de junio, por el que se establece y regula el Registro general de movimientos de ganado (REMO) y el Registro general de identificación individual de animales (RIIA).

(31) El Reglamento (CE) núm. 178/02 del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, establece en su artículo 18 el concepto de trazabilidad. Así, en todas las etapas de la producción, la transformación y la distribución deberán asegurarse la trazabilidad de los alimentos, los piensos, los animales destinados a la producción de alimentos y de cualquier otra sustancia destinada a ser incorporada

La identificación individual del animal se realizará por la respectiva Comunidad Autónoma de conformidad con la normativa comunitaria y, en su caso, con la estatal³². En este sentido, las especies bovinas, ovinas y caprinas cuentan con su regulación propia sobre identificación individual.

Por lo que respecta a los bovinos, todos los animales nacidos después del 1 de enero de 1998 serán identificados mediante una marca auricular colocada en cada oreja, que consistirá en dos crotales plásticos de color anaranjado. Estas marcas auriculares se colocarán dentro del plazo de 20 días a partir del nacimiento del animal salvo que la autoridad competente autorice a la explotación a ampliar a 6 meses el citado plazo³³.

La identificación de los animales de la especie ovina y caprina consiste en una marca auricular o crotal de plástico colocado en la oreja derecha del animal y en un identificador electrónico, consistente en un bolo ruminal³⁴. Este tipo de identificación se aplicará a los animales nacidos después del 9 de julio de 2005 y a los destinados a la exportación o intercambios intracomunitarios, salvo que se destinen a sacrificio antes de los 12 meses de edad dentro del territorio nacional. No obstante, la normativa comunitaria ha retrasado la fecha de entrada en vigor de la identificación electrónica en toda la Unión Europea hasta el 31 de diciembre de 2009, sin perjuicio de permitir que los Estados miembros hagan obligatorio el uso de la identificación electrónica con anterioridad a esa fecha para los animales nacidos en su territorio. Este retraso en la entrada en vigor de aquella identificación ha afectado a nivel interno a la anotación de los códigos de identificación individual en

**LA IDENTIFICACIÓN
INDIVIDUAL DEL ANIMAL
SE REALIZARÁ
POR LA RESPECTIVA
COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE CONFORMIDAD
CON LA NORMATIVA
COMUNITARIA Y,
EN SU CASO,
CON LA ESTATAL**

en un alimento o un pienso, o con probabilidad de serlo. Corresponde a los explotadores de empresas alimentarias la identificación de la persona que le haya suministrado un animal destinado a la producción de alimentos.

(32) En este sentido, artículo 7 de la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León; artículo 10 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral Navarra; artículos 39 y siguientes de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana. Los artículos 7 y siguientes de la Ley de Sanidad Animal de La Rioja que se refieren al SIRMA (Sistemas de Identificación y Registro de Movimiento de Animales).

(33) Artículos 5 y siguientes del Real Decreto 1980/1998, de 18 de septiembre, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de la especie bovina.

(34) El bolo ruminal debe ajustarse a las dimensiones de longitud, diámetro y peso que marca el Real Decreto 947/2005, de 29 de julio.

Sobre identificativos electrónicos, vid. NEHRING, R.; CAJA, G., Unidad de Producción Animal. Facultad de Veterinaria, Universidad Autónoma de Barcelona, "Identificación electrónica animal: Proyecto IDEA", artículo publicado en *Mundo Ganadero*, núm. 108, 1999. CAJA, G., HERNÁNDEZ-JOVER, J., GHRARDI, J., GARÍN, D. y MOCHET, J.H.: "Aplicación de la identificación electrónica a la trazabilidad del ganado y la carne", Producción Animal, Departamento de Ciencia Animal y de los Alimentos, Universidad Autónoma de Barcelona, Fundación Ibérica para la seguridad alimentaria. II Seminario Internacional FUNDISA (2 y 3 de octubre de 2002).

los libros de registro de la explotación y en los documentos de traslado de los animales, que deberá realizarse a partir de la citada fecha³⁵.

e) Documentación y comunicaciones necesarias para el movimiento de animales

La LSA se refiere al movimiento pecuario fuera del territorio nacional en el Título II, Capítulo II dedicado a “los intercambios con terceros países”, y a la ordenación sanitaria de los movimientos de animales dentro del territorio nacional, en el Título III, Capítulo IV.

Las condiciones sanitarias del movimiento de animales van referidas no sólo al control del movimiento sino a las condiciones en que se realiza el transporte de los animales.

Por lo que respecta al movimiento pecuario dentro del territorio nacional podemos destacar la exigencia del certificado sanitario de origen expedido por veterinario oficial o autorizado al efecto por la respectiva Comunidad Autónoma, salvo que se trate de animales domésticos³⁶. También se exige un certificado sanitario oficial para la trashumancia del ganado³⁷.

El Tribunal Supremo ha fijado doctrina legal sobre el objeto y finalidad de dichos certificados, tradicionalmente denominados “Guía de origen y sanidad pecuaria”, estableciendo que éstos acreditan exclusivamente que los animales proceden de una zona no infectada y que no padecen enfermedad infecto-contagiosa o parasitaria difusible y, en consecuencia, su otorgamiento no impide que la Administración competente realice controles o

(35) El Reglamento CE núm. 21/04 del Consejo, de 17 de diciembre de 2003, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina establece que cada Estado debe establecer un sistema de identificación y registro de los animales de dicha especie.

Por otro lado, establece que la identificación electrónica pasará a ser obligatoria para todos los animales a partir del 1 de enero de 2008.

Con posterioridad y teniendo en cuenta el potencial impacto económico que supone la implantación del dispositivo de Identificación Electrónica, el Reglamento CE núm. 1569/07 del Consejo, de 17 de diciembre, ha aplazado la entrada en vigor de dicho sistema de identificación hasta el 31 de diciembre de 2009, sin perjuicio de que antes de esta fecha los Estados miembros puedan hacer obligatorio el uso de la identificación electrónica para los animales nacidos en su territorio.

En cumplimiento de esta normativa comunitaria el Estado español aprueba el Real Decreto 947/2005, de 29 de julio, que establece el sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina. No obstante, la Orden APA/38/2008 modifica determinadas fechas del citado Reglamento para adaptarse al Reglamento Comunitario de 2007. Así, la anotación de los códigos de identificación individual en los libros de Registro de la explotación y en los documentos de traslado de los animales no será obligatoria hasta el 31 de diciembre de 2009.

Del hecho de que la entrada en vigor de la identificación electrónica se realice por un Reglamento comunitario, norma directamente aplicable a España, y que la Orden de 2008 prevea la modificación del Real Decreto 947/2005, para adaptarse a la nueva fecha de entrada en vigor de la identificación electrónica en “toda la Unión Europea”, hemos de deducir que España no acoge la posibilidad prevista en el Reglamento Comunitario de 2007 de que los Estados miembros impongan como obligatorio el uso de la identificación electrónica antes del 31 de diciembre de 2009.

(36) Artículo 50.1 LSA.

(37) Artículo 52 LSA.

servicios veterinarios en los mataderos destinados a la detección de posibles sustancias perjudiciales para la salud humana en los animales sacrificados³⁸.

Estos certificados sanitarios de origen podrán servir de documento de movimiento siempre que contengan unos datos mínimos establecidos en el Reglamento que regula el Registro general de movimiento de ganado, tales como los datos de la explotación de origen, los de la explotación de destino, los relativos al movimiento de animales o la conformidad del titular de la explotación origen³⁹.

Si dichos certificados sanitarios no reúnen esos datos se deberá disponer del documento de movimiento de ganado debidamente cumplimentado por el titular o poseedor de los animales o por la autoridad competente⁴⁰.

Los movimientos de animales dentro de una misma Comunidad Autónoma podrán ser excepcionados del documento de movimiento, siempre que pueda ser sustituido por un sistema que presente las mismas garantías⁴¹.

Cuando el movimiento de animales se realice entre CCAA, la Comunidad Autónoma de origen deberá comunicarlo a la de destino, y cuando se transporten animales o productos considerados de riesgo se deberá comunicar también a las CCAA de tránsito⁴². Dicho movimiento de animales intercomunitario se comunicará mediante el registro del movimiento por parte de la Comunidad Autónoma de origen y su traslado a la CCAA de destino a través del REMO⁴³.

Los susodichos movimientos deben quedar registrados en el Registro general de movimientos del ganado (REMO) creado en 2007⁴⁴, adscrito a la Dirección General de Ganadería del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. En el mismo figurarán los datos obrantes en los registros de las CCAA, que deben estar informatizados y permitir que los movimientos de animales en ellos registrados tenga reflejo inmediato en el REMO⁴⁵.

(38) STS de 30 de octubre de 2001 (Pte.: Antonio Martí García). En esta sentencia el Tribunal Supremo casa una sentencia que estimó un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una sanción impuesta a un ganadero tras detectar en el matadero que a unos terneros se les había suministrado "Clembuterol". En la sentencia de instancia se estimaba que el otorgamiento de la "Guía de origen y sanidad pecuaria" habilitaba para el traslado de los animales y certificaba que las reses eran aptas para el consumo.

(39) Artículo 6.2 y Anexo VII del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio, por el que se establece y regula el Registro general de movimientos de ganado y el Registro general de identificación individual de animales.

(40) Artículo 6.1 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

(41) Artículo 6.4 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

(42) Artículo 51.1.3 LSA.

(43) Artículo 9 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

(44) Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

(45) Artículo 3 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

f) La calificación sanitaria de las explotaciones

Los criterios y requisitos para la calificación sanitaria de las explotaciones, y para su pérdida o suspensión, los fijará el Gobierno, consultadas las Comunidades Autónomas (artículo 44 LSA).

Los requisitos para obtener la calificación sanitaria se vienen estableciendo por el Gobierno en función de las distintas especies animales en normativa de carácter básico. Así, se ha regulado la calificación sanitaria de las ganaderías de reses de lidia, de las explotaciones cunícolas, del rebaño bovino respecto de diversas epizootias, de las explotaciones porcinas, etc.⁴⁶.

En lo no previsto para especies animales concretas hemos de estar a lo dispuesto en el Reglamento de Epizootias⁴⁷, que alude al título oficial de “Ganadería de sanidad comprobada”, que se concederá a las explotaciones ganaderas previa comprobación sanitaria, que actualmente deben realizar las CCAA. Dicho título se otorga para cada una de las especies (bovinas, equinas, caprinas, ovinas y avícolas), siempre que en la explotación se rebase un número determinado de cabezas. Elemental en el otorgamiento de dicho título resulta que el sistema de explotación, alimentación, albergue y alojamientos de los animales reúnan las máximas condiciones higiénicas, así como que la explotación esté atendida por un veterinario y sometida a comprobaciones sanitarias periódicas.

El otorgamiento del susodicho título se supedita además a la comprobación sanitaria oficial que se debe realizar periódicamente, mediante la realización de pruebas diagnósticas obligatorias de posibles enfermedades que aquejan a cada especie⁴⁸.

Las legislaciones de Sanidad Animal de Castilla y León, de La Rioja y de la Comunidad Foral de Navarra y la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana también regulan la posibilidad de concesión de títulos sanitarios a las explotaciones ganaderas, que otorgará el correspondiente órgano autonómico. No obstante, algunas de ellas supeditan la declaración de explotación ganadera “calificada sanitariamente” al desarrollo y aplicación de los programas de erradicación y control de enfermedades, obligatorios o no, con lo que de hecho se está limitando la posibilidad de concesión de este tipo de títulos⁴⁹, pero se garantiza un mejor control para su otorgamiento.

(46) Real Decreto 1939/2004, de 27 de septiembre, que regula la calificación sanitaria de las ganaderías de reses de lidia y el movimiento de los animales de esta especie (artículo 5); Real Decreto 1547/2004, de 25 de junio, sobre normas de ordenación de las explotaciones cunícolas (Anexo II); Real Decreto 1716/2000, de 13 de octubre, sobre normas sanitarias para el intercambio intracomunitario de animales de la especie bovina y porcina, que establece en su Anexo I las condiciones sanitarias exigibles para la calificación sanitaria de indemne a determinadas enfermedades de la especie bovina; Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo (artículo 4), sobre normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas, modificado por el Real Decreto 3483/2000, de 29 de diciembre.

(47) Artículos 17 a 31 del Reglamento de Epizootias de 1955.

(48) Artículos 20 a 27 del Reglamento de Epizootias de 1955.

(49) Artículo 46 de la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León; artículo 37 de la Ley de Sanidad Animal de Comunidad Foral de Navarra; artículo 39 de la Ley de Sanidad Animal de La Rioja, y artículo 116 de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

La dispersión normativa en esta materia exige de una regulación integrada por el Gobierno, de carácter básico, de los requisitos exigibles para obtener las correspondientes calificaciones sanitarias de las explotaciones. Dicha regulación podría realizarse estableciendo unos requisitos que pueden ser comunes a todas las especies animales, para después establecer los requisitos específicos para obtener las correspondientes calificaciones sanitarias.

B) Medidas materiales de carácter ambiental

La LSA prevé en su Exposición de Motivos la “necesidad de disponer de explotaciones ganaderas cuya actividad sea respetuosa con el medio ambiente y el entorno natural, en especial desde el punto de vista de la correcta gestión de los residuos”.

Para conseguir explotaciones ganaderas respetuosas con el medio ambiente se arbitran una serie de medidas sanitarias relativas a las condiciones que deben reunir las instalaciones de animales, la eliminación de los residuos y cadáveres, su ubicación, la forma y productos utilizados en las desinfecciones, desparasitaciones y técnicas similares.

**PARA CONSEGUIR
EXPLOTACIONES
GANADERAS RESPETUOSAS
CON EL MEDIO AMBIENTE
SE ARBITRAN UNA SERIE
DE MEDIDAS SANITARIAS**

a) Ubicación de la explotación⁵⁰

Las explotaciones de animales de nueva instalación, o la ampliación de las existentes, deberán cumplir con las distancias mínimas que se establezcan respecto a poblaciones, carreteras, caminos y otras explotaciones o instalaciones que puedan representar una posible fuente o medio de contagio de enfermedades (artículo 36.1 LSA)⁵¹.

(50) Un análisis sobre la articulación entre la normativa urbanística y de sanidad animal respecto a la ubicación de las explotaciones de animales puede verse en GONZÁLEZ RÍOS, I.: “Sanidad animal. Su vinculación con la ordenación...”, págs. 334 y ss.

(51) La STS de 8 de mayo de 2001 (Pte.: J.A. Xiol Ríos, FJ 3º) pone de manifiesto el importante papel que juega la planificación urbanística en una adecuada ubicación de las explotaciones de ganado. En la STS de 20 de diciembre de 1988 (Pte.: J. Mª. Reyes Moterreal), el Tribunal Supremo admite los fundamentos de la sentencia recurrida que establecen que si bien a explotaciones ganaderas de tipo familiar puede no exigírsele el cumplimiento de unas distancias mínimas a viviendas impuestas por la normativa aplicable, lo cierto es que un establo de 15 vacas y una fosa de purines situados a menos de 20 metros de la vivienda de la recurrente e inmediata a la de otro vecino constituye una actividad molesta que “supera a lo que razonablemente puede imponerse a las personas aunque sea en un ambiente agrícola y ganadero”. En consecuencia, se considera ajustada a derecho la declaración de nulidad del acto administrativo por el que se concedía licencia para la citada actividad.

Por su parte, la STS de 2 de octubre de 2000 (Pte.: J. Manuel Sanz Bayón) admite los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en casación que admitió la legalidad de un acuerdo municipal que decidió no admitir a trámite una solicitud para instalar una explotación porcina en suelo urbano, con uso para almacenes y servicios, según el planeamiento urbanístico.

¿Qué normativa debe establecer esas distancias mínimas? Podemos convenir que por la especialidad de la materia debe ser la normativa sobre sanidad animal la que las establezca.

Ahora bien, esas determinaciones pueden considerarse básicas y, en consecuencia, reservada su regulación al Estado en el futuro reglamento de desarrollo de la LSA o, por el contrario, podemos considerar que entra de lleno en la competencia autonómica sobre ganadería, reforzada por la competencia en materia de planificación urbanística.

Consideramos que los diversos títulos competenciales que habilitan al Estado para incidir en materia de sanidad animal pueden a lo sumo permitir que éste establezca unos criterios básicos o principios generales en base a los cuales las CCAA puedan en su normativa sobre sanidad animal establecer las concretas distancias mínimas exigidas según la especie animal, densidad ganadera de la zona, etc. Así, la determinación concreta de esas distancias mínimas debe quedar en manos de la normativa autonómica sobre sanidad animal.

En este sentido, la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León remite a su reglamento de desarrollo el establecimiento de las distancias que deben guardar las explotaciones ganaderas respecto de otras explotaciones, concentraciones de animales y actividades agroindustriales para evitar la difusión de enfermedades⁵². En el mismo sentido se pronuncian las legislaciones de sanidad animal de la Comunidad Foral de Navarra y de La Rioja⁵³. Pormenorizando más la regulación, la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana contiene una detallada regulación de las distancias mínimas que deben guardar las explotaciones ganaderas respecto de núcleos de población, las cuales varían en función del número de habitantes de dichos núcleos, y respecto de otras instalaciones relacionadas con los animales⁵⁴.

La determinación autonómica de esas distancias mínimas permite adaptarlas a las peculiaridades propias de cada autonomía, de su geografía, del tipo de explotaciones ubicadas en ella, de su densidad ganadera, del tipo de núcleos de población existentes, etc.

Sin embargo, el Estado, apoyándose en títulos competenciales como “bases y coordinación general de la actividad económica”, “bases y coordinación de la sanidad”, “legislación básica sobre protección del medio ambiente”, etc. (artículo 149.1.13, 16 y 23 CE) ha aprobado normativa básica pormenorizada sobre las distancias que deben guardar las **explotaciones porcinas** respecto de otras explotaciones, otras instalaciones que pudie-

(52) Artículo 30 de la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León. El artículo 11.3.a) del Decreto 266/1998, de 17 de diciembre, Reglamento de Sanidad Animal, establece que las explotaciones de tratantes, explotaciones destinadas a la transacción comercial de animales, deben estar perfectamente diferenciadas y físicamente separadas, guardando las distancias adecuadas, de cualquier otro tipo de explotación ganadera, garantizándose el aislamiento de las poblaciones de animales que alberguen.

(53) Artículo 28 de Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 29 de la Ley de Sanidad Animal de La Rioja.

(54) Artículos 52 y siguientes de la Ley de Ganadería de la Comunidad Autónoma Valenciana.

ran ser fuente de contagio de enfermedades, núcleos de población o vías de comunicación⁵⁵.

El establecimiento de distancias mínimas por el Estado con carácter de normativa básica, presenta la ventaja de que el ejercicio de la libertad de empresa en cuanto a la ubicación de este tipo de explotaciones será uniforme en todo el territorio nacional. Plantea, no obstante, el problema de que sólo está previsto para un determinado tipo de explotación, la porcina⁵⁶ y, además, no deja margen para el desarrollo legislativo de la materia por parte de las CCAA. No se establece en la LSA ninguna medida de articulación de las competencias estatales en la materia con el ejercicio por las CCAA de competencias en materia de ordenación territorial y urbanística, estando ambas materias íntimamente relacionadas.

b) Condiciones sanitarias de las explotaciones

El establecimiento de las condiciones sanitarias básicas que deben cumplir las explotaciones de animales resulta elemento esencial para garantizar la sanidad animal y la salud pública frente a posibles zoonosis, es decir, enfermedades animales transmisibles al hombre.

La LSA recoge algunas condiciones sanitarias básicas que deben cumplir las explotaciones de animales. Así:

- Las explotaciones intensivas y los alojamientos en las extensivas deberán estar aislados, de tal forma que se limite y regule sanitariamente el libre acceso de personas, animales y vehículos (artículo 36.2 LSA).
- En el otorgamiento de autorizaciones de explotaciones de nueva planta o ampliación de las existentes, se dará preferencia a las explotaciones o sistemas productivos que, por sus características, medios o infraestructura, permitan garantizar debidamente las condiciones sanitarias del ganado o evitar la posible difusión de enfermedades, prestando especial atención a la alta densidad ganadera (artículo 36.3 LSA).
- La reposición de animales en las explotaciones deberá ser efectuada siempre con animales de igual o superior calificación sanitaria (artículo 36.4 LSA).

No obstante, el artículo 36.2 de la LSA remite la regulación de las condiciones básicas que deben cumplir las explotaciones animales a lo que establezca la normativa vigente.

(55) Artículo 5.Dos.A) del Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, de Ordenación de las Explotaciones Porcinas, modificado por el Real Decreto 3483/2000, de 29 de diciembre. La Sentencia de 2 de abril de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Pte.: Eusebio Revilla Revilla, FJ 8º) mantiene la aplicación del citado Reglamento y no del RAMIP tanto por su especialidad como por ser posterior en el tiempo. Resulta curioso que no se aluda a su carácter básico para mantener su aplicación preferente respecto al RAMIP, Reglamento este recientemente derogado por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

(56) Ello obedece a que las enfermedades que afectan a esta especie tienen gran raigambre en nuestro territorio (v.g., Peste porcina clásica y fiebre aftosa).

Normativa esta, comunitaria y nacional, muy amplia, que se centra en la *ordenación sanitaria* y en el *bienestar animal*⁵⁷.

La ordenación sanitaria se regula en diversos reglamentos estatales de carácter básico que establecen las condiciones sanitarias de concretas explotaciones animales (v.g., Ordenación de la avicultura de carne, de las explotaciones cunícolas, de las explotaciones porcinas o de las explotaciones apícolas⁵⁸).

Así, por citar algunos ejemplos, el Reglamento que establece las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas⁵⁹, aplicable a las explotaciones intensivas, recoge como condiciones que deben cumplir dichas explotaciones las referidas al equipamiento y manejo (programa de destrucción de cadáveres, carga y descarga de los cerdos con suficientes garantías sanitarias y de bienestar animal), al bienestar animal y protección agroambiental (requisitos sobre espacios mínimos), a la gestión de los estiércoles, a su ubicación, densidad ganadera, a las infraestructuras del terreno y sanitarias exigibles, etc.

Por su parte, el Reglamento que regula la ordenación de las explotaciones avícolas para la producción de carne establece las condiciones mínimas que deben reunir dichas explotaciones en lo que respecta a las construcciones e instalaciones, sus condiciones higiénico-sanitarias y de ubicación⁶⁰.

Ahora bien, respecto a las explotaciones que no cuenten con ordenación sanitaria específica hemos de estar a la normativa autonómica y a lo previsto en el Reglamento de Epizootias de 1955 en tanto no contradiga lo dispuesto en la LSA.

Así, algunas legislaciones autonómicas de sanidad animal prevén la posible retirada de la autorización para el ejercicio de la actividad cuando se compruebe que existen deficientes condiciones de sanidad e higiene en las explotaciones ganaderas⁶¹. De forma más novedosa, la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana regula los “programas sanitarios de las explotaciones”, que se elaborarán y aplicarán bajo la supervisión de un veterinario en toda explotación ganadera. En dichos programas se incluirán aquellas medidas ten-

(57) En este sentido, la Sentencia de 19 de enero de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Pte.: Javier Eugenio López Candela) considera ajustada a derecho la imposición de una sanción a un ganadero por comisión de una infracción muy grave relativa al incumplimiento de las condiciones mínimas de naturaleza higiénico-sanitarias de la explotación, tales como la potabilidad del agua que abastece a la explotación, no desinfección de las instalaciones tras el sacrificio de animales, alimentación de los animales con residuos y desperdicios de alimentación humana, etc.

(58) Real Decreto 1084/2005, de 16 de septiembre, de Ordenación de la avicultura de carne; Real Decreto 1547/2004, de 25 de junio, que establece las normas de Ordenación de las explotaciones cunícolas; Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, de Normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas, modificado recientemente por el Real Decreto 1186/2006, de 13 de octubre, de bases del Plan de vigilancia sanitaria serológica del ganado porcino; Real Decreto 1132/1981, de 24 de abril, de Ordenación sanitaria y zootécnica de las explotaciones porcinas extensivas; Real Decreto 209/2002, de 22 de febrero, que establece las normas de ordenación de las explotaciones apícolas.

(59) Artículo 5 del Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas.

(60) Artículo 4 del Real Decreto 1084/2005, de 16 de septiembre, de Ordenación de la avicultura de carne.

(61) Artículo 6.2 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad de Castilla y León.

dentes a mejorar el nivel sanitario de la explotación (v.g., desinfección, desinsectación, desratización; mejora de las condiciones higiénicas; planes de prevención y lucha frente a epizootias, etc.)⁶².

Por su parte, el Reglamento de Epizootias contiene una detallada regulación de las condiciones que deben reunir los alojamientos de animales (artículos 11 y siguientes). Así, los animales deben contar con albergues adecuados, exigencia que se extiende a las explotaciones extensivas. Los locales de estabulación del ganado deben contar con la debida cabida, ventilación e iluminación adecuada, puertas con anchura suficiente, cama en cantidad y calidad donde no existan factores insalubres o molestos, el agua destinada al consumo pecuario debe reunir las debidas condiciones de potabilidad, etc.

En lo referente a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas⁶³, ésta pretende garantizar el bienestar de los animales de cría, así como evitar distorsiones en el desarrollo de la producción y propiciar el buen funcionamiento de la organización del mercado de animales. No cabe duda de que el cuidado de los animales repercute en una mejora de su situación sanitaria, de su rendimiento productivo y, de forma indirecta, de los productos destinados al consumo humano. Con lo cual sanidad animal, bienestar o cuidado de los animales y seguridad alimentaria son tres conceptos íntimamente relacionados.

Esta materia ha sido objeto de regulación por la Unión Europea desde hace décadas. Así, podemos citar el Convenio Europeo de protección de los animales en las explotaciones ganaderas, de 10 de marzo de 1976, aplicable especialmente al cuidado y alojamiento de los animales en las explotaciones intensivas⁶⁴. Posteriormente, la Comunidad Europea aprueba en la misma materia la Directiva 98/58/CE de la Comisión, de 20 de julio, traspuesta al ordenamiento jurídico interno mediante Reglamento estatal básico de 10 de marzo de 2000⁶⁵.

**EL CUIDADO
DE LOS ANIMALES
REPERCUTE
EN UNA MEJORA
DE SU SITUACIÓN
SANITARIA,
DE SU RENDIMIENTO
PRODUCTIVO Y,
DE FORMA INDIRECTA,
DE LOS PRODUCTOS
DESTINADOS AL CONSUMO
HUMANO**

(62) Artículos 81 y siguientes de la Ley de Ganadería de la Comunidad Autónoma Valenciana.

(63) La regulación de la protección de los animales ha sido objeto de tratamiento por MUÑOZ MACHADO, S.: *Los animales y el Derecho*, Civitas, 1999, págs. 79 y siguientes.

(64) Dicho Convenio ha sido ratificado por todos los Estado miembros. España lo ratifica mediante Instrumento de 21 de abril de 1988, entrando en vigor el 6 de noviembre de 1988.

(65) Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, modificado por el Real Decreto 441/2001, de 27 de abril.

Dicho Reglamento se declara aplicable a todo animal, incluidos peces, reptiles y anfibios, siempre que sean criados o mantenidos para la producción de alimentos, lana, cuero, pieles o para otros fines agrícolas. Éste contiene una pormenorizada regulación de las condiciones que las explotaciones de animales deben reunir para garantizar el bienestar animal (materiales para la construcción de los establos; ventilación y temperatura adecuadas; libertad de movimientos, etc.)

En la misma línea, se han aprobado varios reglamentos, que trasponen la normativa comunitaria, sobre protección de determinadas especies animales (cerdos, gallinas ponedoras o terneros⁶⁶) y profundizan en las condiciones de habitabilidad y alimentación que deben respetar.

En esta normativa sobre bienestar animal se recogen importantes previsiones sobre las condiciones que deben reunir las explotaciones animales orientadas a su protección.

Más recientemente, la *Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio*, respetando la abundante normativa comunitaria en la materia, establece un conjunto de principios sobre el cuidado de los animales en la explotación, transporte, experimentación y sacrificio, así como las bases del régimen sancionador en la materia.

Por lo que se refiere a las condiciones que deben reunir las explotaciones para garantizar el bienestar animal, la ley establece que las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para asegurar que los animales en las explotaciones no padezcan dolores, sufrimientos o daños inútiles. Para ello, se tendrán en cuenta su especie y grado de desarrollo, adaptación y domesticación, así como sus necesidades fisiológicas y etológicas de acuerdo con la experiencia adquirida, los conocimientos científicos y la normativa comunitaria y nacional de aplicación en cada caso⁶⁷.

Se remite la ley a la normativa comunitaria y nacional sobre bienestar o protección de los animales de producción⁶⁸, esto es, aquellos destinados a la reproducción, cebo o sacrificio. Normativa íntimamente relacionada con la sanidad animal y en la que, como hemos

(66) La normativa sobre bienestar animal contempla las condiciones sanitarias que deben reunir las explotaciones de determinadas especies animales. Así, por ejemplo, el Real Decreto 1047/1994, de 20 de mayo, relativo a las normas mínimas para la protección de terneros; el Real Decreto 1135/2002, de 31 de octubre, relativo a las normas mínimas para la protección de cerdos; el Real Decreto 3/2002, de 11 de enero, por el que se establecen las normas mínimas de protección de las gallinas ponedoras o el Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 98/58/CE, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas.

(67) Artículo 4 de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

(68) El Reglamento de 16 de junio de 2006 (Real Decreto 751/2006, de 16 de junio, sobre autorización y registro de transportistas y medios de transporte de los animales y por el que se crea el Comité español de bienestar y protección de los animales de producción) crea el Comité español de bienestar y protección de los animales de producción como órgano de coordinación entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, adscrito al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Entre sus funciones destaca la de efectuar tareas de estudio y asesoramiento para la elaboración de la normativa nacional en materia de bienestar animal.

expuesto, se recogen importantes obligaciones para las explotaciones ganaderas de producción y para sus titulares que tienden a garantizar el bienestar animal.

En esta materia, como en otras relacionadas con la sanidad animal, se hace necesaria una refundición normativa, que permita contar con un solo reglamento estatal básico en materia de protección de animales, donde se establezcan unos principios comunes sobre la materia y se recojan las especialidades propias de las especies animales que así lo requieran. Ello facilitaría el manejo de la normativa, máxime cuando los reglamentos actualmente vigentes no son muy extensos.

c) Eliminación de residuos

La LSA establece que cualquier actividad de explotación animal estará supeditada a la eliminación higiénica de efluentes, subproductos de explotación, residuos de especial tratamiento y cadáveres, de acuerdo con las normas de sanidad animal, salud pública y protección del medio ambiente (artículo 37 LSA).

Cuando se trate de *animales sacrificados obligatoriamente* como medida de lucha contra enfermedades animales, la destrucción y traslado de los cadáveres se regulará reglamentariamente (artículo 20.3 LSA).

El Reglamento de Epizootias de 1955 contiene una amplia regulación en la materia⁶⁹, recogiendo los métodos para la destrucción de cadáveres, para su traslado al lugar de destrucción o aprovechamiento industrial, la prohibición absoluta de abandonar animales muertos o moribundos en estercoleros, ríos, pozos, carreteras, etc.

La importante producción normativa en esta materia hace que las previsiones de tal Reglamento sólo puedan aplicarse supletoriamente en lo no previsto en la normativa comunitaria y en las correspondientes normas internas de aplicación.

En este sentido, el Reglamento (CE) núm. 1774/02 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 2002⁷⁰, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano, modificó profundamente el régimen normativo aplicable al transporte, tratamiento, destrucción o utilización de dichos subproductos. Este Reglamento clasifica los subproductos de origen animal no destinados al consumo humano (SANDACH) en tres categorías según su riesgo⁷¹, estableciendo la forma de transformación y las condiciones de utilización o eliminación⁷².

(69) Artículos 157-168 del Reglamento de Epizootias de 1955.

(70) Este Reglamento ha sido objeto de modificación en virtud de posteriores Reglamentos comunitarios en 2004, 2005 y 2006.

(71) Los subproductos de Categoría 1 están considerados como los de mayor riesgo y deben ser destruidos mediante incineración. Los SANDACH de Categoría 2 incluyen, entre otros, los cadáveres de animales no rumiantes de tubo digestivo, y que previo tratamiento pueden ser destinados a usos no alimentarios. Los subproductos de la Categoría 3 son aquellos que presentan menor riesgo y pueden ser utilizados como materia prima en la alimentación animal, entre otros usos.

(72) Los Reglamentos de ordenación de las condiciones sanitarias de determinadas explotaciones de animales se remiten al citado Reglamento en cuanto a la eliminación de cadáveres u otros subproductos de la explotación. Así, por ejemplo,

A pesar de la aplicabilidad directa del citado Reglamento comunitario el Estado español ha dictado el *Reglamento de 21 de noviembre de 2003*⁷³ en desarrollo y aplicación del citado Reglamento.

Más recientemente, el 5 de octubre de 2007, el Consejo de Ministros aprobó el *Plan Nacional Integral de Subproductos animales no destinados al Consumo Humano* (SANDACH.) La aprobación del Plan obedece al cambio en la forma de gestión de dichos subproductos y la dificultad de aplicación del Reglamento Comunitario al estar implicadas diferentes Administraciones públicas y marcos legales referidos a diversas materias como la salud pública, la sanidad animal, la seguridad alimentaria, la alimentación animal o el medio ambiente. El Plan ha sido elaborado en el seno de la Comisión Nacional de Subproductos de Origen Animal no Destinados al Consumo Humano, constituida en 2005 e integrada por representantes de todas las Administraciones públicas.

Estas normas hemos de complementarlas con el *Reglamento de 24 de noviembre de 2000*, que regula la destrucción de los llamados materiales de riesgo en relación con la EET⁷⁴. El surgimiento de un gran número de casos de Encefalopatía Espongiforme Transmisible⁷⁵ hizo necesario prevenir los riesgos que para la salud humana y para la sanidad animal suponía el material especificado de riesgo (MER) en relación con dicha enfermedad. En dicho Reglamento se recogen las obligaciones de los responsables de explotaciones ganaderas, mataderos, salas de despiece que generen MER e industrias que los transformen. Entre ellas figuran el asegurar la destrucción de dichos materiales, llevar un Registro sobre los MER que indique la fecha de salida y su destino y garantizar su transporte a una incineradora o industria transformadora autorizada. El control del cumplimiento de lo dispuesto en el citado Reglamento corresponde a las CCAA.

Precisamente el tratamiento y destrucción de cadáveres de animales en números masivos debido al problema de la Encefalopatía Espongiforme Transmisible ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con instalaciones autorizadas para la destrucción de éstos.

d) Las medidas de desinfección, desparasitación, desratización o técnicas similares

La LSA se refiere a este tipo de medidas considerándolas como medidas de prevención, lucha o erradicación de enfermedades animales, así como medidas específicas a aplicar

el artículo 4.b).5 del Real Decreto 1084/2005, de 16 de septiembre, de ordenación de la avicultura de carne; el artículo 4.1.h) del Real Decreto 1547/2004, de 25 de junio, que establece las normas de ordenación de las explotaciones cunícolas.

(73) Real Decreto 1429/2003, de 21 de noviembre, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en materia de subproductos de origen animal no destinados al consumo humano.

(74) Real Decreto 1911/2000, de 24 de noviembre, modificado por el Real Decreto 221/2001, de 2 de marzo, por el Real Decreto 1098/2002, de 25 de octubre y por el Real Decreto 100/2003, de 24 de enero; en parte derogado por el Real Decreto 1429/2003, de 21 de noviembre.

(75) CALLEJO, J.: "La crisis de la Encefalopatía Espongiforme: Huecos en el modelo social de consumo", en *Revista de Estudios de Consumo*, núm. 58, 2001, págs. 48 y ss. CARTAGENA PASTOR, F.: "Protección alimentaria del consumidor", en *Revista de Estudios sobre Consumo*, núm. 58, 2001, págs. 79 y ss.

en los lugares de concentración de animales o respecto de los vehículos utilizados para su transporte⁷⁶.

Este tipo de acciones sanitarias pecuarias se encuentran ampliamente desarrolladas en el Reglamento de Epizootias, y a éstas se refieren también las legislaciones de sanidad animal autonómicas⁷⁷. No hemos de olvidar que algunos de los reglamentos estatales básicos sobre ordenación de determinadas explotaciones de animales (cunícolas, avicultura, etc.) prevén la necesidad de que dichas explotaciones cuenten con un programa sanitario en el que se describirán las medidas de bioseguridad y de limpieza, desinfección, desinsectación, desratización de las instalaciones y utillaje. Dicho programa sanitario debe ser aprobado por la autoridad competente y su aplicación debe ser supervisada por el veterinario autorizado.

Entre este tipo de medidas podemos destacar como novedad de la LSA la previsión de realizar un rastreo antes de repoblar una explotación afectada por una enfermedad de declaración obligatoria. El rastreo consiste en la introducción de animales de la especie susceptibles de padecer una enfermedad epizootica en todos los alojamientos de una explotación, o en una zona ya saneada, en donde permanecieron los animales afectados por dicha enfermedad, con el objeto de evidenciar la no persistencia del agente causal⁷⁸.

e) Medidas sanitarias exigibles a los centros de concentración de animales, mataderos y salas de tratamiento y obradores de caza

El concepto amplio de explotación animal que contiene la LSA la lleva al establecimiento de una serie de condiciones sani-

**PODEMOS DESTACAR
COMO NOVEDAD
DE LA LSA LA PREVISIÓN
DE REALIZAR UN RASTREO
ANTES DE REPOBLAR
UNA EXPLOTACIÓN
AFECTADA POR
UNA ENFERMEDAD
DE DECLARACIÓN
OBLIGATORIA**

(76) Así, la desinfección y desinsectación son medidas de prevención a adoptar para evitar la introducción o extensión en el territorio nacional de enfermedades animales de declaración obligatoria [artículo 8.1.j) LSA]; cuando las medidas de desinfección, desratización o similares se adopten para erradicar epizootias ya confirmadas su intensidad dependerá de que deban aplicarse a zonas de protección, vigilancia o de seguridad establecidas (artículo 17.2 LSA); en cualquier caso, una vez efectuado el sacrificio y la eliminación higiénica de los cadáveres, alimentos o cualquier otro material de riesgo, el propietario deberá someter las instalaciones a un proceso de desinfección, limpieza, etc. (artículo 22.1 LSA). A la desinfección de los vehículos utilizados para el transporte de animales se refiere el artículo 49 LSA, y a la desinfección de los lugares destinados a certámenes de ganado aluden los artículos 54.1 y 56.2 LSA.

(77) Artículos 169 a 176 del Reglamento de Epizootias, en los que se prevé la posibilidad de clausurar o inhabilitar temporalmente la utilización de abrevaderos contaminados, los caminos y vías pecuarias, las dehesas, montes o terrenos de aprovechamiento comunal infectos, regulando las líneas generales para llevar a cabo la desinfección.

Sobre la materia, el artículo 28 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; artículos 31 y 32 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 32 de la Ley de Sanidad Animal de La Rioja y artículo 125.2 de la Ley de Ganadería de la Comunidad Autónoma Valenciana.

(78) Artículos 3.27 y 23 de la LSA.

tarias exigibles a determinadas instalaciones relacionadas con los animales, aunque no estén destinadas propiamente a su cría y engorde.

A los requisitos que deben reunir los centros de concentración se refiere el artículo 56 de la LSA (especiales exigencias de infraestructuras, ubicación y control sanitario, asistencia de un veterinario oficial, detalle en el libro de la explotación de las entradas y salidas de animales, etc.)

En los mataderos y en las salas de tratamiento y obradores de caza es obligatoria la presencia de un veterinario oficial o autorizado, debiendo contar en sus instalaciones con un centro de limpieza y desinfección (artículos 57 y 58 LSA).

IV. DERECHOS Y DEBERES DE LOS TITULARES DE LAS EXPLOTACIONES GANADERAS

A) Derechos de los titulares de explotaciones ganaderas

La LSA no recoge un elenco de derechos de los titulares de las explotaciones ganaderas, sino todo lo contrario, un cúmulo de obligaciones varias. No obstante, de su regulación se deducen algunos derechos que pueden ser alegados por los titulares de las citadas explotaciones.

Quizás el más destacado sea el derecho a obtener indemnización por el sacrificio obligatorio de animales, por muerte de los animales como consecuencia de la aplicación de medidas preventivas o de lucha contra una enfermedad o por otros perjuicios graves que pudieran producirse⁷⁹. La vinculación de este derecho al hecho de que el propietario de los animales o medios de producción haya cumplido la normativa sobre sanidad animal limita considerablemente los supuestos en que el derecho a indemnización va a ser reconocido por la Administración competente. Además deja sin cubrir aquellos supuestos en que una vez producido el sacrificio se descubre que el animal sacrificado está afectado por una epizootia⁸⁰.

No obstante, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de febrero de 1982⁸¹ viene a limitar la posibilidad de denegar indemnización por incumplimiento de la normativa sobre sanidad animal. En este caso un ganadero recurría una resolución del Ministerio de Agricultura que denegaba la concesión de una indemnización por el sacrificio de 722 cerdos, infectados o sospechosos de estarlo con peste porcina africana. El fundamento de la denegación era que la comunicación de la enfermedad se había realizado cuando ya se

(79) Artículo 21 LSA.

(80) STS de 6 de junio de 1996 (Pte.: M. Baena del Alcázar).

(81) STS de 18 de febrero de 1982 (Pte.: A. Botella Taza).

había producido un importante número de bajas en el ganado y por haber realizado un traslado de animales careciendo de la correspondiente documentación.

Al respecto el Tribunal Supremo acoge los fundamentos de la sentencia de instancia para anular la citada resolución administrativa y reconocer el derecho a indemnización que asiste al ganadero. Así, el Tribunal manifiesta que “el sacrificio supone una privación individual de derechos e intereses legítimos y evaluables económicamente, en beneficio de un interés general; y que, por consiguiente, tal como enseñan las Sentencias de 22 de octubre de 1964 y de 3 de febrero de 1968, estando acreditada la privación, mediante el sacrificio de reses, la indemnidad patrimonial del interesado sólo podrá ser denegada, cuando su actividad haya perturbado el interés general que se trata de proteger, incumpliendo, manifiesta y probadamente, las normas que preservan dicho interés común”.

En base a ello concluye que no queda acreditado que las bajas producidas en la explotación se debieran a la declarada enfermedad y que la ausencia de documentación para el traslado de animales constituye una infracción de la normativa de sanidad animal que es sancionable pero que no elimina el derecho a indemnización por sacrificio obligatorio de animales.

El citado derecho se complementa, en el caso de que se haya declarado la existencia de una epizootia y se hayan adoptado las debidas medidas de lucha, control y erradicación, con el derecho a realizar la repoblación de la explotación. Este derecho se verá limitado por necesidad de realizar un rastreo con un número reducido de animales que supervisará el órgano competente. La repoblación se autorizará una vez comprobada la ausencia de riesgo de persistencia del agente patógeno⁸².

Las explotaciones de animales podrán obtener la calificación sanitaria si reúnen los requisitos y criterios que al respecto fije el Gobierno, consultadas las CCAA⁸³, como ya hemos analizado.

Por otro lado, el ejercicio de la potestad de inspección y sanción en materia de sanidad animal genera un importante número de obligaciones para los titulares de las explotaciones ganaderas. Junto a dichas obligaciones se encuentran una serie de derechos, que frecuentemente son alegados por los titulares de explotaciones en los procedimientos judiciales en los que se recurren sanciones impuestas por la Administración competente. Entre dichos derechos podemos citar:

- El derecho a que las medidas sanitarias adoptadas para la protección y defensa de los animales sean proporcionadas al resultado que se pretende conseguir y traten de reducir al mínimo los efectos negativos que puedan tener sobre el comercio de animales o sus productos. Este derecho deriva del principio de proporcionalidad que debe presidir toda

(82) Artículo 22 LSA.

(83) Artículo 44 LSA.

actuación administrativa en materia de sanidad animal⁸⁴. Dicho principio se ve reflejado en las medidas cautelares que pueden adoptar los inspectores que, en todo caso, “se ajustarán a la intensidad, proporcionalidad y necesidades técnicas de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto, y su duración no superará a la de la situación de riesgo que las motivaron⁸⁵”.

– El derecho a pedir a los inspectores que se acrediten cuando realicen una visita de inspección, lo que no impide que aquéllos puedan acceder libremente a cualquier establecimiento, instalación, medio de transporte, etc. Ahora bien, cuando la inspección se realice en el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener el previo consentimiento de ésta o la preceptiva autorización judicial⁸⁶.

– El derecho a exigir de los inspectores que guarden el debido sigilo y confidencialidad de todos aquellos datos o hechos de cualquier naturaleza que hayan conocido en el ejercicio de su labor inspectora⁸⁷.

– El derecho a mostrar y ratificar su disconformidad respecto de lo recogido en el acta de inspección relativa al cuidado de los animales⁸⁸.

Las legislaciones autonómicas sobre sanidad animal se refieren al derecho de los titulares de explotaciones de acceder a los beneficios y ayudas públicas siempre que la explotación se encuentre registrada⁸⁹.

B) Deberes u obligaciones de los titulares de explotaciones ganaderas

a) Obligaciones relativas a las instalaciones, animales y alimentación animal

La LSA no ha establecido un elenco de obligaciones de los titulares de explotaciones ganaderas, lo que no impide que a lo largo de toda la regulación sobre las medidas de prevención, control, lucha y erradicación de las enfermedades animales (Título II), así como cuando regula los productos zoonosanitarios y para la alimentación animal (Título IV), se refiera a dichas obligaciones.

(84) Artículo 4 LSA.

(85) Artículo 77.4 LSA

(86) Artículo 79.1.a) LSA; artículo 12.a) de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

(87) Artículo 81.2 LSA.

(88) Artículo 12.f) de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

(89) Artículo 7.2 y 9 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 33 de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

Así, la LSA recoge una obligación genérica que deben cumplir no sólo los titulares de explotaciones de animales, sino también cualquier particular. El artículo 5 de dicha Ley establece la obligación de cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, de comunicar a la autoridad competente los focos de epizootias de que tenga conocimiento, así como los hechos o actividades que supongan un riesgo para la salud humana, animal o para el medio ambiente en relación con los productos zoonutricionales o de la alimentación animal.

Junto a esa obligación genérica se encuentran aquellas que afectan a los titulares de explotaciones ganaderas y, en general, a los propietarios o responsables de los animales. Estas obligaciones podemos clasificarlas según que vayan destinadas a la prevención de las enfermedades animales o a su lucha y control. A dichas obligaciones se unen otras relacionadas con los productos para la alimentación animal⁹⁰.

A las obligaciones de los propietarios o responsables de animales para la prevención de enfermedades animales se refiere el artículo 7.1 LSA, pudiendo distinguirlas según que se trate de obligaciones formales (v.gr., la debida identificación de los animales; comunicación a las Administraciones competentes de los nacimientos, muertes, entradas y salidas de animales; facilitar a la autoridad competente los datos relativos al estado sanitario de los animales o productos relacionados con la sanidad animal, etc.) o de obligaciones materiales relacionadas con la vigilancia y el mantenimiento del buen estado sanitario de los animales y de los productos relacionados con la sanidad animal (v.gr., la mejora de las instalaciones, la aplicación de las medidas que se establezcan para la prevención de enfermedades animales, cumplimiento de las obligaciones relativas al uso de medicamentos veterinarios, etc.) con la eliminación de cadáveres u otros productos de animales y asunción de todos los costes que genere la actividad ganadera (custodia, transporte, destrucción, aplicación de medidas de prevención o control de la sanidad animal, etc.)

LA LSA RECOGE UNA OBLIGACIÓN GENÉRICA QUE DEBEN CUMPLIR NO SÓLO LOS TITULARES DE EXPLOTACIONES ANIMALES, SINO TAMBIÉN CUALQUIER PARTICULAR

(90) En relación con la alimentación animal son abundantes las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que se refieren a la imposición de sanciones por suministro a los animales de productos prohibidos como el "Clembuterol". Sirva de ejemplo la STS de 19 de junio de 2006 (Pte.: Mariano Baena del Alcázar) que resuelve un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimó un recurso presentado por un ganadero que exigía responsabilidad patrimonial por el daño causado por una medida de inmovilización del ganado por existir indicios de administración de sustancias prohibidas. La sentencia recurrida, cuyos fundamentos jurídicos acoge el Tribunal Supremo, considera que se trata de una medida cautelar que estaba justificada por el riesgo que entrañaba para la salud el suministro de sustancias prohibidas a animales destinados a consumo. En consecuencia, no se da el elemento de la antijuridicidad para poder exigir responsabilidad patrimonial.

Las obligaciones de los titulares de las explotaciones ganaderas y, en general, de los propietarios o responsables de los animales relativas a la *lucha y erradicación* de enfermedades animales se recogen en el artículo 16.1 LSA. Entre ellas figuran el mantener el buen estado sanitario de los animales, aplicar las medidas sanitarias obligatorias para la *lucha y erradicación* de enfermedades animales o mejorar las instalaciones.

Destaca la obligación de los propietarios de las instalaciones de proceder a la limpieza, desinsectación, desratización y a realizar las obras de adecuación sanitarias que fueran precisas una vez efectuado el sacrificio y la eliminación higiénica de los cadáveres u otro material de riesgo, pudiéndose establecer reglamentariamente períodos de vaciado y precintado de las explotaciones⁹¹.

Otra obligación que afecta a las explotaciones de animales es la necesidad de previa autorización o, en su caso, inscripción en los registros correspondientes, de la tenencia o uso de productos para la alimentación animal que supongan un riesgo potencial para la sanidad animal o para la salud pública⁹².

A estas obligaciones deducidas de la LSA podemos unir las obligaciones de los titulares de explotaciones expresamente previstas en normas de desarrollo de dicha Ley. Así, podemos referirnos a las obligaciones relacionadas con el Registro de la explotación, tales como comunicar a la autoridad competente: los datos necesarios para el registro antes de iniciar la actividad; los cambios de los datos consignados en el registro, en un plazo no superior a un mes desde que se produzcan; los datos de los censos de las explotaciones, antes de 1 de marzo de cada año⁹³.

Las legislaciones autonómicas sobre sanidad animal se han referido expresamente a las obligaciones que deben cumplir los titulares de las explotaciones ganaderas. Entre éstas se encuentran:

a) Las obligaciones relativas a las condiciones sanitarias de la explotación y de los animales:

– La atención y vigilancia a los animales a fin de mantener su buen estado sanitario y de bienestar, controlando su posible influencia negativa sobre el medio. Así como el mantenimiento de la explotación en las debidas condiciones higiénico-sanitarias de las explotaciones⁹⁴.

(91) Artículo 22 LSA, relativo al saneamiento de focos como medida de control y erradicación de enfermedades animales.

(92) Artículo 73 LSA.

(93) Artículo 4 del Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo, por el que se establece y regula el Registro general de explotaciones ganaderas.

(94) Artículo 6 de la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León; artículo 5.b).c) de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 6.2.3 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículo 16.b), c) y f) de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

- La incorporación o reposición de animales en buen estado sanitario y que procedan de explotaciones aptas para ello⁹⁵.

- Aplicar las medidas sanitarias obligatorias impuestas por la Administración competente⁹⁶.

- Aplicar al ganado prácticas de cría que no impliquen riesgo para la salud de los consumidores y usuarios de los productos de origen animal⁹⁷.

b) Las obligaciones documentales y de comunicación:

- Solicitar la preceptiva autorización de implantación de la explotación⁹⁸ y todas aquellas exigidas por las distintas legislaciones sectoriales⁹⁹.

- Poseer el Libro de la Explotación actualizado¹⁰⁰.

- La debida identificación animal¹⁰¹ e inscripción en el Registro de Explotaciones Ganaderas¹⁰².

- Comunicación del cese de la actividad a los órganos competentes de la Administración autonómica¹⁰³.

b) Obligaciones en las integraciones

La LSA define la integración como “aquella relación contractual ganadera en la cual una parte, denominada integrador, se obliga a aportar los animales y/o los productos para la alimentación animal, productos sanitarios y asistencia veterinaria, y la otra, denominada ganadero integrado, aporta los servicios de alojamiento del ganado, instalaciones, mano de obra y cuidados a los animales. A estos efectos, el integrador o el integrado podrán ser personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades asociativas agrarias de cualquier tipo”.

(95) Artículo 5.d) de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 6.4 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

(96) Artículo 5.e) de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 6.5 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

(97) Artículo 16.g) de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

(98) Artículo 5.a) de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra.

(99) Artículo 16.a) de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

(100) Artículo 6 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 8 de la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León; artículos 29 y siguientes de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

(101) Artículo 10 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral Navarra; artículo 7 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; artículos 16.e) y 39 y siguientes de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

(102) Artículo 9 de la Ley de Sanidad Animal de Castilla y León; artículo 7 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 6.1 de la Ley de Sanidad Animal de la Comunidad Autónoma de La Rioja; artículos 18 y siguientes de la Ley de Ganadería de la Comunidad Valenciana.

(103) Artículo 12 del Decreto 266/1998, de 17 de diciembre, Reglamento General de Sanidad Animal de Castilla y León.

En la relación de integración, como *obligaciones de prevención* de enfermedades animales, corresponde al **integrador** el velar por el correcto estado sanitario de los animales, su adecuado transporte, el correcto uso de los medicamentos veterinarios; asegurar que la puesta en el mercado de los animales o productos de la explotación se hace en las debidas condiciones sanitarias, y comunicar a la autoridad competente las explotaciones que tiene integradas y, en su caso, las epizootias acaecidas en éstas¹⁰⁴.

Por su parte, al **integrado** le corresponde comunicar a la Comunidad Autónoma donde radique la identificación del integrador, velar por el cuidado sanitario del ganado (v.g., Higiene de las instalaciones, correcta aplicación de la medicación, control de la entrada en la explotación de personas y vehículo, ...) y comunicar al integrador toda sospecha de epizootia que pueda afectar a los animales de la explotación¹⁰⁵.

Las obligaciones relacionadas con la *lucha, control y erradicación* de las enfermedades animales corresponden al integrado mientras los animales pertenezcan en la explotación, salvo que la decisión última respecto de la obligación corresponda al integrador, siendo el integrado el que la ejecute o aplique, en cuyo caso su cumplimiento corresponderá solidariamente a ambos. En el resto de los supuestos el cumplimiento de dichas obligaciones corresponde al integrador¹⁰⁶.

c) Obligaciones de los titulares de explotaciones ganaderas de producción relativas al bienestar animal

La mayoría de la normativa existente sobre protección de animales se basa en el concepto de las “cinco libertades”:

- Ausencia de hambre y sed.
- Ausencia de discomfort, es decir, disponibilidad de un ambiente adecuado con refugio y una zona de descanso confortable.
- Ausencia de dolor, daños o enfermedad, que han de ser prevenidos o tratados con rapidez.
- Posibilidad de expresar su comportamiento normal, con espacio y recursos adecuados para ello, y de estar en compañía de sus congéneres.
- Ausencia de miedo y estrés, en condiciones y tratamientos que eviten sufrimientos psíquicos.

(104) Artículo 7.2.a) LSA.

(105) Artículo 7.2.b) LSA.

(106) Artículo 16.2 LSA.

Para dar cumplimiento a esas cinco libertades se requiere de la imposición de obligaciones directas para los propietarios o encargados del cuidado de los animales. El cumplimiento de dichas obligaciones se convierte, además, en requisito imprescindible para obtener pagos directos de la Comunidad Europea a partir del 1 de enero de 2007. Y ello, en virtud del principio de condicionalidad introducido con la reforma de la Política Agrícola Común en 2003¹⁰⁷.

El Reglamento estatal de 10 de marzo de 2000, sobre protección de animales en las explotaciones, recoge dos obligaciones básicas para los propietarios o criadores de animales.

La primera, garantizar el bienestar de los animales, impidiendo que padezcan dolores o sufrimientos innecesarios; y la segunda, que las condiciones en que se críen los animales (distintos de los peces, reptiles o anfibios), de acuerdo con la experiencia adquirida y los conocimientos científicos, se atengan a las especificaciones que dicho Reglamento fija en relación al personal que realiza sus cuidados, a las inspecciones de los animales que debe realizar el propietario o criador o, en su caso, el veterinario, al necesario registro de los tratamientos médicos prestados, la libertad de movimiento y condiciones de alojamiento, la protección de las inclemencias del clima cuando los animales se mantengan al aire libre, las condiciones de alimentación, etc.¹⁰⁸.

La inspección de las condiciones de cuidado y bienestar animal que deben cumplir los propietarios de animales será competencia de las CCAA, que deben informar al respecto a la Administración General del Estado, la cual informará a su vez a la Comisión Europea. Ello no impide que los expertos veterinarios de la Comisión Europea puedan realizar inspecciones y controles de las explotaciones ganaderas, elaborando un informe que deberá ser tenido en cuenta por las CCAA para adoptar las medidas necesarias según los resultados de la inspección.

**LA INSPECCIÓN
DE LAS CONDICIONES
DE CUIDADO Y BIENESTAR
ANIMAL QUE DEBEN
CUMPLIR
LOS PROPIETARIOS
DE LOS ANIMALES
ES COMPETENCIA
DE LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS**

(107) Al respecto, el Reglamento CE 1782/2003, de 29 de septiembre, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agraria común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores, y el Informe de la Comisión al Consejo sobre la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva 98/58/CE, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas.

(108) Para más información sobre las obligaciones de los ganaderos en cuanto a las condiciones de cría y las actuaciones prohibidas: <http://www.mapa.es>.

En la medida en que los animales de cría o abasto¹⁰⁹ pueden también sufrir padecimientos durante su transporte y, fundamentalmente, durante su sacrificio, España ha incorporado la normativa comunitaria al respecto mediante Reglamentos estatales básicos que regulan el bienestar animal en dichas circunstancias¹¹⁰.

d) Obligaciones referidas a la inspección en materia de sanidad animal¹¹¹ y de bienestar animal

La LSA recoge las obligaciones a las que deben someterse las personas físicas o jurídicas a quienes se practique una inspección, entre las que de forma mayoritaria debemos incluir a los titulares de las explotaciones de animales. Entre dichas obligaciones figuran las de suministrar todo tipo de información sobre las instalaciones, productos, animales, etc.; facilitar que se obtenga copia o reproducción de la información solicitada; permitir la toma de muestras gratuita de animales o productos, y, en general, colaborar y consentir la realización de la inspección¹¹².

Por su parte, la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, establece las obligaciones del inspeccionado en materia de protección animal. Entre éstas destacan: el permitir el acceso del inspector a la explotación; suministrar toda clase de información sobre las instalaciones, animales o productos o cualquier aspecto relativo a la protección animal que se le solicite; facilitar la copia de toda información referida a la protección animal; consentir y colaborar con la actividad de inspección¹¹³.

e) Obligaciones relativas al movimiento de animales dentro del territorio nacional

El titular de cada explotación o el poseedor de los animales deberá comunicar a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma los movimientos de ganado que se produzcan en su explotación. La explotación de origen comunicará la salida de los animales y la de destino su entrada, a la Comunidad Autónoma en que radiquen sus explotaciones. Esta comunicación se debe realizar en el plazo máximo de 7 días desde que tenga lugar el movimiento, sin perjuicio de que disposiciones específicas puedan establecer un plazo inferior¹¹⁴.

(109) SÁNCHEZ BLANCO, A.: "El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial", *RAP*, núm. 85, 1978, págs. 93 y 97, sostiene la conveniencia de sustituir el término "abastos", por su referencia a productos de primera necesidad, por el más genérico de "abastecimiento".

(110) Real Decreto 45/1995, de 20 de enero, sobre protección de animales en el momento de su sacrificio o matanza; Real Decreto 1041/1997, de 27 de junio, por el que se establecen las normas relativas a la protección de los animales durante el transporte.

(111) Entre otros, REBOLLO PUIG, M.: "Potestad sancionadora, Alimentación y Salud Pública", INAP, Madrid, 1989.

(112) Artículo 81.1 LSA.

(113) Artículo 12 de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

(114) Artículo 5.1 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio, por el que se establece y regula el Registro general de movimientos de ganado y el Registro general de identificación individual de animales. Dicha comunicación debe contener

La comunicación a las CCAA se realizará mediante una copia del documento de movimiento o por cualquier medio informático o telemático establecido por la autoridad competente¹¹⁵.

Cuando se trate de desplazamiento de bovinos al matadero quedará confirmada su llegada cuando se comunique el sacrificio de éstos¹¹⁶.

Otras obligaciones del titular de la explotación van referidas al documento de movimiento del ganado y al control de la identificación de los animales. Así, cuando dicho documento sea emitido por la autoridad competente con carácter previo al movimiento el titular de la explotación deberá comunicar en el plazo de dos días hábiles desde la fecha de salida los cambios que pudieran darse respecto de los datos reflejados en la solicitud del documento de movimiento (v.g., cambios relativos a la fecha de salida, del transportista, del medio de transporte, variaciones en el número de animales, etc.) Dichos cambios deberán figurar en un documento independiente. Además, el titular de la explotación o el poseedor de los animales debe hacer llegar una copia del documento del movimiento al transportista y el original al titular de la explotación de destino o al nuevo poseedor de los animales¹¹⁷.

Por lo que respecta a la identificación de los animales, los titulares de explotación o poseedores de los animales están obligados a comprobar la correspondencia entre la correcta identificación de los animales, individual o por lotes, y la documentación que debe acompañarles.

V. INCUMPLIMIENTOS DE LA NORMATIVA DE SANIDAD ANIMAL: JURISPRUDENCIA RECIENTE

Las abundantes exigencias impuestas a los propietarios de explotaciones de animales por la normativa sobre sanidad animal y el coste económico que algunas de ellas conlleva para ellos ha dado lugar a un importante número de incumplimientos de aquella normativa.

Así, de un análisis de las sentencias dictadas más recientemente por el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA podemos deducir que las infracciones más frecuentes en la materia son:

los datos que figuran en el Anexo VI de dicho Reglamento (datos de la explotación, dato de la explotación de destino, datos del movimiento de animales).

(115) Artículo 5.3 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

(116) Artículo 5.2 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

(117) Artículo 6 del Real Decreto 728/2007, de 13 de junio.

- Incorrecta ubicación de explotaciones de animales¹¹⁸.
- Fraudes en la inscripción registral de explotaciones ganaderas para conseguir ayudas públicas¹¹⁹.
- Incumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias de la explotación¹²⁰.
- La utilización de sustancias prohibidas en la alimentación animal o medicamentos veterinarios no autorizados¹²¹.

(118) STS de 14 de mayo de 2003 (Pte.: J.M. Sanz Bayón, FFJJ 3º, 5º, 6º); STS de 8 de mayo de 2001 (Ar. 4395, Pte.: J.A. Xiol Ríos, FJ 10º); STS de 26 de septiembre de 2000 (Pte.: J. M. Sanz Bayón); STS de 24 de junio de 1998 (Ar. 5029; Pte.: E. Carrión Moyano, FJ 3º). STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2002 (Pte.: J. Borrego López, FJ 3º).

(119) STS de 30 de mayo de 2007 (Pte.: Celsa Pico Lorenzo, FFJJ 1º, 3º y 4º).

(120) STSJ de Madrid de 19 de enero de 2004 (Pte.: J. E. López Candela).

(121) STSJ de Aragón de 3 de febrero de 1997 (Pte.: Ricardo Cubero Romeo). Se recurre en este caso una medida cautelar consistente en la retirada del consumo humano de 8 canales de ganado ovino propiedad del recurrente, al haber detectado el servicio de inspección autonómico de sanidad animal la existencia en ellos de residuos legalmente prohibidos (concretamente Clembuterol). Versa el recurso sobre la indefensión del recurrente al no haberse tomado más que una muestra de cada una de las reses sacrificadas. El Tribunal admite la posible indefensión en la medida en que el RD 1945/1983, sobre infracciones y sanciones en materia del consumidor y de la producción agroalimentaria exige que cada muestra conste de tres ejemplares homologados, previsión que garantiza un eventual análisis contradictorio.

Pero el riesgo que para la salud humana conlleva la aparición en el primer análisis de aquella sustancia prohibida en la carne destinada al consumo humano, determina el deber de la Administración de la Comunidad Autónoma de adoptar la medida preventiva consistente en la retirada de la comercialización de los canales en cuestión. En consecuencia, se desestima el recurso.

En la STSJ de Aragón de 9 de mayo de 1996 (Pte.: Eugenio Angel Estevas Iguacel) se impugna una resolución autonómica por la que se sanciona a un particular con una multa (637.000 pesetas) como consecuencia de la aparición de sustancias prohibidas (Tapazol) en ganado bovino tras la realización de un análisis en las muestras tomadas sobre el tiroides. Dicha sanción se fundamenta en el RD 1945/1983, de 22 de junio, de infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria y del RD 1262/1989, de 20 de octubre, sobre el Plan Nacional de Residuos en los animales y carnes frescas.

Se alega, por una parte, prescripción de la infracción con apoyo en la normativa aplicable, lo que descarta el Tribunal refiriéndose a los plazos de prescripción recogidos en la normativa aplicable. Por otra parte, se alega indefensión al no haberse realizado los correspondientes análisis como exige el artículo 15 del RD 1945/1983. Frente a esta alegación el Tribunal reitera que es doctrina del TC y del TS que el artículo 24.1 CE no ampara la indefensión formal sino la material, y que ésta no existió, pues el recurrente designó perito que realizase un análisis contradictorio. En consecuencia, se desestima el recurso presentado contra la sanción.

Por su parte, en la Sentencia de 21 de febrero de 2001 (Pte.: Mª. Fernanda Navarro de Zuloaga), la infracción objeto de sanción que se recurre consiste en la utilización de Clembuterol como aditivo en la alimentación animal. El Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la sanción impuesta desde el momento en que es doctrina reiterada que dicho producto puede utilizarse a efectos terapéuticos y siempre que se espere el tiempo necesario para su eliminación antes de sacrificar al animal tratado, pero no como aditivo en la alimentación.

Otras veces la infracción consiste en la inclusión de sustancias en cantidades superiores a las permitidas en un pienso. Así, la STS de 29 de septiembre de 1998 (Pte.: Antonio Martí García) desestima el recurso de apelación contra la sentencia de instancia interpuesto por la empresa sancionada sobre la base de carecer de fundamento las alegaciones de falta de normativa aplicable respecto a la toma de muestras en piensos en el momento en que se la sancionó.

La administración de sustancias prohibidas a animales de una explotación, concretamente de “sulfadiazina”, sustancia nociva para la salud humana constituye la infracción que fue objeto de sanción (un millón de pesetas) y que dio lugar al recurso contencioso administrativo resuelto en la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2005 (Pte.: J. Ortiz Blasco). En este caso el Tribunal considera probados los hechos reflejados en el acta de inspección, los cuales están tipificados en el RD 1749/1998, de 31 de julio, de infracciones y sanciones, que desarrolla la Ley de Sanidad de 1986, desestimando consecuentemente el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

STS de 19 de junio de 2006 (Pte.: M. Baena del Alcázar).

- Falta de colaboración con las autoridades de inspección¹²².
- No comunicación del surgimiento de posibles epizootias¹²³.
- Incumplimiento en cuanto al traslado e identificación de animales¹²⁴.
- Incumplimiento de normas relativas a la protección contra la EET¹²⁵.

(122) La STSJ del Principado de Asturias de 27 de enero de 2005 (Pte.: F. Salto Villén) resuelve un recurso contencioso-administrativo que trae causa de la impugnación de una sanción de multa y retirada de la autorización para expedir certificados de traslado de ganado por un plazo de un año, por comisión de una infracción administrativa grave prevista en el artículo 84.8 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, cual es la falta de colaboración con la actuación inspectora. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo desestima el recurso. Contra dicha sentencia se recurre ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias. Este Tribunal se limita a analizar el principio de tipicidad, la doctrina del TC y del TS, y a determinar si los hechos que se reflejan en el acta de inspección son subsumibles en la infracción tipificada en el artículo 84.8 de la LSA. Del análisis del acta de inspección el Tribunal deduce que no hubo falta de colaboración del veterinario sancionado y que, en consecuencia, los hechos no son subsumibles en la infracción administrativa que tipifica el citado artículo. Se afirma, además, la inexactitud e incorrección de la medida cautelar adoptada, la retirada de la autorización para expedir certificados de traslado de animales y, en consecuencia, el derecho a indemnización del recurrente.

(123) En la STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2005 (Pte.: J. Manuel de Soler Bigas) se resuelve sobre la impugnación de una multa de aproximadamente 15.000 euros impuesta por la Consejería de Agricultura por falta de comunicación de sospecha de existencia de peste porcina clásica en una granja. El Tribunal manifiesta que del Acta de Inspección se deduce la existencia de una mortandad de cerdos lactantes en aumento durante los meses de enero a marzo, que se cifran en un total de 400. Dato que debiera haber sido comunicado a la autoridad competente. Dicha conducta se considera que constituye una infracción grave tipificada en el Reglamento de Epizootia de 1955. Se alega por la recurrente la vulneración del principio de legalidad al no estar tipificada dicha infracción, lo que descarta el Tribunal al considerar que la Ley de Epizootia de 1952 contempla la conducta omisiva como típica, con la previsión de su sanción por vía reglamentaria, lo que desarrolla el Reglamento de Epizootia de 1955. Además, según el TC no es posible exigir la reserva de Ley del artículo 25 CE con carácter retroactivo a reglamentos preconstitucionales.

En la STSJ de Cantabria de 27 de junio de 2006 (Pte.: Marcos Gómez Puente) se desestima la impugnación contra una resolución que sancionaba solidariamente a dos empresas ganaderas por comisión de una infracción grave tipificada en el Reglamento de Epizootias, consistente en no comunicar a la autoridad competente la aparición de síntomas sospechosos de que los lechones de una explotación padecían la peste porcina clásica. El Tribunal fundamenta que del expediente se deduce que hay pruebas que demuestran que se ha cometido la infracción.

(124) La STSJ de Asturias de 4 de julio de 2005 (Pte.: J. José Ortiz Blasco) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consejero de Agricultura, Ganadería y Pesca por la que se sanciona con una multa de 300 euros por la comisión de una infracción tipificada en el Reglamento de Epizootia de 1955 consistente en no corresponderse las anotaciones del libro de Registro de bovinos con la realidad de la explotación. Este recurso se estima y se anula la resolución impugnada por caducidad de la acción.

(125) La STSJ de Galicia de 20 de julio de 2005 (Pte.: Fernando Seoane Pesqueira) desestima un recurso contencioso administrativo presentado por una empresa contra una resolución administrativa del Consejo de la Junta de Galicia que impone una sanción de unos 60.100 euros por la comisión de dos infracciones sanitarias graves tipificadas en el RD 1945/1983, de 22 de junio, de infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, por comercializar dos piensos elaborados con harina de carne, lo que se prohíbe en diversas normas para proteger de la EET, y por otras tres infracciones graves por fraude, recogidas en la misma norma, por distribuir tres piensos ocultando en las etiquetas su contenido en harina de carne y pescado.

En la STSJ de Galicia de 21 de junio de 2005 (Pte.: F. Seoane Pesqueira) se impugna con recurso contencioso administrativo la desestimación presunta de un recurso administrativo presentado contra una sanción de 60.000 euros por comisión de una infracción grave tipificada en el RD-Ley 8/2001, de 6 de abril, sobre el sistema de infracciones y sanciones en materia de EET, cual sea la comercialización o intercambio, importación y explotación de productos con destino a la alimentación animal de proteínas animales elaboradas que hayan sido prohibidas. El Tribunal estima el recurso por haberse impuesto la sanción una vez producida la caducidad del procedimiento sancionador.

La STSJ de Galicia de 6 de abril de 2005 (Pte.: López González) desestima un recurso contencioso administrativo interpuesto contra una resolución sancionadora a una empresa por la comisión, entre otras, de una infracción tipificada en la LSA relativa a la comercialización de carne de vacuno sin respetar las garantías sanitarias impuestas por la normativa vigente e incumplimiento de las normas destinadas a la protección contra la EET, al no eliminar materiales de riesgo de los canales de vacuno.

En la STSJ de Galicia de 19 de enero de 2005 (Pte.: B. López González) se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de un recurso de alzada en el que se impugnaba una resolución de la Junta

– Alteración en el etiquetado de piensos¹²⁶.

La defensa de los sancionados administrativamente por dichas infracciones se centra principalmente en la alegación de vulneración de los principios que deben regir el procedimiento administrativo sancionador, tales como el de legalidad, tipicidad, proporcionalidad o culpabilidad; o bien, en la caducidad de los procedimientos sancionadores¹²⁷.

VI. CONCLUSIONES

La LSA recoge importantes medidas de ordenación de las explotaciones de animales. Dichas medidas podemos clasificarlas en formales, cuando van referidas a la exigencia de determinados documentos, inscripciones o comunicaciones para ejercer una actividad relacionada con los animales, y materiales de naturaleza ambiental, destinadas a compatibilizar el ejercicio de una actividad pecuaria con la necesaria protección del medioambiente.

A las medidas sanitarias y de bienestar animal exigibles a las explotaciones de animales hemos de unir un importante elenco de obligaciones y deberes de sus titulares. El estudio de aquellas medidas y obligaciones resulta complejo por varios motivos. El primero hace referencia a que la LSA, si bien regula algunos aspectos sobre la ordenación sanitaria de las explotaciones, no hace lo mismo en relación con los derechos y obligaciones de sus titulares, a los que sólo se refiere de forma dispersa.

El segundo deriva del hecho de que esta materia se encuentra regulada en la LSA, pero también en la normativa comunitaria, en abundantes reglamentos estatales básicos de trasposición o desarrollo de aquella y en la normativa propia de las CCAA; lo que unido a que un aspecto íntimamente relacionado con la sanidad animal, como es el bienestar o protección de los animales durante toda su vida y en el momento del sacrificio, se regule por una normativa propia, provoca la dificultad de estudio del tema. El bienestar animal debe considerarse como el primer eslabón de una cadena al que siguen la sanidad animal, esto es, la prevención, control y erradicación de epizootias y zoonosis, y la seguridad alimentaria en los productos que procedan de animales de producción o abasto.

de Galicia por la que se sancionaba a una empresa por varias infracciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria. Concretamente, por el almacenamiento de harinas de pescado destinadas a la alimentación animal, lo que constituye una infracción tipificada en la normativa comunitaria e interna, a raíz de proteger la sanidad animal, concretamente de prevenir la EET.

(126) Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su *Sentencia de 21 de enero de 2005* (Pte.: J. Matías Alonso Millán) hace referencia a una infracción sancionada por la Junta de Castilla y León consistente en la alteración del etiquetado de un pienso medicamentoso. En este caso se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa sancionada en cuanto se adecua la cuantía de la sanción impuesta, rebajándose considerablemente.

(127) Sobre régimen sancionador en materia de sanidad animal, vid. GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Sanidad animal y seguridad...*, op. cit., págs. 377 y ss.

La burocratización de la materia, la excesiva normativa existente procedente de distintos centros de poder, la gran cantidad de obligaciones que deben cumplir los ganaderos o las pérdidas económicas que conllevan algunas de las medidas que arbitra la normativa sobre sanidad animal, genera inseguridad jurídica, lo que redunda en su desconocimiento e incumplimiento. Ello va en detrimento de la consecución de un sector animal saneado y competitivo en el mercado.

La refundición de la materia, la regulación de unos principios básicos en sanidad y bienestar animal y el establecimiento de unos derechos y deberes u obligaciones de carácter básico respecto a los titulares de las explotaciones de animales constituyen elementos claves para contar con una normativa efectiva en la lucha contra las enfermedades animales y para garantizar su protección.

La libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la CE se encuentra muy limitada en el sector económico de la ganadería, a través de la regulación de la sanidad animal y de la protección animal. Esta limitación tiene su fundamento en muchos casos en la vinculación de la materia con la seguridad alimentaria y, en consecuencia, en la necesidad de proteger la salud de los consumidores de productos procedentes de los animales. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional la protección de intereses generales y el respeto al principio de proporcionalidad de la intervención administrativa en relación con los fines lícitos que se tratan de conseguir permiten considerar lícitas las restricciones a la libertad de empresa que conllevan las medidas de intervención¹²⁸.

Sin embargo, el problema está en que la excesiva regulación e intervención administrativa genera el efecto inverso al pretendido. Por una parte, los destinatarios de dicha normativa, los titulares de las explotaciones ganaderas, desconocen en gran parte las exigencias normativas impuestas y, por otra parte, las mismas Administraciones públicas competentes deben relativizar las inspecciones en esta materia haciendo prevalecer la necesidad de subsistencia del sector ganadero.

(128) STC 112/2006, de 5 de abril, (Pte.: P. Pérez Tremps).

Aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería durante el año 2007

CELIA V. DÍAZ MORGADO

Investigadora FI
Instituto de Derecho Público

Resumen

APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE EXTRANJERÍA DURANTE EL AÑO 2007¹

Sin pretensión de exhaustividad lo que se pretende en este trabajo es trazar, a grandes rasgos, la evolución y el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería, para conocer cuál es la práctica judicial en aspectos tan variados como son: la denegación de entrada, la devolución y la expulsión, el permiso de arraigo, la solicitud de la nacionalidad española y el procedimiento administrativo, así como los delitos contra los ciudadanos extranjeros. Todos estos temas tienen en común la falta de concreción y la ambigüedad de los términos empleados por el

legislador para su regulación generando ciertos problemas jurídicos. Esta falta de claridad legislativa ha hecho necesario una interpretación por parte del Tribunal Supremo, para otorgar una mayor seguridad jurídica a los extranjeros que en muchas ocasiones se encuentran con dificultades a la hora de interactuar con la Administración. El artículo se centra en el análisis de aquellas sentencias que, durante el año 2007, han consolidado líneas jurisprudenciales o que por el contrario se separan o matizan en cierta medida esas líneas, convirtiéndose en los antecedentes de nuevas interpretaciones.

(1) Este artículo se publica en el marco del proyecto de Investigación y Desarrollo SEJ 2005-05368 sobre "El Estatuto jurídico y los derechos de los inmigrantes", dirigido por el Dr. Eliseo Aja y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Abstract

AN APPROACH TO THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT IN MATTER OF ALIENAGE DURING THE YEAR 2007

Unpretentious of exhaustiveness what is expected in this work is to outline the evolution and the development of the jurisprudence of the Supreme Court as regards alienage, to know which is the judicial practice in aspects so varied as: the entrance denial, the refund and the expulsion, the permission of root, the application for the Spanish nationality and the administrative procedure, as well as the crimes against the foreign citizens. All these topics have in common the lack of concretion and the ambiguity of the terms used by the

legislator for their regulation generating certain juridical problems. This lack of legislative clarity has made necessary an interpretation by the Supreme Court, to grant a bigger juridical security to the foreigners that in many occasions meet with difficulties when act with the Administration. The article is focused in the analysis of those sentences that, during the year 2007, have consolidated jurisprudential lines or that on the contrary have moved away or clarified in certain measure those lines, becoming the antecedents of new interpretations.

Sumario:

Introducción. I. Denegación de entrada. II. Permiso por arraigo. A) El concepto de arraigo como concepto jurídico indeterminado. B) Valor de las Notas informativas de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. **III. Procedimiento y vicios procedimentales.** A) Trámite de audiencia, trámite de subsanación y motivación de las resoluciones. B) Derecho a la tutela cautelar. C) Vicios procedimentales en el ámbito de la sanción de expulsión. a) Notificación y caducidad del procedimiento. b) Comunicación a la autoridad extranjera de la expulsión. **IV. Expulsión de extranjeros.** A) Devolución y expulsión. B) La sanción de expulsión. a) La expulsión y sus límites. b) Recurso contra el acuerdo de inicio del procedimiento. c) Principio de presunción de inocencia y carga de la prueba. d) Expulsión de apátridas y concepto de orden público. **V. Nacionalidad. VI. Delitos contra los ciudadanos extranjeros.** A) Artículo 318 bis del CP. B) Sujetos pasivos del delito. C) Jurisdicción de los tribunales españoles en el delito del artículo 318 bis del CP. **VII. Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

En la consolidación y desarrollo del régimen de extranjería en España los tribunales vienen jugando tradicionalmente un papel esencial, y entre ellos de forma destacada el Tribunal Supremo, tanto por su posición como órgano superior de la jurisdicción ordinaria como por la multitud de aspectos sobre los que se está pronunciando, pues en los últimos años este Tribunal dicta del orden de las trescientas sentencias anuales sobre materias relacionadas con el régimen de los extranjeros en España. Por esa razón y con el fin de trazar su evolución a lo largo de los años, reviste interés abordar su análisis y valoración desde una perspectiva de conjunto, superando así el análisis más pormenorizado o detallado de las sentencias que ya se efectúa en otras crónicas y publicaciones de referencia y a las que nos remitimos².

Con esta perspectiva de conjunto, el presente trabajo intentará sistematizar la doctrina más relevante del Tribunal Supremo a lo largo de este último año 2007³. Ante la imposibilidad de tratar todas y cada una de las sentencias en este comentario, el criterio seguido en esta selección ha sido hacer referencia a aquellas sentencias que, o bien consolidan líneas jurisprudenciales anteriores, o bien se separan o matizan en cierta medida tales líneas, y por ello pueden considerarse de mayor importancia. Para ello se ha optado por agrupar los problemas jurídicos en materia de extranjería en distintos bloques, que se intentarán explicar con cierto detalle. Estos bloques son: la denegación de entrada, el permiso de arraigo, la devolución y la expulsión de extranjeros, el procedimiento administrativo y los posibles vicios en éste, la solicitud de la nacionalidad española y un último apartado donde se recogen pronunciamientos penales sobre los delitos contra los ciudadanos extranjeros.

I. DENEGACIÓN DE ENTRADA

Antes de entrar de lleno en el régimen jurídico de la denegación de entrada hay que hacer una breve referencia al derecho a

**EN LA CONSOLIDACIÓN
Y DESARROLLO
DEL RÉGIMEN
DE EXTRANJERÍA
EN ESPAÑA
LOS TRIBUNALES
VIENEN JUGANDO
TRADICIONALMENTE
UN PAPEL ESENCIAL**

(2) Una crónica trimestral de jurisprudencia de extranjería puede encontrarse en las revistas *Migraciones*, *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería* (REDMEX), o en el *Anuario de Inmigración y Políticas de Inmigración*, 2006, Ed. CIDOB et al., Barcelona, 2007. Igualmente, información especializada sobre la actividad de los tribunales en extranjería puede encontrarse en el portal <http://www.intermigra.info/extranjeria/>.

(3) Esta síntesis de jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el año 2007 recoge exclusivamente las sentencias del Tribunal dejando fuera de él, por razones fundamentalmente de espacio, los autos de dicho Tribunal, a pesar de su indudable interés. Las diversas resoluciones del Tribunal Supremo se citan con indicación de la fecha de la sentencia acompañada del número de referencia jurídica asignado por Aranzadi.

entrar, residir y circular libremente por territorio español, derechos que son reconocidos a los españoles en el artículo 19 de la Constitución Española, pero cuya posible titularidad por parte de los extranjeros ha tenido que ser aclarada por el Tribunal Constitucional, quien de manera ilustrativa en su STC 94/1993, de 22 de marzo, ha indicado que “La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni, por consiguiente, pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. Es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella” Por tanto, la cuestión previa sobre la titularidad y los límites constitucionales a la regulación legal de la entrada, circulación y residencia de los extranjeros, siendo fundamental, no es cuestión pacífica —ni jurisprudencial⁴ ni doctrinalmente⁵—, lo cual explica que el Tribunal Supremo se vea obligado a abordarla, con matices en ocasiones distintos.

Así, mientras en la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\4350) admite que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente por territorio español, derechos que reconoce la Constitución Española en su artículo 19, aunque el reconocimiento y efectividad de estos derechos de configuración legal está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para el acceso y estancia en el territorio español de los ciudadanos extranjeros, es decir, en los términos que establezcan los tratados y la ley (de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1 CE), de acuerdo con lo reconocido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 113/1994 (RTC 1994\113), se reconoce la titularidad de estos derechos a los extranjeros que se encuentren legalmente en España; luego en la STS de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007\1951) refiriéndose explícitamente a la STC 72/2005, de 4 de abril (RTC 2005\72) que interpreta los artículos 19, 13.1 y 10.2 de la CE en el sentido de que el derecho a entrar en España es un derecho sólo reconocido constitucionalmente a los españoles, por lo tanto, no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros, sin que ello impida al legislador reconocerlo como derecho de configuración legal a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la Ley.

En el marco de esta controversia, no es extraño que el Tribunal Supremo haya tenido que abordar en numerosas sentencias los concretos requisitos para entrar legalmente en

(4) Así, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre estos aspectos en numerosas sentencias, como son la STC 115/1987, de 7 de julio, que va acompañada de un voto particular parcialmente disconforme; la STC 94/1993, de 22 de marzo, y la STC 72/2005, de 4 de abril, y recientemente la STC 236/2007, de 7 de noviembre. En ellas el Tribunal reconoce que la titularidad de los derechos no puede establecerse únicamente de acuerdo con la literalidad de los preceptos constitucionales, sino de acuerdo con una interpretación sistemática de la Constitución. A pesar de esta declaración lo cierto es que las conclusiones y argumentos utilizados por el TC no son coincidentes, discurriendo por distintos derroteros.

(5) Cfr. VIDAL FUEYO, Camino: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros” en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2º semestre, 2006. También GOIZUETA VÉRTIZ, Juana: “La libertad de circulación y residencia en España: algunas notas sobre su titularidad y régimen de ejercicio” en *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 78, mayo-agosto 2007.

territorio español establecidos en el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶ (en adelante, LO 4/2000) así como en los artículos 4 a 13 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que desarrolla la LO 4/2000⁷, puesto que el incumplimiento de los requisitos de entrada exigidos comporta una denegación motivada de la entrada en España. La mayor parte de estas sentencias se centran en los diversos detalles relacionados con la normativa que habilita a los funcionarios competentes del control de fronteras a solicitar la presentación de los documentos justificativos del objeto y condiciones de la estancia en territorio español, así como el alcance de dicha habilitación.

A este respecto, una primera cuestión es el fundamento normativo de tal habilitación. Para empezar, el Tribunal Supremo hace hincapié en la eficacia del Convenio Schengen⁸ como norma directamente aplicable sin necesidad de un desarrollo legal posterior por cada Estado parte del mismo, que contiene los requisitos que deben cumplirse para la autorización de entrada del nacional extranjero, y que, además, habilita, sin necesidad de una ley estatal que lo establezca expresamente, a los funcionarios competentes en el control de fronteras a solicitar al viajero los documentos justificativos del objeto o finalidad del viaje, así como, en su caso, a adoptar una denegación de entrada (artículo 5.1 del Convenio Schengen). Un ejemplo son las SSTS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\4350), de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\352) y de 19 de abril de 2007 (RJ 2007\2334). Admitida la aplicabilidad directa del Convenio Schengen, el Tribunal Supremo ha analizado también la normativa nacional que fundamenta la facultad de control en frontera por los funcionarios de los documentos justificativos del viaje, concretamente el artículo 25.1 de la LO 4/2000 recoge que el extranjero "... deberá presentar los documentos, que se determinen reglamentariamente, que justifiquen el objeto y condiciones de estancia...", y en particular su remisión al reglamento de desarrollo para la fijación o determinación de los tipos de documentos que deben presentarse, así las SSTS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\2159) y de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\3714). Es de destacar que a lo largo de 2007 el Tribunal ha resuelto numerosos recursos⁹ relativos a la situación transitoria generada en el lapso de tiempo entre la adopción de la LO 4/2000 y la adopción de su reglamento de desarrollo, período durante el cual el Tribunal Supremo concluye que seguía siendo de aplicación el artículo 36 del Reglamento¹⁰ que desarrollaba la anterior ley

(6) Publicada en el BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, la LO 4/2000 ha sido reformada por las posteriores Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre, publicadas respectivamente en los BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003 y BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

(7) Publicado en el BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005, ha sido reformado por el RD 1019/2006, de 8 de septiembre y por el RD 240/2007, de 16 de febrero, publicados, respectivamente, en los BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2006 y BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

(8) El Convenio Schengen, como cualquier tratado internacional ratificado por España, se integra en el ordenamiento español de acuerdo con lo establecido en el artículo 96 de nuestra Constitución, desde su publicación en el BOE. El Instrumento de ratificación de este Convenio fue publicado en el BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994, publicándose la corrección de errores en el BOE núm. 85, de 9 de abril de 1994.

(9) Así, los recursos resueltos por las SSTS de 19 de abril de 2007 (RJ 2007\2334), de 12 de abril de 2007 (RJ 2007\4118), de 15 de febrero de 2007 (RJ 2007\4215) y de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\4352).

(10) El RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, fue publicado en el BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996.

de extranjería, precepto reglamentario que facultaba a los funcionarios a exigir la presentación de tales documentos.

Más novedosa resulta la reiterada consideración por el Tribunal Supremo de que estos preceptos legales y reglamentarios no facultan a los funcionarios competentes de los puestos fronterizos para requerir la aportación de los documentos justificativos del objeto y condiciones de estancia en España *en todo caso y de forma incondicionada*, consideración que implica el reconocimiento de ciertos límites a tal facultad. En consecuencia, la no presentación de los documentos justificativos, no siempre puede amparar una denegación de entrada, sino sólo:

- a) Cuando haya datos o circunstancias que levanten la sospecha de que el objeto y/o condiciones de la estancia declarada no se corresponden con la realidad.
- b) Cuando, por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones.

El primero de los supuestos se refiere a aquellos casos en los que por las circunstancias concretas del caso, sea razonable que la Administración dude sobre la finalidad real del viaje. Cuando existen estas dudas le corresponde al interesado despejarlas, así como justificar las posibles incoherencias o contradicciones existentes en su declaración. En este sentido se pronuncian las SSTS de 27 de abril (RJ 2007\3714), de 12 de abril (RJ 2007/4118), de 24 de mayo (RJ 2007\5894) y de 23 de noviembre (RJ 2007\8756), todas ellas de 2007. Debe tenerse en cuenta que dichas dudas deben ser razonables y, por tanto, derivadas de las manifestaciones del viajero, de los documentos por él aportados y, lo que es fundamental, de las diligencias realizadas por los funcionarios para la comprobación de las posibles sospechas existentes, en este sentido las SSTS de 23 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8758) y de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007\7329). Así, la Administración no puede denegar la entrada basándose simplemente en la ausencia de documentos o en posibles contradicciones, sino que debe llevar a cabo las gestiones necesarias para corroborar o no las declaraciones del viajero; si esas gestiones de la Administración son contrarias a lo declarado por el extranjero, le corresponde al interesado demostrar la veracidad de sus declaraciones. El Tribunal otorga una gran relevancia a las gestiones realizadas por la Administración, como pone de manifiesto la STS de 13 de diciembre de 2007 (RJ 2007\7975), en la que la Administración no llevó a cabo estas diligencias de comprobación.

En referencia al segundo de los supuestos mencionados por el Tribunal Supremo, podemos tener en cuenta la STS de 19 de abril de 2007 (RJ 2007\2334) donde se señala que la inexistencia de un programa de viaje o el desconocimiento de objetivos turísticos no son en sí mismos motivos suficientes para denegar la entrada del extranjero, pues “no es nada infrecuente un viaje de turismo carente de programación, en el que los lugares sucesivos a visitar y de hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse, o de las apetencias que en cada momento puedan surgir ante las

varias opciones que se presenten o, en fin, al albur del propio ocurrir del viaje. Como bien se comprende, la edad del viajero, el conocimiento del idioma del país de destino, los medios económicos,... son circunstancias que pueden alentar una decisión semejante”. Con esta sentencia el Tribunal Supremo pone de manifiesto que no siempre es usual o habitual que en los viajes de turismo se posean todos los documentos que justifiquen el objeto y/o condiciones de viajes, por lo que para fundamentar la denegación deberán tenerse en cuenta otras circunstancias. A pesar de este nuevo posicionamiento, que podemos encontrar también en sentencias anteriores, el Tribunal se muestra muy cauto respecto de las consecuencias que pueda desplegar tal afirmación, hasta el punto de que en sus propias sentencias continúa apreciando como indicio de no verosimilitud del carácter turístico del viaje la falta de alojamiento, así como la imposibilidad de concretar los objetivos turísticos, culturales o recreativos del viaje, así mismo el hecho de no tener programados los servicios de un guía o agencia de viaje.

Con todo y con ello, al poner el énfasis en la necesidad de que para la denegación de entrada se lleve a cabo una valoración de las circunstancias del caso así como de las circunstancias personales del extranjero, esta doctrina parece indicar una tendencia a contrarrestar el excesivo automatismo en las decisiones de denegación de entrada por este motivo y el restablecimiento de la obligación de la Administración de llevar a cabo las oportunas diligencias para comprobar la verosimilitud de la declaración del extranjero, y evitar así la consolidación de una práctica en la que la tendencia es que corresponde al interesado, en todo caso, demostrar o probar la finalidad turística del viaje, sostenida por algunos Tribunales Superiores de Justicia¹¹.

**LA EXIGENCIA
DE MOTIVACIÓN IMPLICA
QUE LA ADMINISTRACIÓN
NO SÓLO PUEDE BASAR
LA DENEGACIÓN
DE ENTRADA
EN LA MERA CARENCIA
DE DOCUMENTOS
QUE JUSTIFIQUEN
SU OBJETO
Y CONDICIONES**

(11) En este sentido las SSTSJ de Madrid 471/2007, de 14 de junio (JUR 2007\268271), 1286/2007, de 18 de octubre (JUR 2008\58296), 1299/2007, de 22 de octubre (JUR 2008\58008), así como la 986/2007, de 14 de septiembre (JUR 2007\849), que mantienen que le corresponde acreditar y justificar el objeto y las condiciones de la estancia prevista en territorio nacional a quien quiere entrar en dicho territorio. La última de las Sentencias citadas, expresamente se refiere a la existencia de cierta contradicción entre su fallo y la doctrina del Tribunal Supremo, explicando esta discrepancia de la siguiente manera: “El Convenio exige la acreditación documental del objeto del viaje ‘en su caso’, lo que entiende la Sentencia citada [STS de 1 de abril de 2005 (RJ 2005\3309)] que la Administración debe explicar por qué ‘en su caso’ se ha exigido esta acreditación, qué razones de duda existían acerca de la intención del viajero. Lo que hace el Convenio en su artículo 5.1.c) es dejar a las partes la determinación de cuándo han de exigirse acreditamientos concretos, y nótese que esas sentencias del Tribunal Supremo vienen referidas a la originaria redacción del artículo 23 de la LO 4/2000, de 11 de enero, que no preveía tal exigencia, mientras que la vigente redacción del artículo 25.1 dice de forma imperativa que ‘deberá presentar’ los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia. Ya no hay opción para exigirlo unas veces sí y otras no, sino que es el viajero a quien le incumbe acreditar que sus intenciones declaradas son ciertas y ello siempre que se pretenda entrar en España”. Lo cierto es que en la STS de 13 de diciembre (RJ 2007\7975) podemos ver que el Tribunal Supremo aplica el artículo 25.1 de la LO 4/2000, de acuerdo con la redacción dada por la LO 8/2000, manteniendo, al igual que en 2005, que esa facultad para solicitar los documentos justificativos no es ilimitada.

Es más, la exigencia de motivación implica que la Administración no sólo no puede basar la denegación de entrada en la mera carencia de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, sino que debe, además, especificar cuáles son los documentos que se echan en falta y cuya ausencia determina la denegación de entrada. En la STS de 15 de febrero de 2007 (RJ 2007\4215) el Tribunal estima el recurso de casación interpuesto al concluir que la sospecha de no ser veraces las manifestaciones del viajero, que al parecer determinó la denegación de entrada, no aparece debidamente basada en los documentos aportados y las diligencias realizadas, al contrario, dicha sospecha resulta desvirtuada por los documentos que aquél portaba y no aparece confirmada por las actuaciones de comprobación efectuadas por la misma Administración.

II. PERMISO POR ARRAIGO

A) El concepto de arraigo como concepto jurídico indeterminado

La existencia de arraigo permite a la Administración conceder una autorización de residencia temporal en virtud del artículo 31.3 de la LO 4/2000¹², precepto que remite al desarrollo reglamentario la concreción de las condiciones para reconocer tal situación de arraigo. En la actualidad, tal previsión se encuentra regulada en el artículo 45.2 del RD 2393/2004, aunque la jurisprudencia dictada durante 2007 resuelve asuntos planteados a la luz de la normativa reglamentaria anterior sobre arraigo, en concreto sobre el artículo 41.2.d) del RD 864/2001¹³ e incluso a través de la Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración de 8 de junio de 2001, que abrió la regularización extraordinaria de extranjeros de 2001, y que incluía el arraigo como elemento clave para ésta.

Quizá por esta pluralidad de usos normativos del concepto de arraigo el Tribunal ha otorgado tanta importancia al origen jurisprudencial del concepto y ha defendido una noción relativamente autónoma que va más allá de la noción reglamentaria de él, tal y como ha expuesto la STS de 12 de abril de 2007 (RJ 2007\3704). En ella, el Tribunal define el concepto de arraigo como un concepto jurídico indeterminado que ha sido perfilado jurisprudencialmente mediante la interpretación de lo establecido en normas con rango legal, por lo que los supuestos que reglamentariamente se establecen no suponen una restricción del concepto de arraigo, sino que los preceptos reglamentarios definen supuestos en los que debe entenderse acreditado siempre el arraigo, pero no puede considerarse en ningún caso que efectúen una definición cerrada —o *numerus clausus*— de lo que debe entenderse por arraigo, pues tal concepto resulta de su propio perfil legal y jurisprudencial.

(12) El artículo 31.3 de la LO 4/2000 establece que “La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”.

(13) Precepto que se expresaba en los siguientes términos: “Aquellos que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España y los vínculos con extranjeros residentes o con españoles”.

Para subrayar esa autonomía del concepto jurisprudencial de arraigo, las SSTs de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1958) y de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\2150) recogen la definición de arraigo que el Tribunal mantiene. Es definido jurisprudencialmente el arraigo como la existencia de **vínculos que unen al extranjero con España, ya sean de tipo familiar, social, económico, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente a residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitada**. En este sentido, el Tribunal exige como mínimo, primero, que el arraigo lo invoque y acredite el propio interesado; segundo, que exista una residencia previa en territorio español; tercero, que existan unos vínculos de la calidad de los anteriormente mencionados y que son precisamente los que determinan la existencia de una situación de arraigo en relación con la residencia previa, exigencia acumulativa que se explica por el uso en los preceptos reglamentarios de la conjunción “y” junto al requisito de residencia.

Si se desciende al concreto tratamiento otorgado por el Tribunal Supremo a cada uno de los motivos de arraigo, resulta que la noción jurisprudencial no es tan amplia como pudiera pensarse. Así, por ejemplo, respecto de los vínculos familiares que pueden acreditar el arraigo, el Tribunal acoge un concepto de familia estricto y reducido para ajustarse a las pautas socioculturales actualmente vigentes, lo cual explica, por ejemplo, que en tal concepto de familia no se incluyan a los hermanos [al menos cuando éstos son mayores de edad y con vida independiente, STS de 12 de abril (RJ 2007\3704)]. En el fondo este concepto restringido de familia que defiende el Tribunal no se aleja demasiado del concepto de familia al que se refiere el Reglamento de extranjería. En esta misma Sentencia, respecto del arraigo laboral, el Tribunal considera que la presentación de una simple oferta de trabajo no denota una vinculación laboral y, por tanto, no acredita por sí misma el arraigo, ya que el arraigo es expresión de una vinculación ya existente, aunque sea fáctica, con el mercado de trabajo, y la oferta de trabajo sólo denota una vocación futura de vinculación que, de llegar a materializarse, debería ser utilizada para la obtención del permiso de trabajo; por tanto, en este caso sería necesaria la concurrencia de otros vínculos para poder considerar que existe arraigo.

Por último, la STS de 3 de enero de 2007 (RJ 2007\328) merece una especial consideración al hacer referencia a la posible eficacia del arraigo a la hora de conceder un permiso de residencia aun cuando la persona conste como rechazable, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.4 de la LO 4/2000 y el Convenio Schengen. Así, la Sentencia afirma que el mero hecho de constar como no admisible en el espacio Schengen no conlleva de forma automática, sin más análisis, la denegación del permiso de residencia, sino que deben analizarse todos los datos y circunstancias que concurran en el caso. Es más, nos recuerda que el propio Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen¹⁴ establece la posibilidad de conceder un permiso de residencia a pesar de estar incluido en la lista de no admisibles cuando concurran motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales. Para otorgar el permiso, que supone una excepción a la prohibición de entrada, debe consultarse previamente al Estado que introdujo el registro

(14) Artículo 25 del Convenio Schengen.

en el SIS y tener en cuenta sus intereses. En esta Sentencia el Tribunal considera que la Administración al menos debe analizar si el hecho de estar casada la recurrente con un extranjero residente legal en España con permiso de residencia temporal y de autorización para trabajar, ya que el artículo 39.1 de la CE dispone que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, puede ser considerado como un motivo serio que justifique la concesión del permiso de residencia. Curiosamente, el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la conveniencia o no de otorgar el permiso, puesto que es a la Administración a quien le corresponde en primera instancia decidir sobre ello y, en su caso, abrir el procedimiento establecido en el propio convenio de aplicación del acuerdo Schengen a este efecto; por ese motivo, tras constatar que la Administración no ha valorado la nueva situación surgida, el Tribunal se limita a ordenar la retroacción de las actuaciones administrativas a una fase del procedimiento en la que las autoridades españolas valoren la apertura del procedimiento dispuesto en el artículo 25.1 del Convenio.

B) Valor de las Notas informativas de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración

La particularidad de muchas de las sentencias que en este año ha dictado el Tribunal Supremo en materia de arraigo, radica en que cuando el extranjero presentó la solicitud de permiso de residencia por arraigo, el Reglamento¹⁵ que desarrollaba la Ley no estaba todavía en vigor. En ese período la Administración aplicaba la Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración de 8 de junio de 2001 (aclarada por otra posterior de 15 de junio).

A pesar de que las sentencias del Tribunal Supremo no hacen referencia al contexto en el que se dictaron estas Resoluciones, una breve referencia a éste puede ayudarnos a explicar el origen de los requisitos exigidos en ellas y la razón por la cual han sido objeto de tanta litigiosidad, pues su número no es en absoluto desdeñable. Estas resoluciones administrativas tienen su origen en unos Acuerdos adoptados entre la Subdelegación del Gobierno en Barcelona y los representantes de varios colectivos de inmigrantes entre febrero y marzo de 2001 a raíz de los encierros en varias iglesias de Barcelona protagonizados por extranjeros, y que pronto se extendieron por otras ciudades españolas¹⁶. Los encierros fueron consecuencia del descontento generado por el reexamen, que de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta de la LO 8/2000 y el RD 142/2001, de 16 de febrero, llevó a cabo la Administración respecto de las solicitudes que habían sido rechazadas en el proceso de regularización iniciado en el año 2000¹⁷ (RD 239/2000, de 18 de febrero), y que finalizó

(15) El RD 864/2001, de 20 de julio, entró en vigor tras publicarse en el BOE núm. 74, de 21 de julio, el 1 de agosto de 2001 (Disposición Final Quinta del Real Decreto).

(16) Para poder contextualizar la normativa sobre regularización y revisión de la regularización en el trasfondo político y social del primer semestre de 2001 puede leerse OLIVÉ, Llorenç: "Els processos de regularització d'estrangers al llarg de l'any 2001" en *Anuari Inmigració a Catalunya 2001*, Ed. Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 2002.

(17) La Disposición Transitoria Primera de la LO 4/2000 estableció un nuevo procedimiento de regularización para los extranjeros que se encontraran en territorio español antes del día 1 de junio, habiendo sido el RD 239/2000, de 18 de febrero, el que regulaba específicamente el procedimiento y requisitos de dicha regularización. Algunas de las sentencias

con un elevadísimo número de denegaciones. Con estos Acuerdos y las Resoluciones administrativas adoptadas ulteriormente, que rigieron hasta la entrada en vigor el 1 de agosto de 2001 del Reglamento de ejecución de la Ley, Real Decreto 864/2001, se abrió la posibilidad de que se presentasen solicitudes de regularización con base en la fórmula legal del arraigo, bajo el compromiso de los responsables políticos de que los requisitos exigidos en la resolución se interpretarían de la forma más amplia y favorable posible para los interesados.

Esta resolución exigía una serie de requisitos a aquellos extranjeros que quisieran beneficiarse de dicho procedimiento, que en resumen son: 1. Encontrarse en España con anterioridad al 23 de enero de 2001. 2. Acreditar una situación de arraigo en nuestro país, considerando como tal la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España o la existencia de vínculos con extranjeros residentes o con españoles. 3. No estar incurso en alguna de las causas de expulsión, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad y no tener prohibida la entrada en territorio español, ni tener proceso judicial penal en curso. Asimismo cumplir con los requisitos del artículo 31.4 de la LO 4/2000.

La Resolución que fue remitida a las Delegaciones del Gobierno no tenía valor de norma (ni siquiera fue publicada en el BOE), y por ello tampoco puede limitar las facultades interpretativas de las normas que los jueces y los tribunales poseen. Ahora bien, según el Tribunal Supremo, esto no significa que estas resoluciones y las notas o instrucciones resultantes de ellas, carezcan totalmente de valor, sobre todo cuando han tenido un reflejo externo. Los criterios expuestos por la Administración en esa nota informativa fueron llevados a los formularios que la Administración proporcionaba a los interesados, donde en consonancia con la nota, se hablaba de incorporación real o potencial al mercado de trabajo, con una casilla destinada a la oferta de trabajo.

Frente a esto, multitud de Sentencias, entre otras, las SSTs de 25 de enero de 2007 (RJ 2007\834) y de 12 de abril de 2007 (RJ 2007\4602) han insistido en la necesidad de preservar la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad (artículo

dictadas por el Tribunal Supremo durante 2007 hacen referencia a los dos procesos de regularización que se llevaron a cabo en los años 2000 y 2004; entre otras, destacan la STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007\1942) que niega al extranjero la posibilidad de plantear en sede jurisdiccional otras posibles vías de obtención del permiso de residencia y trabajo —como la del arraigo— que previamente no hubieran sido formuladas ante la Administración en el procedimiento de regularización, o la STS de 9 de febrero (RJ 2007\1884), que exige el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que los reales decretos que regulan el proceso de regularización exigen, no siendo suficiente la concurrencia de alguno de ellos.

**ESTA DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL
PUEDE SER DE GRAN
IMPORTANCIA SI SUPONE
QUE LA ADMINISTRACIÓN
SE AUTOVINCULA POR SUS
PROPIAS RESOLUCIONES
ADMINISTRATIVAS**

9.3 de la CE), principios que impiden a la Administración hacer pública una determinada interpretación de las normas que favorece a los interesados, para despreciarla después. Y los jueces y tribunales deben tener en cuenta esta circunstancia, para que no sufran los principios de buena fe y confianza legítima. Máxime cuando esa nota informativa sólo se refería a un período transitorio y a una clase de permiso. Esta doctrina jurisprudencial puede ser de gran importancia si supone que la Administración se autovincula por sus propias resoluciones administrativas, sobre todo cuando éstas se exteriorizan a través de los formularios correspondientes. Lo cierto es que, a pesar de la rotundidad de estas sentencias, también es cierto que ponen especial énfasis en que se trata de un período transitorio y referido únicamente a un tipo de permiso y, por tanto, los criterios recogidos eran exclusivamente aplicables a los permisos por arraigo, por lo que no puede considerarse a primera vista esta doctrina extensible a todos los supuestos.

Ahora bien, parece más claro que, si por el contrario, la aplicación de esta Resolución perjudica a los interesados por establecer unos requisitos más estrictos que los que posteriormente se han recogido en la normativa reglamentaria, puede verse afectado el principio de legalidad recogido en los artículos 9.3 y 25 de nuestra Constitución¹⁸. Las SSTs de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1953), de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5890) y de 21 de junio de 2007 (RJ 2007\7917) reconocen que si el fundamento para la denegación del permiso es la ausencia de un requisito transitorio y contenido en simples instrucciones, que con posterioridad no ha sido trasladado a la ley ni a la norma reglamentaria de desarrollo, se vulnera el principio de legalidad. En estos casos debe considerarse la resolución denegatoria del permiso como no conforme a derecho por vulneración del principio de legalidad, al carecer la causa de denegación de cobertura legal en el momento en el que se dictó la resolución o sentencia. El Tribunal Supremo para llegar a esta conclusión aplica la doctrina de la STC 99/2000, de 10 de abril, en la que se establece que el principio de retroactividad de la Ley sancionadora más favorable constituye un mandato específico del artículo 25 de la Constitución y que la sumisión del órgano judicial, al aplicar las normas, a las vigentes en el momento de la aplicación debe conectarse con el derecho de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución.

III. PROCEDIMIENTO Y VICIOS PROCEDIMENTALES

A) Trámite de audiencia, trámite de subsanación y motivación

El artículo 20.2 de la LO 4/2000 dispone que “Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas

(18) Esta afectación del principio de legalidad puede deberse principalmente a lo dispuesto en el apartado 3 de la resolución, que establece la necesidad de “no encontrarse incurso en alguna de las causas de expulsión, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad y no tener prohibida la entrada en territorio español. Así como no tener proceso judicial penal en curso”. Estas exigencias no han sido posteriormente recogidas en los preceptos reglamentarios que desarrollan el artículo 31 de la LO 4/2000.

en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta ley”. Este artículo debe interpretarse de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. La STC 103/1996, de 11 de junio, considera que el trámite de audiencia no constituye una infracción susceptible de amparo y que las exigencias del artículo 24.1 de la Constitución no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa, puesto que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo, incluso cuando es preceptiva, no comporta necesariamente indefensión con relevancia constitucional debiendo ser corregida en su caso por los órganos judiciales, salvo que el procedimiento en el que aquélla se haya cometido tenga carácter sancionador.

Por lo tanto, no todo incumplimiento de los trámites procedimentales puede considerarse con fuerza invalidante y adquirir la relevancia suficiente como para justificar la impugnación, pues para ello es necesario que dicho quebrantamiento vaya acompañado de una indefensión real y efectiva, [STS de 18 de abril de 2007 (RJ 2007\1869)]. En la mayor parte de Sentencias del Tribunal, en esta materia, se alega el inadecuado cumplimiento del trámite de audiencia y del requisito de motivación, garantía ambos de los derechos recogidos del artículo 24 de la Constitución. En palabras del propio Tribunal, en las SSTs de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\2658) y de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\3714), los defectos formales revisten trascendencia anulatoria de los actos impugnados en la medida que ocasionan una real y efectiva indefensión al interesado, más allá de la puramente formal. La indefensión no se produce si el interesado tuvo conocimiento suficiente de las razones por las que se denegó su petición, en este caso la entrada en el territorio nacional.

Se entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa, consistente en un impedimento del derecho a alegar y demostrar los propios derechos o replicar a las posiciones contrarias. Indefensión que debe ser imputable a una indebida actuación de los órganos judiciales, pues como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, no coincide necesariamente una indefensión relevante constitucionalmente con su concepto desde el punto de vista jurídico-procesal. La STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007\914) a diferencia de otras sentencias estima el motivo de casación por vulneración del trámite de audiencia por considerar que se le ha producido a la parte recurrente una indefensión real y efectiva al no habersele dado traslado del informe-propuesta de resolución, que recogía datos nuevos que pueden ser relevantes para la resolución final. Debía habersele dado al interesado traslado para que formulase las alegaciones que considerase oportunas respecto a esos hechos nuevos, puesto que en otro caso la audiencia sería incompleta, por no contener mención de datos o hechos relevantes, frente a los que la interesada nada podría alegar. Cuando existe un vicio formal invalidante por causar indefensión, debe acordarse la retroacción de las actuaciones en el expediente para que se cumpla el trámite omitido. Por el contrario, la falta de traslado del informe-propuesta no originará indefensión al interesado cuando no contenga datos nuevos.

En cuanto a la falta de motivación, la STS de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\3714), por ejemplo, desestima el motivo de casación basado en este motivo al considerar que “aun-

que las resoluciones administrativas dictadas pudieron y debieron haber sido más explícitas, puede concluirse razonablemente que a tenor de las actuaciones administrativas practicadas con anterioridad, el interesado fue suficientemente ilustrado sobre los extremos que precisaba clarificar y acreditar a fin de que se le permitiera la entrada en territorio nacional, por lo que no cabe apreciar la existencia de una indefensión real y efectiva, más allá de la meramente formal, pues el interesado cuando interpuso el recurso contencioso, conocía las razones de lo decidido por la Administración, por lo que pudo articular su defensa con plenitud de conocimiento y sin indefensión alguna”.

Como último inciso hay que hacer mención al trámite de subsanación al que el Tribunal Supremo hace referencia en muchas de sus sentencias, reiterando una doctrina que sin duda puede considerarse totalmente consolidada. El Tribunal considera que la Administración debe requerir al interesado para subsanar la posible ausencia de documentos que justifiquen lo alegado por el interesado, puesto que hecha referencia al dato, su prueba documental es ya algo meramente instrumental, cuya subsanación debe procurar la Administración. [Cfr., en este sentido, las SSTs de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\2150) y de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\3702).]

B) Derecho a la tutela cautelar

En la esfera de protección de los derechos recogidos en el artículo 24 CE, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones a lo largo de 2007 sobre la posible vulneración del derecho de tutela cautelar como consecuencia de la necesidad de interponer recurso de alzada frente a la resolución denegatoria de entrada (entre otras resoluciones a las que el reglamento hace referencia)¹⁹. A este respecto, el Tribunal Supremo parte de la consideración de que corresponde tanto al legislador como al Gobierno la determinación de los supuestos en que una resolución puede poner fin a la vía administrativa. En este sentido la norma general de referencia es el artículo 109.d) de la Ley 30/1992, en el que se previene que ponen fin a la vía administrativas “las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca”.

A partir de esta previsión, el régimen impugnatorio de los actos administrativos en el específico ámbito de la extranjería se encuentra simplemente enunciado en el artículo 21 de la LO 4/2000²⁰, precepto que permite al reglamento establecer, con un

(19) Son resoluciones que no ponen fin a la vía administrativa según la Disposición Adicional Décima del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000: las resoluciones de prórroga del permiso de residencia, renovación y modificación del permiso de trabajo y devolución, denegación de entrada y retorno, las cuales necesariamente deberán ser recurridas en alzada, antes de la interposición de recurso contencioso-administrativo.

(20) Su apartado primero se limita a disponer que “los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes”. Por su parte, el apartado segundo dispone que “el régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente”.

margen relativamente amplio, qué actos ponen fin a la vía administrativa y cuáles no (Disposición Adicional Décima REDYLE).

En este sentido, el Tribunal considera que no hay base para sostener que la determinación reglamentaria de que una resolución no pone fin a la vía administrativa, con la consecuencia de su previa y obligada impugnación mediante el recurso de alzada, vulnere *per se* el derecho de acceso a la justicia, cuando es obvio que el previo recurso administrativo no impide dicho acceso, ni lo condiciona o limita de modo no razonable, pues el establecimiento de un recurso previo administrativo no obstaculiza ni impide el acceso al proceso judicial y, en este caso, al de protección de derechos fundamentales en que no resulta preceptivo el agotamiento de la vía administrativa previa, ni supone una carga irrazonable o injustificada, máxime cuando, tanto en el recurso de alzada como en el recurso judicial, es posible instar la suspensión de la ejecución del acto administrativo y solicitar, además, en la vía administrativa del recurso, las medidas cautelares oportunas. Todo ello refuerza la consideración, según el Tribunal, de que esta última vía es una garantía para los interesados y no un obstáculo. En este sentido las SSTs de 25 de enero de 2007 (RJ 2007\172) y de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007\236), doctrina que ya encontramos en la STS de 9 de febrero de 2004 (RJ 2004\4471). Lo dicho por el Tribunal tiene su lógica si no fuese por el hecho de que en ocasiones la suspensión del acto administrativo no se produce o incluso puede ocurrir que la suspensión se acuerde con posterioridad a la salida del ciudadano extranjero del país, dificultándose en estos casos considerablemente el acceso a la protección de los tribunales, puesto que en esos casos, en base a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de las resoluciones administrativas, se materializa la expulsión. Aunque formalmente la obligación de recurrir el acto en vía administrativa con anterioridad a su impugnación judicial no supone ningún obstáculo, en la práctica sí que puede serlo, pues las dilaciones que genera el recurso de alzada pueden impedir el acceso a los tribunales antes de que el extranjero salga del territorio español. En tales casos, perderá sentido la impugnación con posterioridad a la salida, aunque la propia norma reglamentaria prevea la posibilidad de interposición de recursos a través de las representaciones diplomáticas o consulares de España en el exterior, como la inexistente práctica en este sentido demuestra.

**LA EXPULSIÓN DEBE
LLEVARSE A CABO
UNA VEZ NOTIFICADA
LA RESOLUCIÓN, CONTRA
LA QUE CABE RECURSO**

C) Vicios procedimentales en el ámbito de la sanción de expulsión

a) Notificación y caducidad del procedimiento

Respecto a la necesidad de notificación de la resolución hay que decir que la mera ejecución material de la resolución sancionadora de expulsión del territorio nacional no cumple en modo alguno la finalidad de la notificación, que es no sólo dar a conocer al expedientado el sentido de la decisión sino también comunicarle las razones de lo decidido e ilustrarle sobre las vías de impugnación de dicha decisión. No cabe duda de que el hecho material de la expulsión implica el conocimiento de lo decidido por la Administración, pero esto no puede equipararse a la notificación, tal y como defiende el Abogado del Estado en procesos como el que dio lugar a la STS de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\2145).

Esta equiparación no es posible sin vulnerar el derecho a la asistencia letrada y el derecho al recurso del que es titular el extranjero²¹, derechos cuya finalidad resultaría frustrada si se ejecuta el acuerdo de expulsión sin haber notificado en debida forma la resolución sancionadora. La expulsión debe llevarse a cabo una vez notificada la resolución de expulsión, resolución contra la que cabe recurso, lo que evidencia que la notificación de expulsión y su ejecución material son cuestiones conceptualmente distintas, sin que pueda entenderse una sustituida por otra.

Parece lógico considerar que la notificación no puede ser equiparada de ningún modo a la ejecución material de ésta, puesto que la notificación no sólo tiene como finalidad poner en conocimiento del interesado el sentido de la resolución, sino también informarle sobre los motivos que han llevado a dicho fallo, así como de los recursos existentes y otorgarle la posibilidad del cumplimiento voluntario, finalidades todas ellas que no se producen con la ejecución material.

La ejecución material no puede incluirse dentro de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 30/1992, tal y como pretende el abogado del Estado en estos casos, en el que se establece que se considerará notificada la resolución cuando el interesado realice actos o actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución, no se puede olvidar que la ejecución material no es una actuación del interesado sino por el contrario de la propia Administración.

En materia de notificación hay que tener en cuenta que la propuesta de resolución que se adopta en el procedimiento administrativo debe ser notificada a la parte interesada para que no se cree indefensión, no sólo se debe notificar la propuesta de resolución inicial sino también toda nueva resolución cuando introduzca hechos nuevos que afecten a la decisión, puesto que debe darse al interesado la posibilidad de alegar en su defensa lo que considere oportuno respecto a esos hechos [STS de 28 de febrero de 2007 (RJ

(21) El artículo 63.2 de la LO 4/2000 reconoce estos derechos al extranjero en el procedimiento preferente.

2007\4351)]. Si no se llevase a cabo esa notificación se estaría creando una indefensión para el interesado puesto que no conocería todos los motivos que han llevado a la Administración a adoptar la decisión correspondiente en su caso.

Además, la notificación debe ser personal. Únicamente en el caso de que esta notificación personal no sea posible, se podrán llevar a término las actuaciones oportunas para dar por cumplido el requisito de la notificación, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la propia Ley 30/1992 [STS de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1959)]. El Tribunal Supremo considera así que la notificación edictal no es válida si previamente no se acredita que se han llevado a cabo las actuaciones necesarias para que se produzca la notificación personal.

En cuanto a la caducidad del procedimiento, si la resolución y notificación no se produce dentro de los seis meses siguientes a su incoación, y no constando que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado o que se hubiera acordado la suspensión del trámite, se produce la caducidad. Si se produce la caducidad se procederá al archivo de las actuaciones. Este plazo de seis meses es aplicable tanto al procedimiento ordinario como al preferente, en cuanto es una regla procesal que no hace distinciones respecto al procedimiento [STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\3081)]. Esta regla se encuentra en el propio reglamento de ejecución de la LO 4/2000 no siendo aplicable la normativa general en materia de procedimiento administrativo sancionador, puesto que esta normativa sólo será aplicable en materia de extranjería con carácter supletorio.

b) Comunicación a la autoridad extranjera de la expulsión

Por su particularidad merece la pena detenerse en algunos de los vicios más frecuentes en la tramitación del expediente sancionador relacionados con la exigencia de comunicación al Consulado y al Ministerio del país del que el interesado es nacional, de la existencia de un expediente de expulsión y de las medidas cautelares de detención e internamiento así como de la resolución final de dicho expediente, tal y como resulta del artículo 62.4 de la LO 4/2000.

El incumplimiento de estos requisitos dará lugar a la retroacción del procedimiento al momento en que se debían haber cumplimentado, siempre que su ausencia genere indefensión, consecuencia que no se produce automáticamente sino que requerirá una valoración de los hechos que obran en el expediente para determinar la trascendencia de la omisión de tales trámites, tal y como en STS de 9 de febrero (RJ 2007\2189) se pone de manifiesto. En este caso constaba en el expediente que el interesado estaba indocumentado, por lo que el Tribunal considera que para cerciorarse sobre la verdadera identidad y nacionalidad del interesado y de sus circunstancias personales, la intervención del Consulado del Estado del que dice ser nacional es esencial, por lo que, al no comunicársele la existencia del expediente de expulsión, se produjo una disminución de garantías que derivó en una real y efectiva indefensión para el interesado, con trascendencia invalidante de la resolución administrativa. La ausencia de este trámite exigido por la ley supone la

reposición de las actuaciones al momento necesario para que se lleve a cabo el trámite omitido, es decir, para que se comunique el inicio del expediente al Ministerio de Asuntos exteriores y a la Embajada o Consulado, y se acredite en el expediente la recepción por estos organismos de la citada comunicación. Es ésta una aproximación muy parecida a la que el Tribunal mantiene en los supuestos de denegación de la solicitud de asilo en los que se ha omitido la comunicación al ACNUR.

Desde otro punto de vista, no es suficiente para dar por cumplidos estos requisitos que la Administración dé formalmente traslado de este expediente al correspondiente consulado o ministerio, sino que es necesario que dicha comunicación sea efectiva y, por tanto, que la Administración española se asegure de que dichos organismos han recibido efectivamente la información correspondiente sobre el expediente.

IV. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

En este apartado se explicarán dos instituciones, que en principio tienen un régimen jurídico claramente diferenciado, como son la devolución y la sanción de expulsión, pero que son introducidos en un único apartado en este comentario no sólo porque tienen una misma consecuencia, la salida del extranjero del territorio nacional, sino principalmente por los problemas interpretativos que en determinados supuestos se han originado. De forma más específica se hará referencia a la sanción de expulsión y a su carácter excepcional frente a la sanción de multa, que es la prevista de forma general para las infracciones administrativas tipificadas en la LO 4/2000, centrando el interés en aquellos datos que de constar en el expediente administrativo justifican la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa. Otros aspectos a tratar son, por ejemplo, la posibilidad de recurrir el acto de inicio del procedimiento sancionador cuando en él se solicita el internamiento del extranjero, así como el concepto de orden público que el Tribunal Supremo mantiene, con independencia de que nos encontremos ante la expulsión de ciudadanos comunitarios o no.

A) Devolución y expulsión

La regulación legal y reglamentaria de las figuras de expulsión y devolución puede generar situaciones en los que sus respectivos ámbitos de aplicación coincidan, situación que ha obligado al Tribunal a intentar ofrecer una posible delimitación de éstos. En este sentido, conviene recordar que la estancia es definida por la Ley²² como la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días. Transcurrido dicho tiempo, es indispensable, para que el extranjero pueda permanecer en España, que

(22) Artículo 30.1. de la LO 4/2000.

obtenga una prórroga de estancia o un permiso de residencia. Una muestra de esta interpretación la encontramos en las SSTS de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\3709), de 9 de marzo de 2007 (RJ 2007\2293) y de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7175).

Sin olvidar el concepto de estancia que recoge la legislación de extranjería, debe tenerse en cuenta el artículo 53.a) de la LO 4/2000, en el que se centra la interpretación del Tribunal Supremo, y que tipifica como infracción la “no obtención o caducidad de la prórroga de estancia, de la autorización de residencia o documentos análogos,” lo que es, en palabras del Tribunal Supremo, distinto a la pura entrada ilegal y la pura estancia. El problema interpretativo lo encontramos en la expresión “no haber obtenido la prórroga”, que ha llevado al Tribunal a sostener que esta conducta no hace referencia al permiso de estancia inicial sino simplemente a la prórroga de estancia. Durante los primeros 90 días, por lo tanto, estas conductas no podrán ser sancionadas con la expulsión, sino que corresponderá aplicar en estos casos la devolución. En este sentido se pronuncian las SSTS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\2158) y de 31 de enero de 2007 (RJ 2007\2034). La entrada ilegal y la estancia durante los primeros noventa días sólo pueden dar lugar a la devolución del extranjero, pues tales actividades no están tipificadas como infracciones administrativas graves o muy graves, sin que importe si la estancia del extranjero en nuestro país ha sido superior al período de tiempo de estancia autorizado en el visado que le dio acceso al territorio [STS de 19 de abril de 2007 (RJ 2007\4271)]. Sólo transcurridos los 90 días iniciales de estancia, y siempre que no se haya solicitado la prórroga de estancia, se incurre en la conducta tipificada como infracción muy grave en la Ley y susceptible de expulsión, pero no antes.

Por otro lado, el Tribunal no acepta, como se pone de manifiesto en las sentencias comentadas, que la Administración opte en los casos de ausencia de permisos por aplicar el artículo 53.a) de la LO 4/2000 y, por tanto, imponer la sanción administrativa de expulsión y la correspondiente prohibición de entrada en el territorio español, sin ni siquiera atender las alegaciones de los extranjeros referidas a una presencia en España por un período inferior a 90 días. Y ello genera una infracción de índole procesal, además, pues si el interesado alega que lleva menos de tres meses en España, éste es un elemento de especial relevancia sobre el que la Administración

**ANTE LA AUSENCIA
DE LOS PERMISOS
CORRESPONDIENTES,
ES NECESARIO ATENDER
A LAS CIRCUNSTANCIAS Y
AL MOMENTO DE ENTRADA
EN CADA UNO
DE LOS CASOS Y NO
PROCEDER SIMPLEMENTE
A LA EXPULSIÓN**

debe pronunciarse, al menos negándolo, antes de proceder a la expulsión. La STS de 27 de septiembre de 2007 establece que si la Administración no niega en ningún momento este dato lo que procede es la devolución, considerando la expulsión no conforme a derecho en estos supuestos. Por el contrario, si la Administración niega ese hecho, encontrándose el interesado indocumentado, le corresponde a él y no a la Administración probar la veracidad de la afirmación, en este sentido, la STS de 20 de abril de 2007 (RJ 2007\4295).

De las palabras utilizadas por el Tribunal, por tanto, parece extraerse la idea de que con esta jurisprudencia se pretende favorecer al extranjero, intentando acabar con el automatismo con el que la Administración actúa cuando se encuentra ante un ciudadano extranjero que carece de los permisos legalmente exigidos, acordando en estos casos la expulsión. El Tribunal considera que es necesario atender a las circunstancias y al momento de entrada en cada uno de los casos y no proceder simplemente a la expulsión, ante la ausencia de los permisos correspondientes.

Antes de la entrada en vigor de la LO 14/2003 que modificó la LO 4/2000 la devolución presentaba la ventaja de ser una medida que no iba acompañada de una prohibición de entrada, a diferencia de la expulsión que sí contemplaba tal medida por un período de entre tres y diez años. Sin embargo, tras la reforma legal de 2003 tal ventaja ha desaparecido pues también la devolución comporta una prohibición de entrada de hasta tres años. Como las sentencias resueltas en 2007 por el Tribunal Supremo se refieren a casos anteriores a la entrada en vigor de la LO 14/2003, es lógico que el Tribunal subraye al resolver los recursos que la devolución no viene acompañada de la prohibición de entrada en estos casos [así las SSTs de 19 de abril (RJ 2007\4271), de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\2158) y de 31 de enero de 2007 (RJ 2007\20341)]. Es ejemplificadora en este sentido la STS de 18 de octubre de 2007 (RJ 2007\6466), donde la sentencia de instancia se hacía eco de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, aunque consideraba conforme a derecho la orden de expulsión al señalar que las consecuencias prácticas de la expulsión y la devolución eran las mismas, siendo las garantías de defensa mayores en el procedimiento de expulsión; y, sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza tal argumentación, al considerarla contraria al principio de tipicidad, pues supone incluir en el tipo una conducta no prevista en él, pero, sobre todo, porque las consecuencias prácticas de la devolución y la expulsión no son equiparables, ya que la prohibición de entrada está reservada únicamente para los casos de expulsión, siendo ésta una consecuencia más gravosa para el interesado.

Es probablemente la ausencia de prohibición de entrada el principal motivo por el que el Tribunal ha optado por esta interpretación literal y en cierta manera forzada del artículo 53.a) de la LO 4/2000, puesto que una interpretación sistemática de la Ley permitiría de forma más fácil considerar como infracción la permanencia ilegal en territorio español, con independencia de que nos encontremos o no dentro de los primeros 90 días en territorio español. Habrá que esperar a ver si el Tribunal en futuras sentencias continúa con esta interpretación, cuando empiece a pronunciarse sobre asuntos en los que, vigente ya

la reforma operada por la LO 14/2003, devolución y expulsión vayan acompañadas de una prohibición de entrada (aunque su duración sea menor en la devolución).

Sin embargo, no debe desconocerse que la interpretación que lleva a cabo el Tribunal puede generar también graves perjuicios para el extranjero, puesto que la devolución es una medida de ejecución inmediata (72 horas) que no está rodeada de todas las garantías que sí están presentes en el procedimiento administrativo sancionador de expulsión. Además, el hecho de que se trate de una medida de tan rápida ejecución dificulta considerablemente el acceso a la justicia por parte de los perjudicados.

Además, la interpretación del Tribunal Supremo va mucho más allá de la letra de la ley en cuanto establece un nuevo supuesto que habilita el uso de la institución de la devolución. La ley se refiere al que entra en España contravieniendo una prohibición de entrada y al que pretende entrar ilegalmente en España. No es posible incluir los casos a los que se refiere el Tribunal en el primero de los supuestos, y respecto al segundo de los supuestos ¿hasta qué punto puede mantenerse que una persona que lleve un mes o más en España, está intentando entrar en territorio español? No cabe duda de que en estos casos la entrada en España se ha consumado y se encuentra de hecho en territorio español. El propio Tribunal Supremo defendió esta interpretación de la ley en su Sentencia de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003\2422) en la que anuló el artículo 138.1.b) del RD 864/2001, arguyendo que la expresión “pretender entrar” que se recoge en la Ley se refiere a la tentativa de entrada, y no pueden incluirse en ella los supuestos en los que el extranjero se encuentra en ruta o en tránsito por el territorio español sin las correspondientes autorizaciones, dado que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar, sino que ya se encuentran en el territorio nacional, y, por tanto, el reglamento al incluir estos supuestos en la expresión “pretender entrar” está realizando una interpretación demasiado extensiva de la ley que no podía ser aceptada. Parece difícil, por tanto, que el Tribunal esté incluyendo los casos de estancia de hasta 90 días en este supuesto habilitante para la aplicación de la devolución, lo que nos lleva a considerar que con la creación de un supuesto nuevo de devolución, ha excedido probablemente las atribuciones que le corresponden como órgano juzgador.

Esta interpretación del Tribunal Supremo permite a la Administración aplicar la devolución, que es una medida rodeada de escasas garantías, a cualquier extranjero en situación irregular que se encuentre en España en los tres primeros meses. En realidad, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo, lo que correspondería sería aceptar la libre circulación de los extranjeros en esos tres meses, ya que si estas situaciones no se encuentran tipificadas como infracción y, por tanto, no pueden ser sancionadas con la expulsión, no pueden incluirse en uno de los supuestos de devolución previstos en la ley. El mayor acierto de las sentencias es quizá poner de manifiesto la existencia de una laguna que debería cubrir el legislador y no el propio Tribunal, abocado a dar una solución al problema práctico que resulta bastante insatisfactoria.

B) La sanción de expulsión

a) La sanción de expulsión y sus límites

Salvada la novedad anterior, en materia de expulsión el Tribunal Supremo no ha incorporado significativas novedades interpretativas, limitándose a recoger y aplicar algunas de sus líneas jurisprudenciales ya consolidadas.

Quizá lo más relevante en materia de expulsión sea la doctrina mantenida por el Tribunal sobre la necesidad de que la Administración lleve a cabo una motivación específica cuando quiera imponer la sanción de expulsión en lugar de la sanción de multa, que es la sanción que la LO 4/2000²³ prevé de forma general para los distintos tipos de infracciones. Tal y como sostiene el Tribunal Supremo desde la entrada en vigor de la LO 4/2000, la regulación que el legislador ha hecho de las sanciones obliga a considerar que la multa es la sanción principal y la prevista de forma general para las infracciones, convirtiendo la expulsión en una sanción más grave y alternativa, siendo, por tanto, necesario una especial motivación si la Administración pretende expulsar al extranjero. Queda excluida, pues, por la LO 4/2000 la aplicación de la expulsión de forma automática, es simplemente una opción alternativa que se le permite a la Administración en determinados casos.

Para optar por la expulsión es necesario que la Administración motive de forma clara cuáles son los hechos, que deben ser distintos de la mera permanencia irregular en territorio español, que justifican la imposición de la sanción de expulsión y la correspondiente prohibición de entrada en territorio español durante un plazo que puede llegar a 10 años, en lugar de la de multa que es la prevista inicialmente por la ley.

Ahora bien, más allá de esta motivación especial basta que además de la permanencia ilegal consten en el expediente administrativo otros datos negativos referentes a la conducta del extranjero sancionado para justificar la opción por la expulsión, sin que sea necesario que se haga mención expresa a ellos en la propia resolución de expulsión. Lo que es necesario, en todo caso, es que dichos datos consten en el expediente y que el interesado puede alegar y probar lo que corresponda respecto a ellos. Un ejemplo de esta línea jurisprudencial son las SSTs de 19 de julio de 2007 (RJ 2007\4843), de 20 de abril de 2007 (2007\4288) y de 29 marzo 2007 (RJ 2007\1954).

En palabras del Tribunal Supremo:

“Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio se sanciona con multa. En los supuestos en que en el expediente administrativo conste, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la perma-

(23) Artículos 55 y 57 de la LO 4/2000.

nencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.”

La exigencia de motivación de la resolución administrativa es una cuestión fundamental puesto que con ella se garantizan los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de la Administración, al tener como finalidad dar a conocer al interesado las razones de la decisión adoptada, para que pueda efectuar con plenas garantías su derecho de defensa, así como facilitar el control de las actuaciones administrativas por parte de los jueces y tribunales. La obtención de la nulidad de la resolución por ausencia de motivación conlleva la retroacción de las actuaciones realizadas. No obstante, si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha aceptado la adecuación de la motivación sucinta o escueta de la resolución, siempre que sea suficientemente indicativa de las razones que conducen al fallo en la misma, probablemente el Tribunal haya rebajado en exceso el estándar admisible al permitir resoluciones administrativas que se limitan a plasmar la aplicación del precepto legal o reglamentario, sin exigir ni siquiera mención de los hechos que han justificado la adopción de la decisión. Esta posición, que puede tacharse de condescendiente con la Administración, supone mayores dificultades para la defensa del extranjero que por tal razón puede desconocer cuáles son exactamente los hechos concretos, de todos los recogidos en el expediente, que justifican su expulsión.

El Tribunal ha ido estableciendo a través de casos concretos cuáles son los hechos que, si constan en el expediente administrativo junto con la permanencia ilegal, justifican o motivan de forma suficiente la imposición de la expulsión. A continuación se ofrece una sistematización de la posición del Tribunal a este respecto:

a) En numerosas Sentencias, como la STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\3081) o la STS de 12 de abril de 2007 (RJ 2007\3300), se considera que el hecho de que el extranjero se encuentre **indocumentado**, sin que le sea posible acreditar su identidad y filiación, o cuándo y por dónde entró en el territorio nacional, justifica la imposición de la sanción de expulsión en vez de la de multa. El Tribunal va incluso más allá al considerar que el mero hecho de no acreditar la fecha de entrada en España es causa justificativa de la expulsión, según la STS de 28

**EL TRIBUNAL SUPREMO
ESTABLECE QUE
LA EXPULSIÓN NUNCA
PODRÁ ACORDARSE
MIENTRAS
LA ADMINISTRACIÓN
TENGA PENDIENTE
LA RESOLUCIÓN
DE UNA SOLICITUD
DE PERMISO**

de febrero de 2007 (RJ 2007\2160). Estos datos, con independencia de que se encuentren en la propia resolución de expulsión o únicamente en el expediente administrativo, son suficientes para justificar la opción por la expulsión, considerando que la resolución será proporcional y motivada aunque consten únicamente en el expediente.

b) La Administración en muchas ocasiones hace referencia en los expedientes de expulsión a **detenciones y a antecedentes policiales** del extranjero, así como a actuaciones judiciales en las que se encuentra el extranjero, considerando que ello justifica una conducta antisocial del extranjero que permite aplicar la sanción de expulsión. En estos casos el Tribunal Supremo viene considerando de forma reiterada en multitud de sentencias que la mera mención de esos antecedentes o actuaciones no es suficiente para motivar la expulsión, puesto que si no se tiene conocimiento de cuál ha sido su resultado no pueden ser tenidos en cuenta por la Administración para motivar la resolución. El Tribunal manifiesta que “Si no existe ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque éstas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado”. Esta idea se recoge en las SSTs de 12 de abril (RJ 2007\4114), de 25 de enero (RJ 2007\1321) y 22 de febrero (RJ 2007\2164), todas ellas de 2007, consolidando así una línea jurisprudencial referida a los antecedentes policiales en materia de expulsión que se inició en la STS de 20 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6461) y que modificó la doctrina anteriormente defendida por el Tribunal, respecto a los antecedentes policiales o judiciales, que puede verse en la STS de 31 de enero de 2006 (RJ 2006\2709). Modificación que era necesaria para garantizar y respetar el principio de presunción de inocencia.

c) El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional²⁴, establece que la expulsión nunca podrá acordarse mientras la Administración tenga **pendiente la resolución de una solicitud de permiso**, en este sentido la STS de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1957), e incluso cuando la resolución de la solicitud del permiso se ha producido y ha sido contraria al interesado no podrá acordarse la expulsión si no se ha llevado a cabo la correspondiente notificación. La excepción a esa necesidad de notificación se produce cuando en el expediente de expulsión y/o resolución de expulsión se pone de manifiesto la denegación del permiso de residencia anteriormente solicitado, en estos casos el Tribunal Supremo ha considerado que es necesario que el interesado recurra dicha denegación, puesto que la pasividad le perjudicará al no encontrarse pendiente la

(24) La STC 94/1993, de 22 de marzo, reconoce que la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia, pues de lo contrario vulnera el derecho fundamental que el artículo 19 de la CE otorga limitadamente a los extranjeros.

solicitud de permiso de residencia y no pudiendo el interesado obviarlo y alegar la falta de notificación y desconocimiento de la denegación, en este sentido la STS de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5900).

d) En materia de expulsión adquiere una gran importancia el principio *non bis in idem*, reconocido en el artículo 25 de la Constitución Española, en cuanto este principio impide, en su vertiente procesal, que una persona sea sometida a dos procedimientos sancionadores por unos mismos hechos y, en su vertiente material, impide imponer dos sanciones por unos mismos hechos (cuando se produzca la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento).

Es doctrina jurisprudencial consolidada que el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero en territorio nacional. Ahora bien, si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal, tal y como el Tribunal Constitucional ha declarado en su Sentencia 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2), el principio *non bis in idem* conlleva una subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no pueda pronunciarse la Administración hasta que lo haya hecho la jurisdicción penal y que los hechos declarados probados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración, puesto que unos mismo hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Así, si unos mismos hechos son el fundamento de un procedimiento penal y de un procedimiento administrativo sancionador, en lo que aquí nos interesa, un procedimiento de expulsión, la Administración debe esperar a que la jurisdicción penal se pronuncie sobre esos hechos, o bien solicitar al juez la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves²⁵, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta a la realización de los hechos por los que se sigue una causa penal. [STS de 9 de febrero de 2007 (RJ 2007\1885)]. Como sabemos el principio *non bis in idem* entra en juego cuando nos encontramos con identidad de sujetos, hechos y fundamento. La alegación de bienes jurídicos distintos protegidos en los dos casos, es decir, diferencia de fundamentos, considera el Tribunal Supremo que en estos casos no es aplicable puesto que cuando en la causa penal se pretende determinar cuál ha sido la responsabilidad penal del extranjero en los hechos, no sólo los hechos sino la responsabilidad del interesado puede tener importancia a la hora de graduar la sanción administrativa y su proporcionalidad. Además, no hay que olvidar que el precepto aplicado por la Administración permite el castigo en sede administrativa de los hechos siempre que no constituya infracción penal, por lo que expresamente se refuerza la preferencia de las actuaciones penales sobre las administrativas y la vinculación de éstas a aquéllas.

Parece, así, que el Tribunal Supremo hace uso de la doctrina más garantista del Tribunal Constitucional en materia de *non bis in idem* en formulación de la STC 2/1981, de 30 de enero, sin tener en cuenta que el Tribunal ha modificado de forma expresa esta doctrina jurisprudencial en las SSTC 152/2001, de 2 de julio y 2/2003, de 16 de enero, al per-

(25) Opción esta introducida por la LO 11/20003 y prevista en el artículo 57.7 de la LO 4/2000.

mitir la imposición de la sanción administrativa y de la penal, siempre y cuando en la sanción penal se compense la administrativa previamente impuesta, y desvirtuando la vertiente procesal de este principio, planteamiento que en la práctica flexibiliza la actividad sancionadora al dificultar la vulneración de dicho principio.

En definitiva, aunque en principio parece que, al exigir la concurrencia de datos negativos adicionales para justificar la opción por la expulsión, el Tribunal limita considerablemente el recurso a la misma, lo cierto es que en la práctica no tiene por qué ser así en todos los casos, puesto que los datos a los que el Tribunal da relevancia jurídica y cuya presencia en el expediente administrativo justifican el recurso a la expulsión no son datos o hechos excepcionales, sino más bien se trata de hechos relativamente habituales en algunos tipos de inmigración ilegal. Así, en los casos de extranjeros que llegan a España en cayuco o patera, o aquellos que atraviesan la frontera de forma totalmente clandestina, es algo habitual que se encuentren indocumentados y/o que no pueda acreditarse cuándo se ha producido su entrada en territorio español, circunstancias estas que, si constan en el expediente, justifican la expulsión según el Tribunal Supremo.

b) Recurso contra el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador

Así, el Tribunal Supremo pone de manifiesto en su jurisprudencia la posibilidad de recurrir la propia resolución por la cual se acuerda la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, cuando en él se solicita autorización al juez para el internamiento. Se permite, por tanto, recurrir el acto trámite de inicio del procedimiento sancionador. Son ejemplos de esta línea jurisprudencial las SSTs de 25 de enero de 2007 (RJ 2007\1318 y RJ 2007\603). Esta proposición de internamiento aunque no determina directamente la aplicación de esta medida es considerada como una condición necesaria, pues sin ella no puede darse el internamiento. En cuanto este acto trámite afecta o puede afectar a la situación personal del interesado, no puede ser considerado como un mero acto trámite que inicia o impulsa el procedimiento, sino una decisión actual de la que depende la situación personal del extranjero. Se abre así la posibilidad de que sea impugnado este acto ya sea por vicios generales o por defecto de la concreta propuesta que se hace al juez de instrucción, al no ser uno de los casos que la ley en su artículo 62.1 permite hacerla.

Se consolida con estas sentencias la doctrina jurisprudencial que inició recientemente el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 28 de octubre de 2005 (RJ 2005\7959) y 12 de mayo de 2006 (RJ 2006\3835) en materia de actos trámite que inician el procedimiento sancionador, modificando la doctrina que se extraía de Sentencias como la de 30 de diciembre de 2004 (RJ 2005\515) o la de 31 de mayo de 2005 (RJ 2005\5748) que concluía que la incoación de un expediente de un extranjero del territorio nacional se trataba de un acto trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional, al no acreditarse que dicho acto fuera acompañado de cualquier otra determinación que pudiera afectar inmediatamente al interesado.

c) Principio de presunción de inocencia y carga de la prueba

La doctrina jurisprudencial de la carga de la prueba se relaciona con el principio de presunción de inocencia que, de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en Sentencias como la STC 14/1997, de 28 de enero (RTC 1997\14), rige también en el ordenamiento sancionador y debe ser respetado en la imposición de cualquier sanción, ya sea ésta penal o administrativa. Conforme a éste, la carga de la prueba corresponde a quien acusa sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, salvo que en virtud del principio de buena fe procesal, la prueba le resulte más fácil a una de las partes que a otra, circunstancia que justifica trasladarla a la parte que tenga más facilidad para aportarla. Se aquilata de esta manera la exigencia constitucional de respeto a la presunción de inocencia en el ámbito administrativo sancionador. Ahora bien, cuando para ambas partes sea igual de fácil o difícil aportar la prueba, le corresponderá en todo caso a la acusación no pudiendo excusar su falta de actividad probatoria en la facilidad de la prueba para la parte acusada, puesto que rige el principio de presunción de inocencia.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de marzo de 2007 (RJ 2007\1956) consideró que es a la Administración a quien le correspondía demostrar la falsedad del resguardo de solicitud del permiso de residencia y trabajo que la extranjera portaba en el momento en el que fue detenida por los agentes. La Administración se limitó a afirmar la falsedad de ese documento sin llevar a cabo ningún tipo de actividad dirigida a probar esta falsedad documental. El Tribunal, de acuerdo con la doctrina de que ninguna persona puede ser expulsada si existe pendiente un proceso para la resolución de una solicitud de permiso de residencia o trabajo, consideró la expulsión no conforme a derecho puesto que si dicho documento era falso le correspondía a la Administración demostrar su falsedad en virtud del principio de presunción de inocencia, siendo más fácil para la Administración comprobar si existía o no un procedimiento pendiente de solicitud de permiso.

**QUE EL EXTRANJERO
TENGA RECONOCIDA
SU CONDICIÓN
DE APÁTRIDA NO IMPIDE
SU POSIBLE EXPULSIÓN
DEL TERRITORIO
NACIONAL**

d) Expulsión de apátridas y concepto de orden público

En otro orden de cosas, debe hacerse una mención a la STS de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5898) que hace referencia a

la expulsión de un extranjero que ostenta la condición de apátrida. El Tribunal considera que es posible la expulsión de estos extranjeros siempre que se lleve a cabo siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954²⁶ y el Reglamento de reconocimiento del Estatuto de Apátrida, aprobado por el Real Decreto 865/2001²⁷; esta normativa establece unas causas de expulsión más estrictas y restrictivas que las previstas de forma general en la LO 4/2000. Que el extranjero tenga reconocida la condición de apátrida no impide su posible expulsión del territorio nacional, la particularidad radica en que esta expulsión sólo podrá llevarse a cabo por razones de seguridad o de orden público, que son las únicas causas que, según la Convención sobre el Estatuto de los apátridas, permiten la expulsión de estos extranjeros.

No cabe duda de que, cuando se hace referencia al concepto de orden público, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que en cierta manera puede ser utilizado para incluir en él comportamientos de muy distinta naturaleza, permitiendo con ello cierta flexibilidad a la Administración para determinar cuándo nos encontramos con conductas que pueden ser consideradas contrarias al orden público. El Tribunal Supremo para limitar esa flexibilidad de la Administración y otorgar mayor seguridad jurídica ha adoptado el concepto que de orden público ha establecido el TJCE²⁸. El TJCE ha establecido que el concepto de orden público puede invocarse, con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, porque sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro, situación que es equiparable al defecto de integración social de una persona y a su conflictividad indefinida.

Si bien es cierto que esta interpretación del concepto de orden público del TJCE hace referencia a la expulsión de ciudadanos comunitarios lo cierto es que el Tribunal Supremo aplica este concepto a la expulsión de cualquier extranjero puesto que el ordenamiento jurídico es un conjunto sistemático y coherente, por lo que el concepto de orden público a efectos sancionadores no puede tener significado distinto por razón de las personas²⁹.

De acuerdo con este concepto de orden público debe analizarse la conducta del extranjero de forma amplia, por lo que la mera existencia de una condena penal no siempre

(26) España se adhirió a este Convenio por Instrumento de adhesión publicado en el BOE núm. 159 de 4 de julio de 1997.

(27) El Real Decreto 865/2001 fue publicado en el BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001.

(28) En sentencias como la STJCE de 19 de marzo de 1999 (C- 348/96, *Donatella Calfa*).

(29) El Tribunal Supremo en Sentencias como las de 27 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1059) y la de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003\712) aplica el concepto de orden público que nació de la Directiva 64/22, publicada en el DOCE núm. 56, de 4 de abril, derogada por la Directiva 2004/38/CEE que fue publicada por en el DOCE núm. 158, de 30 de abril.

es suficiente para considerar que existen razones de orden público. Por ejemplo, deberá analizarse la existencia de arraigo, la conducta del interesado antes y después de la condena, el tiempo transcurrido desde la condena hasta el acuerdo de expulsión. Todas estas cuestiones nos permitirán determinar si la permanencia del interesado en el territorio español constituye, en el momento de acordar la expulsión, una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y, por tanto, si está justificada alegando razones de orden público.

V. NACIONALIDAD

El Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada que la concesión de la nacionalidad por residencia es un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, puesto que la nacionalidad constituye la base misma del Estado, ya que conlleva el otorgamiento de una condición, la de nacional, que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones, otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos. El otorgamiento de la nacionalidad española no puede ser considerado como un derecho del particular, sino como el otorgamiento de una condición, como se recoge, entre otras, en la STS de 12 de junio de 2007 (RJ 2007\6199).

Los artículos 21 y 22 del Código Civil (CC) establecen los requisitos que deben cumplirse para que un extranjero pueda obtener la nacionalidad española por residencia en territorio español. Un requisito claramente definido es la necesidad del cumplimiento de un determinado período de residencia exigido por la Ley, período que puede variar según la nacionalidad o circunstancias de la persona que solicita la nacionalidad española, es requisito exigido por la ley que esta residencia sea legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad. Nos encontramos, además, con otros requisitos configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación. Son estos conceptos jurídicos indeterminados los que plantean más problemas en el ámbito jurisdiccional, y el objeto de la mayor parte de las sentencias que en 2007 el Tribunal Supremo ha dictado sobre nacionalidad.

Así, las SSTS de 6 de febrero de 2007 (RJ 2007\1290) y de 3 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9138) tienen como objeto el concepto de buena conducta cívica. Según lo expuesto por el Tribunal, siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su STC 114/1987, de 6 de julio (RJ 1987\114), para la acreditación de dicha conducta no es suficiente la ausencia en registros públicos, de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta. Con la exigencia de buena conducta cívica lo que se pretende es acreditar positivamente que la conducta del extranjero, durante el tiempo de residencia en España e incluso con ante-

rioridad, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la ausencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica. Esa conducta cívica debe ser el equivalente a un comportamiento que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española.

La acreditación de este requisito le corresponde al extranjero, así como también el de suficiente grado de integración en la sociedad española. Ahora bien, la STS de 6 de febrero de 2007 matiza que, cuando el Juez Encargado del Registro Civil aprecia una buena conducta cívica, es necesario que sea la Administración la que ponga de relieve aspectos vulneradores de las normas de convivencia por parte del solicitante de la nacionalidad.

La STS de 9 de abril de 2007 (RJ 2007\4090) se refiere al otro requisito exigido por el CC, la suficiente integración social en España. Este requisito se refiere a la adaptación a la vida y costumbres españolas. Para determinar su concurrencia el Tribunal otorga una gran importancia al conocimiento del idioma español, exigiendo al menos un cierto esfuerzo para aprenderlo. Se convierte el conocimiento del idioma en un factor de gran importancia que evidencia cierta integración en la sociedad española, al ser el idioma el fundamental medio de comunicación e integración social. Aunque el Tribunal también apunta a que deben tenerse en cuenta otras actividades concretas de las que pueda deducirse su integración en la vida y costumbres españolas, pero sin determinar cuáles son éstas, pero que podemos deducir, entre otros, que son la realización de actividades laborales, vínculos familiares o vecinales con españoles.

En el caso de la STS de 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7138) se pone de manifiesto la importancia que el Tribunal otorga, no tanto al conocimiento del idioma español como al esfuerzo que hace el ciudadano extranjero por aprenderlo. Esta Sentencia se refiere a una ciudadana marroquí analfabeta que habla el español con gran dificultad a pesar de acudir a cursos de alfabetización y aprendizaje del idioma español en los que no avanza. El Tribunal Supremo considera que la voluntad y esfuerzo que la recurrente demuestra en integrarse en la sociedad española, acudiendo a los cursos necesarios para ello, mostrando una fuerte voluntad de participar activamente como española en nuestra sociedad, es lo que debe tenerse en cuenta, no siendo posible exigirle un progreso académico superior al que desarrolla. Si bien es cierto que junto a este esfuerzo se acreditan otras circunstancias que muestran su integración como son la actividad laboral que desarrolla en España. Por el contrario, el desinterés por aprender el español puede ser una causa, cuando no concurre ningún otro dato positivo de integración, para la denegación de la nacionalidad como ocurre en la STS de 16 de octubre de 2007 (RJ 2007\7229) en la que el deficiente conocimiento del idioma castellano de un ciudadano extranjero que lleva más de cuarenta años residiendo en España, unido a la ausencia de acreditación de otras circunstancias de las que pueda deducirse su integración en la vida y costumbres

españolas, lleva al Tribunal a confirmar la sentencia de instancia que deniega la nacionalidad por falta de la suficiente integración.

La STS de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5394) interpreta el concepto de residencia para determinar cuál es el tipo de residencia que el CC exige para considerar acreditado el requisito necesario para conceder la nacionalidad por residencia. La controversia, respecto a este requisito, lo encontramos en la necesidad de que la residencia sea efectiva y continuada.

El Tribunal Supremo mantiene en su doctrina jurisprudencial que no puede considerarse en ningún caso que las ausencias ocasionales rompen la residencia continuada en España, puesto que el concepto de residencia es un concepto técnico-jurídico que no debe confundirse con la presencia física continuada en España. El concepto jurídico de residencia se identifica con la residencia habitual. Que la residencia sea continuada es un requisito que debe relacionarse directamente con el concepto de residencia que establece la legislación de extranjería de modo que la no presencia física ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada siempre que no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español.

La STS de 18 de mayo de 2007 (RJ 2007\5858) se refiere igualmente a este requisito de residencia pero en este caso estableciendo que a pesar de que la familia del recurrente se encuentre en territorio español, ésta no puede extenderse al recurrente, el cual realiza una actividad empresarial en territorio marroquí. En este caso no nos encontramos ante una persona que tenga su efectiva residencia en España y que por motivos profesionales tiene que ausentarse justificada y ocasionalmente del país, sino que éste desarrolla de forma voluntaria una actividad empresarial por cuenta propia en territorio marroquí, que le obliga estar presente físicamente en ésta, acudiendo a España únicamente para estar con su familia, situación que puede probarse por las constantes salidas y entradas en territorio español que constan en el pasaporte. Esta situación es incompatible con una residencia real y efectiva a los efectos de concesión de la nacionalidad española.

La residencia legal implica la permanencia en el territorio español amparada en el régimen de autorizaciones que regula

**LA AFECTACIÓN
DE LOS DERECHOS
DE LOS EXTRANJEROS QUE
EXIGE EL TIPO SE DERIVA,
EN PRINCIPIO, NO SÓLO
DE LA CLANDESTINIDAD
DEL TRASLADO SINO
TAMBIÉN DE LA MERA
SITUACIÓN DE ILEGALIDAD**

la Ley de extranjería y el Reglamento que la desarrolla. La renovación del permiso de residencia tal y como establece la legislación debe presentarse dos meses antes de que expire dicho permiso pero también se permite, sin perjuicio de la aplicación de la correspondiente sanción, que dicha solicitud de renovación se solicite dentro de los tres meses desde que expiró el permiso, estableciéndose en estos casos que también se procederá a la prórroga de la validez de residencia hasta que resuelva la solicitud. Teniendo en cuenta estas disposiciones legales y reglamentarias el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5894) reiterando lo establecido en su STS de 22 de febrero de 2003 (RJ 2003\3081), que en esos tres meses esa residencia no puede considerarse en ningún caso como ilegal, yendo incluso más allá al establecer que si la Administración considera que los periodos de tiempo en los que se superen los tres meses entre extinción del permiso de residencia y petición de renovación, no pueden ser considerados de residencia legal, la Administración debería haber denegado la renovación por haber incurrido el demandante en causa de expulsión, de modo que si en su día no lo consideró así, no puede alegar tal circunstancia para negar la continuidad de la residencia legal.

VI. DELITOS CONTRA LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

A) Artículo 318 bis del CP

El artículo 318 bis.1º sanciona al que directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. Los supuestos en los que se aprecie lucro, violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, minoría edad de la víctima, fines de explotación sexual o existencia de una organización, son supuestos todos ellos que integran subtipos agravados, por lo que su concurrencia no puede considerarse un elemento necesario del tipo básico.

Dada la redacción del actual artículo 318 bis y la técnica legislativa empleada por nuestro legislador penal, el Tribunal Supremo se ha visto en la necesidad de llevar a cabo una interpretación forzada en muchos de los aspectos de este precepto. La determinación del bien jurídico protegido es una cuestión que el Tribunal Supremo aborda en casi todas las sentencias en las que se aplica este artículo, dado que el bien jurídico facilita la correcta interpretación y aplicación del precepto. En la STS 380/2007 de 10 de mayo (RJ 2007\3503) el Tribunal analiza la normativa internacional y comunitaria³⁰ en materia

(30) El origen del artículo 318 bis lo encontramos en la Convención de la ONU celebrada en Palermo el 15 de diciembre de 2000 contra la Criminalidad Organizada Transnacional (BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003) y sus dos protocolos para prevenir la “trata de personas, especialmente mujeres y niños” (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003) y “el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar o aire” (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003), donde se ha distinguido entre tráfico ilícito de inmigrantes y trata de personas. En el ámbito comunitario nos encontramos con la Decisión Marco 629/02, de 19 de julio de 2002, sobre “trata de personas” que identifica con todo acto de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de una persona, incluido el intercambio o el traspaso del control sobre ellos, cuando concurran medios comisivos o finalidades que la propia Decisión establece (DOCE núm. 293, de 1 de agosto

de tráfico ilegal y de trata de personas, normativa que es la base del actual artículo 318 bis de nuestro CP, para concluir que los bienes jurídicos protegidos son: “de un lado el interés del Estado (o de la Unión Europea dada la naturaleza comunitaria del interés) en el control de los flujos migratorios, y asimismo un segundo interés en la protección de la libertad, la seguridad y la dignidad de los ciudadanos extranjeros afectados por acciones de tráfico ilegal o de inmigración clandestina. De esta forma, la afectación de los derechos de los ciudadanos extranjeros que exige el tipo se deriva en principio, no sólo de la clandestinidad del traslado, sino también de la misma situación de ilegalidad, que impide o al menos dificulta seriamente el ejercicio de sus derechos más esenciales”.

Los problemas de interpretación a los que se ha enfrentado el Tribunal Supremo van mucho más allá de la dificultad a la hora de determinar el bien jurídico afectado por la conducta típica, un ejemplo de ello es que todos y cada uno de los elementos que describen la conducta típica han sido analizados por el Tribunal Supremo para intentar clarificar el precepto. El Tribunal ha intentado definir los conceptos de promoción, favorecimiento, facilitación, tráfico ilegal, inmigración clandestina e incluso ha matizado el término personas, que se refiere al sujeto pasivo.

La conducta típica se describe de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal, y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica.

Los términos tráfico ilegal e inmigración clandestina que son elementos básicos de la conducta típica han sido tratados por el Tribunal aunque no de una forma suficientemente clara. Podemos decir que ambos términos no son equivalentes, mientras que el término inmigración clandestina se refiere a la burla más o menos subrepticia de los controles legales de inmigración fuera de cualquier autorización administrativa, el término tráfico ilegal hace referencia no sólo al tránsito de personas, sino al comercio o aprovechamiento de cualquier índole, con el objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser éste ilegal y, por lo tanto, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras. La diferenciación de ambos términos, desde un punto de vista formal, puede verse en la utilización por el legislador de la conjunción copulativa “o”. En este sentido puede verse la STS 302/2007, de 3 de abril (RJ 2007\2453)³¹ donde se reconoce que los términos “tráfico ilegal” e “inmigración clandestina” no son conceptos equivalentes. En la práctica, se produce la inmigración clan-

de 2002). Y con la Decisión Marco 946/2002 de 28 de noviembre de 2002 que define el tráfico ilícito de inmigrantes como “la ayuda intencionada a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares siempre que no concurren razones humanitarias” (DOCE núm. 328, de 5 de diciembre de 2002). La Directiva 2002/90/CE de 28 de diciembre de 2002, define lo que debe entenderse por entrada, circulación y estancia (DOCE núm. 328, de 5 de diciembre de 2002).

(31) A pesar de estas declaraciones iniciales lo cierto es que el Tribunal Supremo ha utilizado siempre ambos términos como sinónimos sin molestarse en establecer de forma clara cuándo una persona es autora del delito de tráfico ilegal o de inmigración clandestina, cuando nos encontramos con el tipo básico. Deberemos esperar a sentencias posteriores para ver si el Tribunal Supremo intenta realmente diferenciar en la práctica ambos términos.

destina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas extranjeras de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería.

Respecto al concepto de ilegalidad y clandestinidad las SSTS 746/2007 (RJ 2007\5368) y 695/2007, de 26 de junio (RJ 2007\3731) recogen una doctrina consolidada que podemos resumir diciendo que la ilegalidad en la entrada del territorio español resulta del paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades (clandestinidad en sentido estricto). Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación etc.)

En cuanto a los subtipos agravados el Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre ellos para matizar el alcance de su aplicación. En cuanto al subtipo agravado del apartado segundo, se hace referencia a la imposibilidad de aplicar la agravación por existencia de ánimo de lucro cuando concurre la finalidad de **explotación sexual**, ya que este ánimo es inherente a la finalidad de explotación. En este sentido, la STS 484/2007, de 29 de mayo (RJ 2007\4740) establece que será necesaria la concurrencia de otras circunstancias, distintas a la finalidad de explotación, que acrediten un ánimo de lucro distinto, para aplicar ambos subtipos agravados.

La STS 380/2007, de 10 de mayo (RJ 2007\3503) se refiere a la relación existente entre los delitos previstos en el apartado 2º del artículo 318 bis y el artículo 188.1, ambos del CP. Esta sentencia reitera la doctrina que el Tribunal Supremo ha mantenido desde que entró en vigor el artículo 318 bis³², doctrina que finalmente ha sido recogida en el Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2007. Los bienes jurídicos protegidos en los delitos tipificados en el apartado 2 del artículo 318 bis y en el artículo 188.1 del CP son distintos y, por tanto, el principio *non bis in idem* no impide que se impongan las penas correspondientes a ambos delitos, al producirse entre ellos un concurso real. No puede considerarse, como han intentado constantemente las partes acusadas, que la consumación del delito previsto en el artículo 318 bis absorba la conducta tipificada en el artículo 188.1 del CP. Nos encontramos en estos casos ante un concurso real puro y no ante un concurso medial, puesto que para apreciar la existencia de concurso medial no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el ánimo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo, de modo que pueda decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión del otro. En estos casos no puede sostenerse que para mantener

(32) Así la STS 1080/2006, de 2 de noviembre (RJ 2006, 8143), con reproducción de la STS 1465/2005 (RJ 2005, 10051).

a una persona en el ejercicio de la prostitución contra su voluntad, sea preciso objetivamente un previo favorecimiento de su entrada ilegal en el territorio nacional.

Respecto a la aplicación del subtipo agravado previsto en el apartado 3 del artículo 318 bis cuando uno de los extranjeros es **menor de edad**, es necesario decir que no sólo el autor del delito debe conocer la circunstancia de su minoría de edad o no poder obviarla, sino que también es necesario que el inmigrante clandestino menor de edad viaje solo, sin el amparo de sus progenitores o tutores y que sea el presunto delincuente el que gobierne su voluntad. No puede aplicarse este subtipo cuando existe una desvinculación del acusado respecto del menor, desvinculación esta que se produce cuando el menor aparece directamente unido y relacionado únicamente con sus progenitores, al no ponerse en estos casos en peligro los derechos e intereses legítimos del menor implicado, al estar en todo momento al amparo de sus progenitores o tutores, no realizando el acusado ninguna implicación negativa adicional. En este sentido se pronuncia la STS 526/2007, de 6 de junio (RJ 2007\3535).

El apartado 6º del artículo 318 bis recoge un subtipo atenuado que prevé la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en atención a la **gravedad del hecho**, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste. La STS 768/2007, de 1 de octubre, considera aplicable este apartado cuando existe entre el extranjero objeto de tráfico y el autor vínculos de parentesco, lo que presupone la ausencia de ánimo de lucro, cierto cuidado en el bienestar de éstos, siendo la finalidad normalmente la de prestar ayuda a personas con las que se encuentra vinculado de forma muy cercana. La concurrencia de estas circunstancias debe ser analizada por el Tribunal, incluso en casación, para determinar la aplicación o no del subtipo atenuado, aunque la parte interesada no haya solicitado su aplicación en primera instancia, configurando este caso como una de las excepciones previstas a la doctrina general sobre el recurso de casación.

B) Sujetos pasivos del delito

El Tribunal Supremo considera que no pueden ser sujetos pasivos del delito previsto en el artículo 318 bis del CP los ciu-

EN EL CASO
DE LOS CIUDADANOS
COMUNITARIOS SE PONEN
DE MANIFIESTO
LAS CONSECUENCIAS
DE LA DEFICIENTE
TÉCNICA LEGISLATIVA
UTILIZADA POR
EL LEGISLADOR ESPAÑOL

dadanos comunitarios³³. El Tribunal Supremo ha plasmado en un pleno no jurisdiccional³⁴ una doctrina jurisprudencial que mantiene la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina respecto del artículo 318 bis del CP cuando se refiere a ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea³⁵.

El artículo 318 bis del CP se refiere a una inmigración que no respeta la normativa administrativa sobre la entrada de personas en el territorio nacional, por lo que sólo podrá existir este delito en los casos en que esta normativa exista y no concurrirá en los casos en los que no esté limitada la entrada en el territorio, como ocurre en el caso de los ciudadanos comunitarios que pueden entrar libremente en territorio español como resultado del ejercicio de la libre circulación de personas.

Cuando nos encontramos con ciudadanos de Estados miembros que se han incorporado recientemente a la Unión Europea, como, por ejemplo, con rumanos y lituanos, que fueron objeto de tráfico ilegal con anterioridad a la adquisición de la ciudadanía europea debe aplicarse el artículo 2.2 CP que recoge el mandato a jueces y tribunales de aplicar la Ley penal más favorable para el reo, puesto que el delito ha dejado de serlo en un momento posterior. No ha existido una derogación normativa expresa pero el delito deja de serlo al desaparecer uno de sus elementos típicos: la vulneración de normas administrativas que regulaban la entrada de nacionales rumanos y lituanos. Son las SSTs 484/2007, de 29 de mayo (RJ 2007\ 4740) y 635/2007, de 2 de julio (RJ 2007\4755) las que abordan esta cuestión.

Ahora bien, tras negar la posibilidad de que los ciudadanos comunitarios, incluidos aquellos que se han incorporado recientemente a la Unión Europea, puedan ser sujetos pasivos del delito, el Tribunal Supremo deja abierta la posibilidad³⁶ de que las conductas de inmigración clandestina y tráfico ilegal cuando nos encontramos con ciudadanos comunitarios sean sancionadas a través del artículo 313.1 del CP que se refiere a los “trabajadores”, como sujetos pasivos dignos de protección, y con respecto a los cuales puede subsistir algún tipo de restricción administrativa que les afecte³⁷. Idea esta que se extrae de la STS 605/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de junio (RJ 2007\3731).

(33) El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, reconoce que las personas incluidas en su ámbito de aplicación tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español. Desapareciendo, respecto de los ciudadanos comunitarios, las restricciones administrativas impuestas a la libre entrada y circulación en nuestro territorio, desaparece también, según el Tribunal Supremo, por ausencia de bien jurídico protegido, la posibilidad de aplicar el artículo 318 bis. 1º del CP a quienes faciliten la entrada de ciudadanos de aquella nacionalidad, convirtiéndose la conducta en atípica.

(34) El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007\210172).

(35) Cfr., entre otras, la STS 635/2007, de 2 de julio (RJ 2007\4755).

(36) No se pronuncia de forma definitiva sobre la cuestión puesto que el principio acusatorio propio del proceso penal lo impide al no haber sido acusados por este delito sino por el previsto en el artículo 318 bis.

(37) Principalmente cuando se trata de ciudadanos de Estados que se han integrado recientemente en la Unión Europea. Así, por ejemplo, la decisión de acogerse a la cláusula de salvaguarda, recogida en el Tratado de Adhesión de Rumanía y Bulgaria a la Unión Europea, publicado en el DOCE núm. 157, de 21 de junio de 2005, adoptada por el Consejo de ministros de 22 de diciembre de 2006 en la que se acordó la adopción de medidas limitativas a la libre circulación de trabajadores rumanos durante un plazo de 2 años.

En el caso de los ciudadanos comunitarios se ponen de manifiesto las consecuencias de la deficiente técnica legislativa utilizada por el Legislador español, que debería haber llevado a cabo una correcta delimitación y diferenciación entre los delitos de tráfico ilegal (e inmigración clandestina) y de trata de personas. Si bien es cierto que en el tráfico ilegal de personas el bien jurídico es principalmente el control de los flujos migratorios (aunque debería haberse incluido en el tipo básico la nota de ánimo de lucro), por lo que parece lógico que los ciudadanos comunitarios no puedan ser sujetos pasivos del delito, no puede decirse lo mismo en el caso de la trata de personas donde el bien jurídico debería ser principalmente la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, por lo que toda persona que se viese sometida a esa conducta debería ser considerada sujeto pasivo, con independencia de su nacionalidad. En nuestro CP esto no es posible porque los elementos característicos de la trata (según la definición dada por la normativa internacional) aparecen en los subtipos agravados y, por tanto, vinculados al tipo básico, siendo, así pues necesario que dichos elementos concurren con el traslado ilegal de personas.

C) Jurisdicción de los tribunales españoles

Las SSTS 622/2007, de 5 de julio y 618/2007, de 26 de junio (RJ 2007\3730), entre otras, se refieren a la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los delitos contra los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del CP cuando la detención se ha producido en aguas internacionales. En la actualidad no hay ninguna duda sobre la competencia de los tribunales españoles en estos casos puesto que la reciente LO 13/2007³⁸, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, modifica, a través de su artículo primero.uno, el artículo 23.4 de la LOPJ, introduciendo un apartado nuevo que incluye los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, como delitos en los que la jurisdicción española será competente para su conocimiento cuando hayan sido realizados por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional.

La Exposición de Motivos de esta LO 13/2007 establece la necesidad de modificar nuestra legislación para otorgar competencia a la jurisdicción española para el conocimiento de hechos que según nuestro legislador no podían ser conocidos por los tribunales españoles³⁹. Si miramos las sentencias del Tribunal Supremo, anteriormente citadas, puede verse claramente que el Tribunal Supremo ya había reconocido la competencia de la jurisdicción española para conocer de estos delitos. El Tribunal Supremo para llegar a esta conclusión llevó a cabo una interpretación del artículo 23.4, apartado h), de la LOPJ, manifestación del principio de justicia universal, acorde con la normativa internacional sobre tráfico y

(38) Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Publicada en el BOE núm.278, de 20 de noviembre de 2007.

(39) En propias palabras del legislador “en la actualidad, en el supuesto de que una embarcación sea rescatada fuera del mar territorial por un buque español, con personas que, presuntamente, perseguían entrar en España, al margen de los puestos fronterizos habilitados al efecto y careciendo de la documentación oportuna para ello, no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos, salvo si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos”.

trata de personas y sobre derecho del mar⁴⁰ que había permitido fundamentar al Tribunal esta competencia.

VII. CONCLUSIONES

Con más de 300 sentencias dictadas a lo largo de 2007 sobre extranjería, se confirma de nuevo éste como un ámbito de particular litigiosidad. Ello puede seguramente deberse a muchas razones, la más evidente el incremento del número de inmigrantes en España, pero sin duda también a la vaguedad con la que el legislador ha regulado esta materia, así como por el amplio margen de discrecionalidad otorgado a la Administración para su desarrollo y aplicación. Para compensar esta situación, el Tribunal se esfuerza por elaborar un cuerpo jurisprudencial que permita reducir y objetivar esa discrecionalidad, aunque con resultados muy distintos, así, por ejemplo, en la delimitación de las figuras de la expulsión y la devolución, parece claro que ha intentado fijar una doctrina clara a la Administración, a pesar de que ésta sea criticable, mientras que en otros ámbitos tal esfuerzo no ha alcanzado su propósito, como ocurre, por ejemplo, respecto a los criterios de denegación de entrada de extranjeros en España, un ámbito en que a pesar de todas las sentencias dictadas sigue subsistiendo una gran inseguridad jurídica, que acaba contagiándose al propio Tribunal, pues ha empezado a matizar una jurisprudencia que hasta hace poco parecía bastante inamovible.

La conclusión principal y general que puede extraerse del análisis de la jurisprudencia es el intento del Tribunal Supremo de evitar el excesivo formalismo y acabar con el automatismo de la Administración a la hora de resolver los procedimientos administrativos, intentando que antes de adoptar la decisión correspondiente la Administración analice y tenga en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto para resolver de una forma adecuada. Esta finalidad puede verse en cada uno de los bloques tratados.

En materia de denegación de entrada lo que debe destacarse es que la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Supremo limita la facultad de los funcionarios de control de fronteras para exigir los documentos que acrediten la finalidad del viaje. Únicamente podrán solicitarse estos documentos cuando consten datos que den lugar a dudas razonables sobre la verosimilitud del objeto del viaje o bien cuando por la naturaleza del viaje sea previsible que el extranjero esté en posesión de estos documentos. A pesar de la limitación que establece el Tribunal a esta facultad, también es cierto que es contradictorio a la hora de determinar cuáles son los motivos que pueden justificar la denegación de entrada, en parte comprensible por el ámbito de discrecionalidad que en estos supuestos la ley otorga a la Administración. El Tribunal principalmente lo que pretende es que, antes de denegar la entrada, la Administración lleve a cabo un análisis de las circunstancias del caso concreto y realice las oportunas comprobaciones, para intentar evitar que se acuerde la denegación de forma automática por ausencia de algún documento. Este cambio de enfoque que podemos ver en del Tribunal se

(40) Cfr., entre otras, la STS 618/2007, de 26 de junio (RJ 2007\3730) donde se puede ver la interpretación que el Tribunal Supremo hace de la LOPJ y de los textos internacionales para concluir que la jurisdicción española tenía competencia para conocer de los delitos contra los ciudadanos extranjeros cuando se ha interceptado un buque en alta mar, a pesar de no estar expresamente recogido en la LOPJ. Así como ver cuáles son los textos internacionales interpretados.

pone claramente de manifiesto en las sentencias en las que existe una ausencia de planificación del viaje de turismo, estableciendo que en estos casos deben analizarse las circunstancias del caso e incluso las circunstancias personales del extranjero. Cuando se produzca la denegación, ésta debe estar justificada por sospechas fundadas sobre la intención real del viaje, derivadas de las circunstancias concurrentes y de las comprobaciones realizadas por la Administración.

Dada la gravedad que tiene en nuestro ordenamiento la sanción de expulsión y la frecuencia con la que se impone, es lógico que un gran número de sentencias de las dictadas por el Tribunal Supremo durante el año 2007, en materia de extranjería, se refieran a la expulsión de extranjeros. El Tribunal Supremo ha limitado, con sus decisiones e interpretación de la LO 4/2000, de forma considerable el recurso a esta sanción, si bien creando en algunos casos tensiones interpretativas, como ocurre respecto a la delimitación entre expulsión y devolución.

De la jurisprudencia sobre arraigo se deduce claramente que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que no se agota en la regulación legal y reglamentaria existente y que, por tanto, debe llevarse a cabo un análisis de las circunstancias que concurren en cada caso concreto para determinar si el extranjero tiene una relación con el territorio español de tal entidad que justifique la concesión de un permiso de residencia por arraigo. Precisamente al encontrarnos con un concepto jurídico indeterminado es necesario tener en cuenta el contexto sociocultural en el que nos encontramos para determinar qué vínculos tienen en la actualidad la suficiente relevancia, y eso es lo que ha hecho el Tribunal Supremo al defender un concepto de familia restrictivo, limitada a los familiares más directos, al igual que hace el reglamento de extranjería. La importancia de defender un concepto jurisprudencial de arraigo es que éste puede probarse por la existencia de unos vínculos sin necesidad de que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos en el reglamento.

En materia de vicios procedimentales no hay cambios jurisprudenciales, como recordatorio de la jurisprudencia ya consolidada hay que decir que estos vicios formales no son por sí mismos causa de anulación del procedimiento. Lo esencial es que estos incumplimientos formales que se producen en el procedimiento administrativo vayan acompañados de una indefensión real y efectiva, que se producirá cuando se sitúa a las partes en una posición desigual no siendo posible garantizar el principio de con-

**DE LA JURISPRUDENCIA
SOBRE EL ARRAIGO
SE DEDUCE QUE NOS
ENCONTRAMOS
ANTE UN CONCEPTO
JURÍDICO INDETERMINADO
QUE NO SE AGOTA
EN LA REGULACIÓN
LEGAL Y REGLAMENTARIA
EXISTENTE**

tradición que debe respetarse en el procedimiento administrativo sancionador. Esta idea es aplicable a todos los vicios procedimentales desde la ausencia de motivación hasta la ausencia del trámite de audiencia.

En el caso de los delitos contra los ciudadanos extranjeros hay que poner de relieve que la técnica legislativa utilizada por nuestro Legislador ha hecho necesario que el tribunal se pronuncie sobre el significado y alcance de todos los elementos del delito, para intentar clarificar su alcance.

La problemática radica principalmente en la configuración del tipo básico, que exige el traslado, incumpliendo la normativa de extranjería, de ciudadanos extranjeros, sin exigir ningún elemento adicional que otorgue un mayor desvalor a la conducta. Esta configuración amplía la conducta típica y permite introducir en el tipo comportamientos que carecen de la afectación necesaria al bien jurídico protegido que fundamenta la intervención del derecho penal, olvidando que nuestro derecho administrativo sancionador es suficiente para prevenir y sancionar estas conductas; a su vez la vinculación de los subtipos agravados a este tipo básico hace que conductas mucho más graves (como la trata de personas tal y como ha sido definida por los instrumentos internacionales y comunitarios) se limiten, al tener que concurrir con esas conductas atentatorias de la dignidad de las personas, el traslado contrario a la normativa nacional de extranjería.

El hecho de que el Tribunal considere que puede intentarse el castigo de las conductas a través del artículo 313 del CP, cuando nos encontremos ante ciudadanos comunitarios de reciente incorporación, es un claro ejemplo de la insatisfacción creada por la interpretación llevada a cabo del artículo 318 bis del CP. El artículo 313.1 del CP ha sido, según la doctrina penal más autorizada, derogado tácitamente y el Tribunal Supremo así lo ha puesto de manifiesto en alguna de sus sentencias⁴¹. No parece lo más adecuado que el Tribunal, después de hacer referencia a esa derogación, considere que es posible la aplicación de este precepto para castigar conductas que no pueden ser castigadas por aplicación del artículo 318 bis. Si bien es cierto que abre la puerta a la aplicación de este precepto para evitar que conductas graves atentatorias de la dignidad humana queden sin sanción, para evitar lagunas de punibilidad no justificadas y causadas por la falta de previsión del legislador. El Tribunal está vacilando en su interpretación, forzado por la mala técnica del Legislador, y generando más inseguridad.

Como puede comprobarse una parte importante de los problemas que en materia de extranjería se producen derivan de los defectos legislativos, defectos que el Tribunal Supremo ha intentado paliar por vía interpretativa, yendo en algunos casos más allá de lo que le correspondería como intérprete de la Ley, elaborando un cuerpo jurisprudencial importante. Ahora que se inicia nueva legislatura y se vislumbran reformas legislativas en el horizonte ¿no es el momento de incorporar la jurisprudencia como base de la reforma de la norma e intentar solucionar por la vía adecuada los problemas interpretativos?, otorgando así una mayor seguridad jurídica a todos los ciudadanos.

(41) Cfr. la STS 380/2007, de 10 de mayo (RJ 2007\3503).

I. DERECHO COMUNITARIO

Sumario:

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

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.

La actualidad del Derecho comunitario está marcada por la negativa de Irlanda al Tratado de Lisboa (TDL) a través del referéndum convocado y celebrado el 12 de junio de 2008. Los irlandeses dijeron finalmente “no” a la ratificación del TDL, con un 53,4% de los votos, mientras que un 46,6% se manifestó a favor, con un porcentaje de participación del 53,1%. Este rechazo es una mala noticia. Hasta este momento 18 Estados han ratificado ya el TDL por vía parlamentaria.

El 26 de junio de 2008, los diputados españoles ratificaron el TDL por 322 votos a favor, 6 en contra y 2 abstenciones. El Tratado de Lisboa cuenta con el apoyo de los socialistas (PSOE), así como del principal partido de oposición, el Partido popular (PP). Los principales partidos nacionalistas, los Catalanes de CIU (centroderecha) y los Vascos del PNV fueron también a la ratificación. El procedimiento de ratificación se acabará después del voto del Senado.

Por su parte, la Cámara alta del Parlamento alemán, el Bundesrat, ratificó a su vez el 23 de mayo de 2008 el TDL. Quince de los dieciséis Estados Federados (Länder) votaron a favor

del texto; sólo los representantes de la ciudad-Estado de Berlín se abstuvieron. Habiendo la Cámara Baja (Bundestag) ratificado el Tratado el pasado 24 de abril, Alemania ya ha acabado el procedimiento de ratificación del Tratado de Lisboa. Alemania aguardará ahora el veredicto del Constitucional para ratificar el texto. El presidente de la República Federal ha declinado la ratificación del nuevo tratado europeo mientras no se resuelvan las dudas que ocupan al Tribunal Constitucional con el documento acordado en Lisboa.

Asimismo podemos dar cuenta de la ampliación de la “zona euro”. El 19 de junio de 2008, los 27 Jefes de Estado y de Gobierno dieron luz verde a la entrada de Eslovaquia en la zona euro el 1 de enero de 2009. Este último se convertirá pues en el décimo sexto país que adopta la moneda única y el cuarto de los nuevos Estados miembros que se unieron a la UE en 2004. Los 27 dirigentes de la Unión confirmaron los progresos de Eslovaquia en cuanto al respeto de los criterios de convergencia para la adopción del euro. Pidieron al Consejo ECOFIN (economía/finanzas) que terminase y que adoptara, en su reunión del 8 de julio, la normativa apropiada para permitir a Eslovaquia adoptar el euro.

2. PRINCIPIOS GENERALES

La STJCE de 15 de mayo de 2008, en los As. Ac. C-147/06 y C-148/06, resuelve unas peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de unos preceptos de las directivas europeas sobre contratos públicos y de los principios fundamentales del Derecho comunitario en materia de adjudicación de contratos públicos. Dichas peticiones se presentaron en el marco de sendos litigios entre SECAP SpA (en lo sucesivo, “SECAP”) y Santorso Soc. coop. arl (en lo sucesivo, “Santorso”), por un lado, y el Ayuntamiento de Torino (Italia), por otro, respecto a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma de la legislación italiana que determina la exclusión automática de las ofertas que se consideran anormalmente bajas en los contratos públicos de obras de un valor inferior al umbral establecido en la directiva europea sobre estos contratos.

Pues bien, hay que recordar que los procedimientos especiales y rigurosos establecidos por las directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase el umbral previsto expresamente en cada una de ellas (Auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, apartado 19). Por lo tanto, las normas de las mencionadas directivas no se aplican a los contratos cuyo valor no alcance el umbral fijado por éstas (véase, en este sentido, la Sentencia de 2 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, apartado 65). Sin embargo, esto no significa que estos últimos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (auto Vestergaard, antes citado, apartado 19). En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la adjudicación de contratos que, habida cuenta de su valor, no están sometidos a los procedimientos previstos por las normas comunitarias, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, en particular (Sentencias de 20 de

octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, apartado 32, y de 14 de junio de 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, apartado 33). Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la aplicación de las normas fundamentales y de los principios generales del Tratado a los procedimientos de adjudicación de los contratos cuyo valor es inferior al umbral de aplicación de las Directivas comunitarias implica que dichos contratos presentan un interés transfronterizo cierto (véanse, en este sentido, las Sentencias de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, apartado 29 y Comisión/Italia, antes citada, apartados 66 y 67).

En su sentencia de 15 de mayo de 2008 el TJCE considera que la aplicación en la normativa italiana controvertida en autos de la exclusión automática de las ofertas consideradas anormalmente bajas a los contratos que tengan un interés transfronterizo cierto puede constituir una discriminación indirecta, al colocar en la práctica en situación de desventaja a los operadores de otros Estados miembros que, por tener estructuras de costes diferentes, poder beneficiarse de importantes economías de escala o estar dispuestos a reducir sus márgenes de beneficio para poder penetrar de manera más eficaz en el mercado considerado, podrían presentar una oferta competitiva y, al mismo tiempo, seria y fiable, que, no obstante, no podría ser tenida en cuenta por el poder adjudicador en virtud de la mencionada normativa. Además, como señalaron el Comune di Torino y el Abogado General en los puntos 43, 46 y 47 de sus conclusiones, dicha normativa puede dar lugar a conductas y a acuerdos contrarios a la competencia —como prácticas colusorias— entre empresas nacionales o locales cuyo objetivo es reservar a éstas los contratos públicos de obras. Por consiguiente, para el Tribunal la aplicación de la norma de la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas a los contratos que presenten un interés transfronterizo cierto podría privar a los operadores económicos de otros Estados miembros de la posibilidad de desarrollar una competencia más eficaz frente a los operadores establecidos en el Estado miembro considerado y afecta de ese modo su acceso al mercado de ese Estado, obstaculizando el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, lo que constituye una restricción a dichas libertades (véanse, en este sentido, las Sentencias de 17 de octubre de 2002, Payroll y otros, C-79/01, apartado 26, de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, C-442/02, apartados 12 y 13, y de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz, C-452/04, apartado 46).

Al aplicar dicha normativa a los contratos que presenten un interés transfronterizo cierto, las entidades adjudicadoras, privadas de toda facultad de evaluar la solidez y la fiabilidad de las ofertas anormalmente bajas, no pueden cumplir su obligación de respetar las normas fundamentales del Tratado en materia de libre circulación ni el principio general de no discriminación, como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Para el Tribunal, la privación de esa facultad también es contraria al propio interés de las entidades adjudicadoras, dado que éstas no pueden apreciar las ofertas que les presentan en condiciones de competencia efectiva y, por consiguiente, adjudicar el contrato con arreglo a los criterios del precio más bajo o de la oferta económicamente más ventajosa, establecidos asimismo en aras del interés público. La apreciación, previa a la definición de los términos del anuncio de licitación, del eventual interés transfronterizo de un contrato cuyo valor estimado es inferior al umbral previsto por las normas comunitarias corresponde en principio a la entidad adjudicadora de que se trate, si bien esta apreciación puede someterse a control

jurisdiccional. Sin embargo, es posible que una normativa establezca, a nivel nacional o local, criterios objetivos que indiquen la existencia de un interés transfronterizo cierto. Estos criterios podrían ser, concretamente, el valor relativamente elevado del contrato en cuestión conjugado con el lugar de ejecución de las obras. También podría descartarse la existencia de dicho interés en el caso, por ejemplo, de escasa trascendencia económica del contrato en causa. No obstante, destaca el Tribunal el hecho de que, en determinados casos, las fronteras atraviesan aglomeraciones situadas en el territorio de Estados miembros diferentes y que, en esas circunstancias, incluso los contratos de poco valor pueden presentar un interés transfronterizo cierto.

3. FUENTES

En el período de referencia, aún sin grandes novedades, pueden destacarse las siguientes sentencias, todas ellas de 17 de julio de 2008.

En primer lugar, la **STJCE de 17 de julio de 2008, Arcor AG&Co.KG (As. C-152/07), Communication Services TELE2 GmbH (As. C-153/07) y Firma 01051 Telekom GmbH (As. C-154/07) c. Bundesrepublik Deutschland** (con participación de Deutsche Telekom AG), **As. Ac. C-152/07 a C-154/07**, viene a señalar dos importantes cuestiones acerca de la invocabilidad de las Directivas por los particulares.

De un lado, una Directiva no puede, por sí misma, crear obligaciones a cargo de los particulares, sino sólo derechos. Por ello, ningún particular puede invocar una Directiva contra un Estado miembro cuando se trate de una obligación estatal directamente relacionada con la ejecución de otra obligación que incumbe a un tercero en virtud de esa Directiva (FJ 35º). Sin embargo, las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una Directiva contra el Estado miembro de que se trate (FJ 36º).

De otro, cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado miembro, cuando éste haya adaptado incorrectamente su Derecho nacional a dicha Directiva (FJ 40º).

En segundo lugar, la **STJCE de 17 de julio de 2008, Dariusz Krawczynski c. Dyrektor Izby Celnej w Białymstoku, As. C-426/07**, se refiere a la limitación en el tiempo de los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pues bien, sólo excepcionalmente puede el Alto Tribunal Comunitario, aplicando el principio general de seguridad jurídica, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Tal limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que

resuelve sobre la interpretación solicitada. Y es que, en efecto, es necesario un momento único de determinación de los efectos en el tiempo de la interpretación solicitada que realiza el Tribunal de Justicia de una disposición del Derecho comunitario. Así las cosas, el principio de que una limitación sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada garantiza la igualdad de trato de los Estados miembros y de los demás justiciables frente a este derecho y cumple, de ese modo, las exigencias que impone el principio de seguridad jurídica (FFJJ 42°, 43° y 44°).

Por lo demás, la **STJCE de 17 de julio de 2008, Comisión c. Bélgica, As. C-543/07**, alude, en su FJ 9°, al momento en el que se ha de constatar el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación al Derecho interno, manteniendo que la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto (observación que también aparece en las **SSTJCE de 17 de julio de 2008, As. C-510/07, Comisión c. Bélgica, FJ 10°, y As. C-311/07, Comisión c. Austria, FJ 26°**). También recuerda el referido pronunciamiento, en su FJ 11, que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones, prácticas o situaciones de su particular orden jurídico —incluidas las derivadas de su organización federal— para justificar la no adaptación de su Derecho interno al comunitario en los plazos señalados.

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se subscribe la presente crónica de jurisprudencia se percibe un aumento de las sentencias recaídas en recursos de anulación, aunque en menor medida en recursos por omisión. Pero, no obstante, no se percibe un cambio jurisprudencial profundo en la jurisprudencia existente hasta estos momentos como sucede especialmente con las sentencias recaídas en recursos por omisión. Sin embargo podemos recordar algunos de los contenidos aparecidos en estas sentencias, sobre todo en aquellas en las cuales algunos de los recurrentes son españoles.

Una primera sentencia que podemos recordar es la **STPI (Sala Tercera ampliada) de 8 de julio de 2008, AC-Treuhand/Comisión, As. T-99/04**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que no cabe la anulación de una decisión de la Comisión si no ha afectado al derecho de defensa de la demandante en el marco del procedimiento. Otra sentencia que debemos recordar por su importancia respecto los servicios de interés económico y general, es la **STJCE (Gran Sala) de 1 de julio de 2008, Chronopost/UFEX y otros, As. Ac. C-341/06 P y C-342/06 P**, por medio de la cual el Tribunal de Justicia anuló la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 7 de junio de 2006, **UFEX y otros/Comisión (T-613/97)**, por un lado, en la medida en que anula la Decisión 98/365/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 1997, relativa a las ayudas que Francia habría otorgado a SFMI-Chronopost, en cuanto que afirmaba que ni el apoyo logístico y comercial prestado por La Poste a su filial, a saber, SFMI-Chronopost, ni la transmisión de Postadex, constituían ayudas estatales a favor de SFMI-Chronopost y, por otro

lado, en cuanto que fijaba en consecuencia las costas. Igualmente, dentro de los servicios de interés económico general, debemos recordar, la **STPI (Sala Tercera ampliada) de 1 de julio de 2008, Deutsche Post/Comisión, As. T-266/02**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión 2002/753/CE de la Comisión, de 19 de junio de 2002, relativa a las medidas de la República Federal de Alemania a favor de Deutsche Post AG, que declaraba que las compensaciones que había recibido DB-Postdients y DPAG para la prestación de servicios de interés general superaban los costes netos específicos que originaba el cumplimiento de estos servicios. De este mismo tenor hay que recordar la **STPI (Sala Quinta) de 26 de junio de 2008, SIC/Comisión, As. T-442/03**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia, en primer lugar, anuló el artículo 1 de la Decisión 2005/406/CE de la Comisión, de 15 de octubre de 2003, relativa a medidas puntuales aplicadas por Portugal en favor de RTP, pues la Comisión no había verificado de forma fehaciente que no existía exceso en la compensación de los costes de servicio público, así como también anuló el artículo 2 de esta decisión en cuanto afirmaba que la exención de los gastos de registro y notario no constituía una ayuda de Estado. Más, en concreto, respecto el contenido de un recurso de anulación, el Tribunal de Primera Instancia recordó que la legalidad de un acto comunitario debe apreciarse en función de la información existente en la fecha en que el acto fue adoptado con lo cual, dado que la Comisión desconocía que el Tribunal de Cuentas de Portugal estaba redactando un informe sobre las cuentas de RTP, entonces no cabe argumentar que la Comisión debería haber utilizado los datos de este informe a la hora de adoptar su decisión sobre RTP.

Otras sentencias en materia de anulación que encontramos es la **STPI (Sala Quinta) de 18 de junio de 2008, Hoechst/Comisión, As. T-410/04**, en cuyo fundamento jurídico ducentésimo vigésimo octavo, el Tribunal de Primera Instancia señaló que:

“En todo caso, procede recordar que la duración superior a lo razonable del plazo, suponiendo que haya quedado probada, no justifica necesariamente la anulación de la Decisión. En efecto, en materia de aplicación de las normas sobre la competencia, un plazo cuya duración exceda de lo razonable sólo puede constituir un motivo de anulación de una Decisión en la que se constaten infracciones si se demuestra que la violación de este principio ha vulnerado los derechos de defensa de las empresas de que se trate. Aparte de este supuesto específico, el incumplimiento de la obligación de pronunciarse en un plazo razonable no influye en la validez de los procedimientos administrativos basados en el Reglamento núm. 17 (Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, citada en el apartado 153 *supra*, apartado 122; de 14 de febrero de 2001, *Sodima/Comisión*, T-62/99, Rec. p. II-655, apartado 94, y de 16 de diciembre de 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión*, citada en el apartado 216 *supra*, apartado 74; véase igualmente en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión*, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartados 42 a 44).”

I. Derecho Comunitario

Respecto al Reino de España podemos recordar la **STJCE (Sala Segunda) de 15 de mayo de 2008, España/Consejo, As. C-442/04**, en la cual el Tribunal de Justicia inadmitió el recurso del Reino de España respecto a la anulación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (CE) núm. 1415/2004 del Consejo, de 19 de julio de 2004, por el que se fija el esfuerzo pesquero máximo anual para determinadas zonas de pesca y pesquerías. Finalmente, en último lugar, podemos recordar la **STJCE (Gran Sala) de 20 de mayo de 2008, Comisión/Consejo, As. C-91/05**, en la cual el Tribunal de Justicia, en el marco de un recurso de anulación, sostuvo que corresponde al Tribunal de Justicia velar por que los actos que, según el Consejo, están comprendidos en el ámbito de aplicación del título V del Tratado UE y que, por su naturaleza, pueden producir efectos jurídicos no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad. Por ello el Tribunal de Justicia era competente para examinar el recurso de anulación interpuesto por la Comisión al amparo del artículo 230 CE y, dentro de ese marco, para examinar los motivos invocados con arreglo al artículo 241 CE, puesto que éstos se basan en una infracción del artículo 47 UE.

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

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

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 19 de mayo al 15 de julio de 2008) no se han dictado sentencias sobre esta materia.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 19 de mayo al 15 de julio de 2008), tan sólo se ha dictado un fallo del TJCE en la materia. Nos referimos a la **STJCE (Sala Primera) de 19 de junio de 2008, Comisión c. Luxemburgo, As. C-319/06**. En esta Sentencia, y a instancia de la Comisión se declara un incumplimiento en la trasposición de la normativa europea

sobre condiciones de trabajo de los trabajadores trasladados. Concretamente, la Comisión comunicó a Luxemburgo que la Ley luxemburguesa de 20 de diciembre de 2002 podía violar el Derecho comunitario en estos aspectos:

- obliga a las empresas establecidas en otro Estado miembro y que desplazan a sus trabajadores a Luxemburgo a cumplir condiciones de trabajo y de empleo que van más allá de lo dispuesto en el artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71;
- no garantiza a los trabajadores desplazados, al margen del descanso semanal, la observancia de ningún otro período de descanso (descanso diario);
- carece de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica al obligar a las empresas que desplazan trabajadores a Luxemburgo a facilitar a la *Inspection du travail et des mines* antes de que se inicie el trabajo, mediando un simple requerimiento y a la mayor brevedad posible, la información esencial indispensable para la labor inspectora;
- limita la libre prestación de servicios al exigir que las empresas que tengan su domicilio social fuera del territorio del Gran Ducado de Luxemburgo o que no tengan en dicho Estado ningún establecimiento permanente conserven en poder de un mandatario *ad hoc* residente en dicho Estado miembro los documentos necesarios para la labor inspectora.

Para el TJCE, según reiterada jurisprudencia, el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a cualquier persona que efectúe un trabajo por cuenta ajena, aun cuando sea temporal, en su territorio, cualquiera que sea el Estado miembro de establecimiento del empresario, no es menos cierto que tal facultad está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que se halla establecido (Sentencia de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo, C-445/03¹, apartado 29). En particular, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del TCE, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido (véanse las Sentencias *Arblade* y otros, antes citada, apartado 34, así como de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* y otros², C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, apartado 31).

El Tribunal ya tuvo ocasión de puntualizar que, si bien los Estados miembros siguen pudiendo determinar libremente, en lo esencial, de conformidad con sus necesidades

(1) Comentada en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 74.

(2) Comentada en el número 14 de esta Revista (enero de 2002), págs. 65 y 67-68.

nacionales, las exigencias de orden público, no obstante, en el contexto comunitario y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, dicho concepto debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad Europea (Sentencia de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, apartado 30). De ello se deriva que el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (Sentencia de 14 de marzo de 2000, Église de scientologie, C-54/99³, apartado 17). Las razones que puede invocar un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libre prestación de servicios deben ir acompañadas de un examen de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su argumentación (véase, en este sentido, la Sentencia de 7 de junio de 2007, Comisión/Bélgica, C-254/05⁴, apartado 36, y jurisprudencia allí citada). Según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presenta al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia (Sentencias de 14 de septiembre de 2004, Comisión/España, C-168/03⁵; de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania, C-433/03, y de 27 de septiembre de 2007, Comisión/Luxemburgo, C-354/06, no publicado en la Recopilación).

Por todo ello el TJCE declara que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartado 1, de 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, en relación con el apartado 10 de dicho artículo, así como de los artículos 49 y 50 CE:

- al haber declarado que los puntos 1, 2, 8 y 11 del artículo 1, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, por la que se adapta el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 96/71 y por la que se regula el control de la aplicación del Derecho del trabajo, constituyen disposiciones de orden público nacional;
- al haber adaptado de manera incompleta su ordenamiento jurídico interno a lo dispuesto en el artículo 3.1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 96/71;
- al establecer, en el artículo 7.1, de dicha Ley de 20 de diciembre de 2002, los requisitos relativos al acceso a las indicaciones esenciales indispensables para la labor inspectora por las autoridades nacionales competentes de una manera carente de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica de las empresas que deseen desplazar trabajadores a Luxemburgo, y

(3) Comentada en el número 12 de esta Revista (julio de 2001), pág. 67.

(4) Comentada en el número 37 de esta Revista (octubre de 2007), págs. 93 a 95.

(5) Existe un comentario en la Revista Lex Nova, Sección Resoluciones Judiciales, número 38 (octubre-diciembre de 2004), pág. 16.

— al obligar, en el artículo 8 de la referida Ley, a conservar en Luxemburgo, en poder de un mandatario *ad hoc* residente en dicho Estado, los documentos necesarios para la labor inspectora.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 19 de mayo al 15 de julio de 2008), se han publicado únicamente dos sentencias sobre esta materia, ambas relativas a la misma materia, el permiso de circulación. La primera de ellas es la **STJCE de 26 de junio de 2008, Wiedemann, As. Ac. C-329/06 y C-343/06**, en la cual se resuelve una cuestión prejudicial motivada por la negativa de Alemania a reconocer la validez de un permiso de conducción expedido en la República Checa. Las concretas peticiones de decisión prejudicial versan sobre la interpretación de los artículos 1.2, 7.1, 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 (DO L 237, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003.

El Tribunal declaró lo siguiente:

1) Los artículos 1.2, 7.1 y 8, apartados 2 y 4, de la Directiva 91/439 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 ser interpretados en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento en su territorio del derecho a conducir resultante de un permiso de conducir expedido con posterioridad en otro Estado miembro después del período de prohibición de solicitud de un nuevo permiso impuesto al interesado, y, por lo tanto, la validez de dicho permiso, hasta que su titular no haya cumplido los requisitos exigidos en el primer Estado miembro para expedir un nuevo permiso tras dicha retirada, incluido el examen de aptitud para la conducción en el que se acredite que los motivos que justificaron dicha retirada ya no existen.

En las mismas circunstancias, dichas disposiciones no se oponen a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento en su territorio del derecho a conducir que resulta de un permiso de conducción expedido con posterioridad por otro Estado miembro si se constata, sobre la base de las indicaciones que figuran en el propio permiso de conducción o en otras informaciones incontestables procedentes del Estado miembro de expedición, que el titular de dicho permiso, que ha sido objeto en el territorio del primer Estado miembro de una medida de retirada de un permiso anterior, no tenía su residencia habitual en el territorio del Estado miembro de expedición cuando se expidió dicho permiso.

2) Los anteriores artículos de la Directiva 91/439, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1882/2003, se oponen a que un Estado miembro que, con arreglo a dicha Directiva, está obligado a reconocer el derecho a conducir que resulta de un permí-

I. Derecho Comunitario

so de conducción expedido por otro Estado miembro, suspenda con carácter provisional dicho derecho mientras este último comprueba las condiciones de expedición del mencionado permiso. En cambio, en las mismas circunstancias, dichas disposiciones no se oponen a que un Estado miembro decida la suspensión de este derecho si se desprende de las indicaciones que figuran en dicho permiso o en otras informaciones incontestables procedentes del otro Estado miembro que el requisito de residencia establecido en el artículo 7.1.b) de dicha Directiva no se cumplía cuando se expidió este permiso.

Parecida cuestión se enjuicia en la **STJCE (Sala Tercera) de 26 de junio de 2008, Zerche, As. Ac. C-334/06 a C-336/06**. En esta ocasión la retirada del permiso había tenido lugar por ingestión de bebidas alcohólicas. El TJCE llega a la misma conclusión respecto de la normativa comunitaria enjuiciada.

C) Libre circulación de trabajadores

En el período examinado no se han producido sentencias reseñables en relación con esta libertad comunitaria.

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

La **STJCE de 20 de mayo de 2008, Orange European Smallcap Fund, As. C-194/06**, analiza la compatibilidad con el Derecho comunitario del régimen de tributación neerlandés de las instituciones de inversión colectiva.

El Derecho neerlandés somete a las instituciones de inversión colectiva al impuesto de sociedades, gravando sus beneficios a tipo cero. De este modo, cuando la institución de inversión colectiva recibe dividendos distribuidos por una sociedad establecida en los Países Bajos se practica una retención fiscal en la fuente sobre tales dividendos; no obstante, dicha retención —al igual que aquella practicada en Estados miembros con los que se ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición— es devuelta si así lo solicita la institución tras el cierre del ejercicio fiscal. En cambio, si esta retención en la fuente se ha realizado en un Estado miembro con el que los Países Bajos no han celebrado convenio de doble imposición, no procede devolución alguna. Y ello, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, puede vulnerar la libre circulación de capitales. Por otro lado, y es otra de las cuestiones analizadas por la sentencia, la devolución de la retención practicada en los Países Bajos se reduce proporcionalmente en función de la participación en el capital de la sociedad de inversión colectiva de accionistas residentes fuera de los Países Bajos.

Pues bien, en primer lugar, el Tribunal de Justicia declara que los artículos 56 y 58 CE no se oponen a la normativa de un Estado miembro que, al establecer, en favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal establecidas en el territorio de ese Estado miembro, una compensación cuyo objeto es tener en cuenta las retenciones fisca-

les practicadas en la fuente sobre los dividendos pagados a dichas instituciones, restringe la referida compensación a las retenciones practicadas en dicho Estado miembro o a las realizadas en otros Estados miembros con los que se había celebrado un convenio para evitar la doble imposición.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia no niega que en este caso existe una restricción a la libre circulación de capitales. Así, en el apartado 56 de la sentencia se afirma que

“al excluir de la compensación relativa a la tributación en la fuente de los dividendos percibidos en el extranjero los procedentes de algunos Estados miembros, una normativa como la controvertida en el asunto principal hace que las inversiones en esos Estados miembros sean menos atractivas que las inversiones en los Estados miembros cuyas retenciones fiscales sobre los dividendos dan lugar a dicha compensación. Por lo tanto, tal normativa puede disuadir a una institución de inversión colectiva de realizar inversiones en los Estados miembros a cuyas retenciones sobre dividendos no den lugar a la compensación, por lo que constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 CE”.

Ahora bien, esta restricción a la libre circulación de capitales está permitida por el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), ya que lo que la normativa neerlandesa establece es una diferencia de trato que afecta a situaciones que no son objetivamente comparables. En palabras del Tribunal de Justicia,

“Como explica el Gobierno neerlandés, mediante la compensación que establece, la normativa neerlandesa controvertida en el asunto principal pretende asimilar todo lo posible el trato fiscal de los dividendos que percibe un socio que haya realizado una inversión directa y el de los dividendos percibidos por un socio que haya invertido a través de una institución de inversión colectiva de carácter fiscal, con el fin de evitar que la inversión en el extranjero realizada por tal institución se considere menos atractiva que una inversión directa.

61. Pues bien, con respecto a tal normativa, la situación de una institución de inversión colectiva de carácter fiscal cuando percibe dividendos procedentes de los Estados miembros con los cuales el Reino de los Países Bajos ha celebrado un convenio que establezca, respecto a los accionistas personas físicas, el derecho a imputar la retención fiscal sobre los dividendos practicada por dichos Estados miembros sobre el impuesto sobre la renta que deben abonar en los Países Bajos es distinta de aquella en la que se encuentra esa institución cuando percibe dividendos procedentes de los Estados miembros con los que el Reino de los Países Bajos no ha celebrado tal convenio, dividendos respecto a los que no se ha establecido ese derecho.

62. En efecto, sólo cuando se trata de inversiones en los Estados miembros con los que el Reino de los Países Bajos ha celebrado un convenio fiscal bilateral de tal naturaleza, a falta

de la compensación establecida en las disposiciones controvertidas en el asunto principal, la decisión de efectuar una inversión a través de una institución de inversión colectiva de carácter fiscal podría ser menos ventajosa para un socio persona física que una inversión directa.

63. En cambio, en lo que atañe a los Estados miembros con los que el Reino de los Países Bajos no ha celebrado ningún convenio de tal naturaleza, la decisión de una persona física de efectuar una inversión a través de una institución de inversión colectiva de carácter fiscal no supone riesgo alguno de pérdida de una ventaja de la que habría disfrutado si hubiera decidido realizar una inversión directa en dichos Estados miembros. Por consiguiente, esta situación no es objetivamente comparable a aquella en la que el Reino de los Países Bajos ha celebrado un convenio fiscal de tal naturaleza.”

Ahora bien, lo que no permite el Derecho comunitario es que la compensación procedente de las retenciones en la fuente practicadas en los Países Bajos o en Estados con los que se ha celebrado convenio para evitar la doble imposición se reduzca proporcionalmente en la medida en que los socios de la sociedad de inversión colectiva no residan en los Países Bajos. En este caso, la restricción a la libre circulación de capitales no resulta justificada por razones imperiosas de interés general. Y es que, aun cuando el objeto de la normativa controvertida es distinguir entre los socios de las instituciones de inversión colectiva según que sean residentes o no, a fin de que la compensación de que disfrutan debido a la distribución de los beneficios por esa institución esté en relación con los tipos del impuesto al que tales socios se hallan sujetos, respectivamente, en los Países Bajos, una reducción de dicha compensación a prorrata de la parte del capital de las referidas instituciones de la que son titulares socios que residen o que están establecidos en otros Estados miembros, no permite alcanzar tal objetivo. Y es que tal reducción perjudica indistintamente a todos los socios de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal, ya que produce el efecto de reducir el importe total del beneficio que debe repartirse.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de inconstitucionalidad. a) Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional (artículos 159.1 CE y 16.1 LOTC): La participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de Magistrados por parte del Senado no priva a éste de las facultades que le otorga la Constitución. b) Prórroga del mandato de la Presidencia y Vicepresidencia del Tribunal Constitucional (artículos 160 CE y 16.3 LOTC): La prórroga automática del artículo 16.3 LOTC reformado tiene una finalidad legítima, cual es que en la elección del Presidente y Vicepresidente participan todos los miembros del Tribunal renovado. B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (artículo 35.2 LOTC): La tramitación de la audiencia de forma imprecisa no conlleva la inadmisibilidad de la cuestión si la indeterminación es sólo relativa. C) Recurso de amparo. a) Responsabilidad del Tribunal Constitucional por dilaciones indebidas (artículo 9.3 CE): El Estado debe responder por las dilaciones indebidas en que incurra el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones. El órgano competente para conocer de las reclamaciones patrimoniales por esta causa es el Consejo de Ministros. **3. Distribución de competencias.** A) Relaciones internacionales (artículo 149.1.3ª CE): incidencia de un convenio de colaboración en la política exterior del Estado.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de abril, mayo y junio de 2008. Tiene particular interés la STC 49/2008, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En esta crónica incluimos dos importantes Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2008 estima una reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal (dilaciones indebidas) del Tribunal Constitucional. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 analiza si la celebración de un convenio entre el Departamento de sanidad del Gobierno Vasco y una fundación que representa al denominado pueblo kurdo invade la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

- a) Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional (artículos 159.1 CE y 16.1 LOTC): La participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de Magistrados por parte del Senado no priva a éste de las facultades que le otorga la Constitución
- b) Prórroga del mandato de la Presidencia y Vicepresidencia del Tribunal Constitucional (artículos 160 CE y 16.3 LOTC): La prórroga automática del artículo 16.3 LOTC reformado tiene una finalidad legítima, cual es que en la elección del Presidente y Vicepresidente participen todos los miembros del Tribunal renovado

La STC 49/2008, de 9 de abril, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular contra el artículo único, apartados seis y siete, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El Tribunal comienza fijando el objeto del proceso y considera claro que el recurso se dirige, en primer lugar, contra el apartado seis del artículo único de la LO 6/2007, que introduce un nuevo párrafo al artículo 16.1 LOTC del siguiente tenor: “Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara”. Como alegación principal, los recurrentes afirman que esta regulación vulnera el artículo 159.1 CE, precepto que, en su opinión, atribuye directa, exclusiva e incondicionalmente la elección de tales Magistrados al Senado. Pero también consideran infringidos otros preceptos constitucionales relacionados con el sistema de fuentes, con la posición constitucional del Senado y, en especial, con la estructura territorial del Estado.

En segundo lugar, el recurso se dirige contra el apartado siete del mismo artículo único, pero no en cuanto reforma los apartados segundo y tercero del artículo 16 LOTC, sino sólo en cuanto modifica la tercera frase del artículo 16.3 LOTC, es decir, contra el inciso

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

que prevé que “si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados”.

Una vez delimitado el objeto del proceso, el Tribunal se detiene en una peculiaridad que se presenta en este caso: al dirigirse el recurso contra unos preceptos que modifican la LOTC, se coloca al Tribunal ante la tesitura de controlar la única Ley a la que se encuentra plenamente sometido. Esto no había sucedido nunca con anterioridad, el único caso similar fue el concluido por la STC 66/1985, que resolvió un recurso previo de inconstitucionalidad contra un proyecto de reforma de la LOTC. Pero no se trataba de una Ley en vigor.

En el presente caso, el Tribunal considera que, tratándose de una ley formal y habiéndose planteado el recurso en tiempo y forma, no existen motivos procesales para rechazar la posibilidad de control. Puesto que el legislador orgánico dispone de libertad de configuración dentro de los límites constitucionales que debe fijar el propio Tribunal Constitucional, rechazar la posibilidad de fiscalización supondría admitir una zona inmune al control de constitucionalidad y excepciones al principio de supremacía de la Constitución.

Ahora bien, cuestión distinta es el alcance del control que debe realizar el Tribunal Constitucional. Reconoce éste que su enjuiciamiento es exclusivamente jurídico-constitucional y nunca político o de oportunidad. El legislador no debe limitarse a ejecutar la Constitución, sino que está legitimado para tomar aquellas medidas que, en un marco de pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la Norma Fundamental. Esta cautela general debe extremarse en lo que se refiere al control de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El control debe limitarse a los supuestos de un conflicto evidente e insalvable entre la ley cuestionada y la Constitución. Lo contrario supondría debilitar la presunción de constitucionalidad de la ley y situaría al Tribunal en una posición que no se corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el artículo 165 CE para que sea el legislador quien, a través de la LOTC, desarrolle directamente el título IX CE, desarrollo legal al que el Tribunal está vinculado.

Entrando ya en el análisis de los alegados motivos de inconstitucionalidad, el Tribunal se pronuncia, en primer lugar, sobre la pretendida arbitrariedad de los preceptos en cuestión (contraria al artículo 9.3 CE), que se imputa a los dos preceptos de la LOTC impugnados. Los recurrentes fundamentan esta infracción en la trascendencia de los cambios operados y, sobre todo, en la ausencia de justificación en la Exposición de Motivos de la LO 6/2007. El Tribunal no entra en la cuestión de la trascendencia de los cambios, pues considera que no debe pronunciarse sobre ella. Y sobre la ausencia de justificación, considera que el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las exposiciones de motivos de las leyes. Añade, además, que la invocación de conceptos tan generales e indeterminados como el de interdicción de la arbitrariedad obliga a extremar las cautelas en el control del legislador democrático, puesto que el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionalmente protegidos. Por ello, el Tribunal establece unos requisitos que debe cumplir quien alega vulneración de la interdicción de la arbitrariedad (justificación suficiente de dicha vulneración

y carencia absoluta de explicación racional que excluya la mera discrepancia política del contenido de la ley). Considera que, en este caso, no se han cumplido dichos requisitos. Como desarrollará más adelante, los cambios legislativos impugnados no están ayunos de toda explicación racional, al contrario, pretenden canalizar la participación de las Comunidades Autónomas en la elección de determinados Magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 16.1 LOTC) y regular la duración de la Presidencia en los supuestos en que su mandato no coincida con la renovación parcial del Tribunal (artículo 16.3 LOTC).

A continuación, el Tribunal aborda la tacha de inconstitucionalidad imputada al artículo 16.1 LOTC reformado, que se refiere a la elección de los Magistrados por el Senado. A este respecto, comienza afirmando que, aunque el artículo 159.1 CE regula de forma detallada la elección de los Magistrados por los diversos órganos constitucionales, esto no impide que dicha regulación sea desarrollada y concretada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De la regulación constitucional, el Tribunal destaca el importante protagonismo de las Cortes Generales en la elección, tanto del Congreso de los Diputados como del Senado, que eligen ambos cuatro Magistrados por idéntica mayoría. Esta igual posición de ambas Cámaras no excluye, sin embargo, a juicio del Tribunal, que el modo de elección pueda ser condicionado por las características propias de cada una de ellas.

Los recurrentes consideran que el artículo 16.1 LOTC vulnera el artículo 159.1 CE porque priva materialmente —aunque no formalmente— al Senado de la facultad constitucional de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional. A juicio del Tribunal, este razonamiento parte de una doble premisa que entra a analizar: por un lado, que dicha facultad es absoluta y no admite ningún tipo de participación por parte de otros órganos y, por otro, que el precepto impugnado la vacía de contenido, haciendo de la intervención del Senado un acto meramente formal y debido.

Comenzando por la segunda cuestión, el Tribunal pone de manifiesto que la nota más destacada de la nueva regulación es la amplitud de la remisión que se hace al Reglamento parlamentario, lo cual abre necesariamente la puerta a múltiples desarrollos. Esta amplitud es predicable de las dos fases en que se divide el procedimiento de elección de Magistrados: la presentación de candidaturas por los Parlamentos autonómicos y la elección definitiva de los Magistrados por parte del Senado. Habrán de ser los Reglamentos de las Asambleas autonómicas y del Senado los que determinen detalles tan importantes como el número de candidaturas presentadas, entre otros. Así las cosas, y sin prejuzgar la constitucionalidad de estas regulaciones reglamentarias, el Tribunal considera que la expresión del artículo 16.1 LOTC “entre los candidatos” no tiene que ser interpretada necesariamente en un sentido que excluya cualquier posible margen de maniobra por parte del Senado, sino que remite a su Reglamento y, por lo tanto, a la propia voluntad de la Cámara, la concreción del grado de participación de los Parlamentos autonómicos en dicha facultad, así como el margen de intervención del Senado en el proceso de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional. Por supuesto, siempre persiste la posibilidad de controlar la constitucionalidad de dichos desarrollos reglamentarios. Por lo tanto, el Tribunal afirma que el precepto impugnado no desapodera al Senado del ejercicio mate-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

rial de sus funciones constitucionales. Afirma también que declarar la inconstitucionalidad de dicho precepto supondría un control preventivo, posibilidad rechazada reiteradamente por el Tribunal Constitucional (SSTC 49/1984, 76/1991 y 176/1999, entre otras).

En el momento de cerrar esta crónica, aparece en la prensa la noticia de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma del Reglamento del Senado que posibilita la participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de los Magistrados. Esta reforma fue aprobada por el Pleno del Senado el 21 de noviembre de 2007 y añade un apartado (el 7) al artículo 184 de dicho Reglamento, según el cual en el procedimiento de elección de Magistrados del Tribunal Constitucional se procederá de la siguiente forma: el Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura de un plazo para la presentación de candidaturas. Cada Asamblea podrá presentar hasta dos candidatos, lo que supone un total de treinta y cuatro candidatos entre los que podrá elegir el Senado. A continuación, la Comisión de Nombramientos del Senado elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir (normalmente serán cuatro). El último inciso del artículo 184.7 RS añade que “si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos”. Sin haber podido consultar la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre esta reforma en el momento de cerrar esta crónica, sabemos por la prensa que dicha Sentencia es desestimatoria, esto es, que afirma la conformidad a la Constitución de la misma. Podemos imaginar que el Tribunal ha considerado que no se ha mermado la facultad de elección del Senado, que podrá elegir cuatro Magistrados de entre las treinta y cuatro candidaturas propuestas por los Parlamentos autonómicos y que, además, el inciso final del artículo 184.7 RS permite que el Senado supla la falta de propuesta de alguna o algunas Asambleas autonómicas.

Volviendo al comentario de la STC 49/2008, objeto de esta crónica, el Tribunal analiza la primera de las premisas a las que hizo referencia, esto es, que la facultad del Senado es absoluta e ilimitada. El Tribunal considera que tampoco puede ser aceptada. Aunque la regulación del artículo 159.1 CE es extensa, la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional por el Senado es un aspecto que requiere necesariamente desarrollo normativo. El hecho de que hasta la entrada en vigor del precepto impugnado las normas de desarrollo del artículo 159.1 CE —que efectivamente han existido— hayan tenido origen parlamentario y se hayan limitado a regular aspectos básicamente procedimentales, su existencia revela que no es posible partir, como pretenden los recurrentes, de que la norma constitucional sobre la elección de los Magistrados impide un desarrollo normativo que regule aspectos procedimentales y materiales.

Ciertamente, como reconoce el Tribunal, la norma recurrida presenta un elemento cualitativo diferente, cual es el de introducir por vez primera la participación de órganos ajenos al Senado en la elección de Magistrados. Precisamente, a pesar del silencio de la Exposición de Motivos de la Ley impugnada, ésta es la explicación racional de la reforma: permitir la participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de Magistrados. Pero ésta es también, precisamente, la principal tacha de inconstitucionalidad que los recurrentes ven en la LO 6/2007. Por ello, el Tribunal se ve obligado a analizar tres cuestiones: en primer lugar, si la participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de Magistrados por

parte del Senado está constitucionalmente prohibida; en segundo lugar, y en caso de que ello no sea así, si dicha participación tiene un fundamento constitucionalmente legítimo que la justifique y, finalmente, si su intensidad resulta compatible con el modelo de jurisdicción constitucional que se deriva de la Norma Suprema.

A juicio del Tribunal, la respuesta a la primera cuestión debe ser negativa. Aunque tal participación no está prevista expresamente, la competencia constitucional del Senado de elegir a cuatro de los doce Magistrados no puede interpretarse como una prohibición constitucional implícita de que los Parlamentos autonómicos intervengan en dicha elección mediante la presentación de candidatos. Una vez más, el Tribunal recuerda que la Constitución no es una norma que debe ser simplemente “ejecutada”, sino un marco de posibilidades igualmente lícitas entre las que debe optar el legislador democráticamente elegido.

Descartado que la finalidad perseguida por la norma impugnada sea en sí misma inconstitucional, el Tribunal analiza si es legítima desde la perspectiva de la Norma Suprema. Realizando una interpretación conjunta de los artículos 159.1 y 69 CE (que configura al Senado como “Cámara de representación territorial”), concluye que puede derivarse un principio de participación autonómica en la composición del Tribunal, susceptible de ser desarrollado de diversos modos. Precisamente, trae a colación la Sentencia comentada que esta idea estuvo presente en el proceso constituyente y, sobre todo, en el momento de elaboración del artículo 159.1 CE.

Sobre la cuestión relativa a la intensidad de la participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de Magistrados por el Senado, el Tribunal recuerda lo ya dicho: dicha participación no conlleva un desapoderamiento de la Cámara Alta respecto de su facultad constitucional de elección. Y trae a colación, a modo de ejemplo, la reforma de la LOPJ mediante la cual la elección de Vocales del Consejo General del Poder Judicial por parte del Congreso y del Senado se realiza entre los candidatos presentados por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados y candidaturas respaldadas por un número de firmas. Con respecto a otras alegaciones de los recurrentes, el Tribunal recuerda que el tenor literal del artículo 16.1 LOTC permite que el Reglamento del Senado pueda, entre otras fórmulas, prever mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección, garantizando así que la Cámara Alta cumpla con su obligación constitucional.

Después de rechazar de forma más somera otros motivos secundarios de inconstitucionalidad del artículo 16.1 LOTC alegados por los recurrentes y relacionados con el sistema de fuentes, la posición constitucional del Senado y los derechos de los Senadores, el Tribunal Constitucional entra a analizar la posible inconstitucionalidad de la tercera frase del artículo 16.3 LOTC, relativa a la prórroga del mandato del Presidente y del Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Los recurrentes consideran que esta regulación vulnera el artículo 160 CE por dos motivos: por no respetar la duración del mandato de la Presidencia que, de forma taxativa, se establece en tres años y por sustraer al Pleno la competencia de elegirla. Según su parecer, debería ser el Pleno quien eventualmente aprobase la prórroga de la Presidencia en los supuestos de renovación tardía del Tribunal. En todo caso, lo que se considera inconstitucional es la prórroga automática de la Presidencia y no la de la Vicepresidencia, figura esta que no está prevista constitucionalmente y que los propios recurrentes aceptan que puede prorrogarse por mandato legal, aunque esta opción se califique de ilógica.

En sus consideraciones, el Tribunal parte de la afirmación de que la regulación constitucional de la Presidencia no es completa ni impide la intervención de la LOTC para desarrollarla y concretarla. Y, a continuación, pasa a examinar cuál es el contenido concreto de la norma impugnada y, en especial, su finalidad, para comprobar su adecuación o no a la Constitución. Pone de manifiesto que el artículo 16.3 LOTC distingue claramente la elección del Presidente y la prórroga de su mandato. En relación a la primera, el precepto se remite a lo dispuesto en el artículo 9 LOTC e introduce una novedad que no ha sido impugnada por los recurrentes: el momento en que debe producirse dicha elección es “a partir” y, por lo tanto, después de cada renovación parcial del Tribunal. El propósito de la reforma en este punto es claro y radica, pues, en hacer coincidir la elección de la Presidencia con la renovación parcial del Tribunal.

El objeto de este recurso se limita, sin embargo, a la prórroga legal del mandato presidencial. Pero, como se desprende de la mera lectura de la norma impugnada, no estamos ante la reelección del Presidente, sino ante una prórroga automática del mandato presidencial vigente, prórroga que tiene un presupuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas claras en el artículo 16.3 LOTC. De esta regulación se desprende que la finalidad de la reforma es la de garantizar que la elección de la Presidencia se produzca tras la renovación parcial del Tribunal y, por lo tanto, con la participación de los nuevos Magistrados. La prórroga legal del mandato presidencial hasta que dicha renovación se haga efectiva constituye un mecanismo para garantizarlo en los supuestos en que dicho mandato haya expirado antes de ésta, supuesto que se ha dado en varias ocasiones, debido al retraso en la elección de los Magistrados por los órganos legitimados para hacerlo.

Pues bien, afirma con rotundidad el Tribunal que dicha finalidad del precepto impugnado es conforme a la Constitución, no es arbitraria y no vulnera ningún precepto constitucional, puesto que lo que pretende es armonizar diversos aspectos del modelo organizativo del Tribunal Constitucional que se derivan de los artículos 159.3 y 160 CE. Concretamente, que su renovación parcial se produzca cada tres años, que en la elección de la Presidencia participen todos los miembros del Tribunal en su composición actual y que el mandato de la Presidencia sea también de tres años.

A continuación, el Tribunal examina el concreto instrumento introducido por el legislador para conseguir la finalidad expuesta: la prórroga legal del mandato presidencial. El Tribunal rechaza que el precepto impugnado vulnere el artículo 160 CE, puesto que lo que se prevé en él es una prórroga del mandato presidencial vigente y no un nuevo nombramiento. Afirma el Tribunal que la temporalidad del mandato no impide su prórroga. Éste es el

caso de la prórroga legal del mandato de los propios Magistrados prevista en el artículo 17.2 LOTC, que lógicamente implica una ampliación de su mandato de nueve años previsto en el artículo 159.3 CE.

Los propios recurrentes admiten implícitamente la posibilidad de que el mandato presidencial se prolongue más de tres años aunque opinan que dicha prórroga debía decidirla el Pleno. Ahora bien, a juicio del Tribunal, el carácter automático de dicha prórroga no supone vulneración del artículo 160 CE porque lo que prevé la norma impugnada es una prórroga automática y temporalmente limitada de la Presidencia vigente en el supuesto en que no se haya producido aún la renovación parcial del Tribunal y no un nuevo mandato de dicha Presidencia. No se sustrae aquí ninguna competencia del Pleno. Recuerda a continuación la Sentencia comentada que la experiencia práctica seguida por el Tribunal antes de la vigencia del artículo 16.3 LOTC reformado ha seguido el mismo criterio establecido ahora por el precepto impugnado.

A la sentencia desestimatoria se formulan tres Votos Particulares por parte de los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Javier Delgado Barrio y D. Ramón Rodríguez Arribas. En ellos se considera que el recurso debió haber sido estimado y, por tanto, declarados inconstitucionales los preceptos impugnados. Con relación a la participación de los Parlamentos autonómicos en la elección de Magistrados, los Votos discrepantes insisten en que se ha otorgado a dichos órganos una facultad no prevista en la Norma Fundamental y, con ello, se está limitando correlativamente la competencia constitucionalmente atribuida al Senado. Por lo que se refiere a la prórroga automática del mandato presidencial, consideran que el artículo 16.3 LOTC reformado introduce condicionantes temporales no previstos en la Constitución y, con ello, desapodera al Pleno de las facultades que le otorga el artículo 160 de dicha Norma para tomar decisiones al respecto.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (artículo 35.2 LOTC): La tramitación de la audiencia de forma imprecisa no conlleva la inadmisibilidad de la cuestión si la indeterminación es sólo relativa

La STC 59/2008, de 14 de mayo, desestima la cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 153.1 CP en la redacción dada a éste por el artículo 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal entra a analizar el vicio de procedibilidad denunciado tanto por el Fiscal General del Estado como por el Abogado del Estado, contrarios ambos a la admisión a trámite de la cuestión por considerar incumplidos algunos de los requisitos establecidos en el artículo 35.2 LOTC —en su redacción anterior a la LO 6/2007, de 24 de mayo, aunque sustancialmente idéntica, a los efectos que ahora nos interesan, a la redacción actual—.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Coinciden el Fiscal General y el Abogado del Estado en denunciar la defectuosa tramitación de la presente cuestión por cuanto la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia habría sometido la cuestión a las partes y al Ministerio Fiscal al final del juicio oral sin mencionar el precepto cuestionado ni indicar la duda de constitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal considera que, contemplando en su conjunto las actuaciones de la jueza de lo penal, se observa que las partes pudieron tener conocimiento de los extremos enumerados en el artículo 35.2 LOTC, por lo que estima cumplidos los requisitos legales necesarios para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal reitera su doctrina fijada en la STC 42/1990, según la cual el otorgamiento de la audiencia efectuado de forma imprecisa constituye “un defecto que carece de suficiente entidad para ser elevado a causa de inadmisibilidad que impida el examen de fondo cuestionado si ... la indeterminación es sólo relativa, pues las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales”.

C) Recurso de amparo

a) Responsabilidad del Tribunal Constitucional por dilaciones indebidas (artículo 9.3 CE): El Estado debe responder por las dilaciones indebidas en que incurra el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones. El órgano competente para conocer de las reclamaciones patrimoniales por esta causa es el Consejo de Ministros

La SAN de 8 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 593/2006) resuelve el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Ministro de Justicia de 14 de marzo de 2005, confirmada en reposición por Resolución de 6 de julio de 2006, por las que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal (dilaciones indebidas) del Tribunal Constitucional y por el funcionamiento anormal de la Audiencia Provincial de Albacete.

Los hechos de los que trae causa este recurso son, en síntesis, los siguientes: el recurrente fue condenado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 8 de junio de 1995 como autor de un delito contra la salud pública a una pena privativa de libertad de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y a otras penas accesorias. Esta sentencia fue recurrida en casación y, ante la inadmisión de este recurso por el Tribunal Supremo, fue recurrida también en amparo ante el Tribunal Constitucional el 12 de junio de 1996. En este recurso de amparo se solicitó la suspensión de las resoluciones judiciales impugnadas, de acuerdo con el artículo 56 LOTC, aduciendo que su inmediato ingreso en prisión en cumplimiento de éstas podría hacer perder al amparo su finalidad. El 19 de noviembre de 1997 el recurrente presentó nuevo escrito ante el Tribunal Constitucional en el que volvía a solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia penal condenatoria, dado que estaba cumpliendo la condena impuesta y el Tribunal Constitucional aún no se había pronunciado sobre la solicitud de suspensión. El 17 de septiembre de 2001 la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó Auto en el que se acordaba suspender la ejecución

de la pena privativa de libertad y de las penas accesorias impuestas al recurrente, pero tal suspensión no pudo llevarse a efecto pues el condenado había cumplido ya todas las penas que le habían sido impuestas. El 7 de abril de 2003 el Tribunal Constitucional dictó Sentencia en la que estimó el recurso de amparo considerando que se había vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia y declaró la nulidad de la sentencia penal condenatoria de la Audiencia Provincial de Albacete y del Auto de inadmisión del recurso de casación dictado por la Sala Penal del Tribunal Supremo.

A continuación, el recurrente presentó escrito dirigido al Ministro de Justicia en el que solicitaba “indemnización por funcionamiento anormal (dilaciones indebidas) del Tribunal Constitucional y, en su caso, de la Audiencia Provincial de Albacete”, reclamando al Estado la suma de 877.480,07 euros. En su reclamación, consideraba que los daños y perjuicios sufridos eran imputables a las dilaciones del Tribunal Constitucional, al haber tardado cinco años en dictar Auto de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le había sido impuesta propiciando su completo cumplimiento y solicitaba del Estado la indemnización por daños y perjuicios invocando los artículos 106 y 121 CE “al haber sufrido un daño por las dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional y, en su caso, de la Audiencia Provincial de Albacete, si la tardanza en dictarse la resolución se debiera a dilaciones suyas a la hora de remitir los testimonios que en reiteradas ocasiones le solicitaba el Tribunal Constitucional”.

El Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro, dictó resolución por la que desestimó dicha reclamación al considerar que no existieron dilaciones en la Audiencia Provincial de Albacete, que puntualmente dio cumplimiento a los requerimientos realizados por el Tribunal Constitucional. Y, por lo que respecta al funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, consideró que, al tratarse de un órgano constitucional, no integrado en el Poder Judicial, no era posible acceder a una reclamación indemnizatoria basada en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por vía de los artículos 292 y siguientes LOPJ. Esta resolución fue recurrida en reposición y confirmada por Resolución del Ministro de Justicia de 6 de julio de 2006.

Contra estas resoluciones del Ministerio de Justicia es contra las que se dirige la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que ahora comentamos. La Audiencia Nacional analiza separadamente la actuación de la Audiencia Provincial de Albacete y la del Tribunal Constitucional. Con relación al primero de estos órganos, concluye que no quedó probado que se produjeran dilaciones en sus actuaciones. Por lo tanto, se centra en la actuación del Tribunal Constitucional.

A este respecto, la Audiencia Nacional considera que la resolución del Ministerio de Justicia incurrió en un vicio de incongruencia omisiva porque si consideraba que el cauce utilizado por el recurrente para reclamar la responsabilidad del Tribunal Constitucional por dilaciones indebidas no era el adecuado, debió indicarle cuál era el medio apropiado para hacerlo y ante qué órgano debía presentar su reclamación. La Audiencia Nacional

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

estima que, efectivamente, no es posible articular una acción de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del Tribunal Constitucional al amparo de los artículos 292 y siguientes LOPJ, puesto que este órgano no forma parte del Poder Judicial. Pero esto no fue lo solicitado por el recurrente que, como hemos visto, fundamentó su reclamación en los artículos 106 y 121 CE.

La Audiencia Nacional pone de manifiesto que existe un vacío legislativo en lo que se refiere a la responsabilidad del Tribunal Constitucional, pues no existen disposiciones específicas que regulen el procedimiento a utilizar y el órgano competente para conocer de las reclamaciones en esta materia. Ahora bien, en su opinión, este vacío no puede significar que el Tribunal Constitucional no esté sujeto a un régimen de responsabilidad patrimonial, cualquiera que éste sea, que permita a los particulares reclamar por los daños y perjuicios antijurídicos que sufran como consecuencia de su actuación, específicamente, por las dilaciones indebidas en que haya podido incurrir. La Constitución impide esta exención de responsabilidad. En efecto, el artículo 9.3 CE enuncia el principio de responsabilidad de todos los poderes públicos y este principio, además de ser inspirador del ordenamiento jurídico, tiene valor normativo directo, como ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 99/1987).

A continuación, la Audiencia Nacional entra a determinar cuál es la vía que deben seguir los ciudadanos que se vean perjudicados por el funcionamiento del Tribunal Constitucional y cuál es el órgano competente para tramitar y resolver estas reclamaciones indemnizatorias. Constata nuevamente la existencia de un vacío legal en estas materias, al margen de algún precepto aislado, como el artículo 58 LOTC, que no es aplicable al supuesto que nos ocupa. Afirmar con rotundidad que el ciudadano que acude al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo tiene derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido como derecho fundamental en el artículo 24.2 CE o, lo que es lo mismo, a que la tramitación de los procedimientos se desarrolle en un “plazo razonable” (artículo 6.1 CEDH). El propio Tribunal Constitucional ha señalado que la utilización de uno u otro concepto (dilaciones indebidas o plazo razonable) resultan aplicables a cualquier proceso (STC 109/1997) y también lo ha afirmado el Consejo de Estado en varios Dictámenes.

Esta misma conclusión se extrae de la última jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, superando el criterio sostenido en un primer momento (STEDH de 29 de mayo de 1986, Caso Deumeland) en el que se afirmaba que el artículo 6.1 CEDH no se aplicaba a los procedimientos seguidos ante los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, ha ido rectificando progresivamente esta postura (SSTEDH de 29 de marzo de 1989, Caso Bock; de 23 de junio de 1993, Caso Ruiz Mateos; de 16 de septiembre de 1996, Caso Süßmann y de 28 de enero de 2003, Caso Caldas Ramírez de Arellano). Más recientemente y con mayor claridad, el TEDH ha apreciado la vulneración del derecho a un proceso en un plazo razonable condenando al Estado Español por las dilaciones indebidas habidas exclusivamente en sede de amparo ante el Tribunal Constitucional español (STEDH de 25 de noviembre de 2003, Caso Soto Sánchez, en la que se afirma que corresponde a los Estados contratantes organizar su sistema judicial de tal manera que sus jurisdicciones garanticen que cada ciudadano tenga derecho a obtener una decisión definitiva en un plazo razonable).

A la hora de determinar cuál es el procedimiento adecuado para hacer efectivo este derecho fundamental de los ciudadanos, la Audiencia Nacional se plantea varias alternativas. En primer lugar, rechaza la posibilidad de presentar una cuestión de inconstitucionalidad por omisión, pues considera que, de acuerdo con jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, la utilización de este cauce no es necesaria si es posible integrar el vacío legislativo detectado realizando una interpretación conjunta del ordenamiento jurídico. Rechaza también que la solución sea residenciar las reclamaciones patrimoniales por dilaciones indebidas ante el propio Tribunal Constitucional pues este órgano tiene competencias tasadas entre las que no se encuentra la posibilidad de declarar sus propias dilaciones indebidas. Por último, rechaza también que la vía adecuada sea ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pues éste es un Tribunal internacional al que sólo cabe acudir de forma subsidiaria tras haber agotado las vías de reparación previstas en los respectivos ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros. Afirmar que no existe ninguna vía en el Derecho interno para resolver estas reclamaciones supondría plantear la eventual responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por omisión. Los mismos razonamientos son trasladables a la posibilidad de acudir a otras instancias internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Por último, la Audiencia Nacional indaga sobre si existe alguna vía en nuestro ordenamiento interno para plantear estas reclamaciones patrimoniales por dilaciones indebidas imputables al Tribunal Constitucional. Trae a colación la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1998, en la que este órgano jurisdiccional tuvo que determinar cuál es el órgano competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos del legislador y afirmó expresamente que “(...) sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador y sus pronunciamientos sólo pueden ser objeto de revisión jurisdiccional por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, ya que la presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción, por tanto, en ningún Departamento Ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno”. Y considera la Audiencia Nacional que esta solución es extrapolable al supuesto que nos ocupa en el que se reclama responsabilidad patrimonial por los actos de un órgano constitucional del Estado, no existe una previsión legal expresa que determine el órgano competente para conocer de este tipo de reclamaciones y, finalmente, no es posible residenciarla en un concreto Departamento Ministerial.

Para concluir, la Sentencia que comentamos se detiene a determinar el alcance del fallo. Estima el recurso sólo parcialmente. Confirma las resoluciones administrativas impugnadas en cuanto desestimaron la reclamación patrimonial en relación con el funcionamiento anormal que se imputaba a la Audiencia Provincial de Albacete. Anula dichas resoluciones administrativas no tanto por lo que dicen como por lo que omiten. Afirmar que, efectivamente, el Ministerio de Justicia carece de competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias por las dilaciones indebidas en que hubiera podido incurrir el Tribunal Constitucional, pero las resoluciones debieron indicar el órgano competente para conocer de éstas y darle el curso correspondiente. Incurrieron, pues, en un vicio de incongruencia omisiva. La Audien-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

cia Nacional no resuelve la cuestión de fondo planteada, sino que ordena al Ministerio de Justicia que remita la reclamación administrativa y las actuaciones practicadas al Consejo de Ministros para que sea dicho órgano el que resuelva la reclamación planteada por dilaciones indebidas que se imputan al Tribunal Constitucional.

No se oculta al lector la trascendencia de la Sentencia que hemos comentado. Por ello la hemos incluido aquí, pese a tratarse de una Sentencia de la Audiencia Nacional. Abre la puerta a las reclamaciones patrimoniales de los ciudadanos por las dilaciones indebidas en que pueda incurrir el Tribunal Constitucional en la resolución de los recursos de amparo. En las circunstancias actuales de acumulación de trabajo del Tribunal Constitucional y retrasos generalizados en la resolución de los asuntos, no se adivinan todas las consecuencias que esta decisión puede traer y habrá que esperar, ante todo, la firmeza de esta Sentencia. Pero lo cierto es que puede transformar el papel de la jurisdicción constitucional en la resolución de los recursos de amparo.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Relaciones internacionales (artículo 149.1.3ª CE): incidencia de un convenio de colaboración en la política exterior del Estado

Por la importancia del objeto debemos hacer referencia a la **STS de 10 de junio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo. El TS resuelve un recurso de casación presentado por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2005. El fallo de aquella Sentencia declaró la nulidad del “Protocolo General entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, el Ministerio de Sanidad del Gobierno Federal del Kurdistan Sur (Irak) y la Fundación Kawa”.

Si bien sería necesario profundizar en la naturaleza del proceso, podría a primera vista pensarse que estamos ante un conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, porque el Estado impugna el convenio celebrado por el Gobierno Vasco por invadir las competencias estatales en materia de relaciones internacionales y sanidad exterior (si bien el fallo de la Sentencia no formula ninguna declaración sobre la titularidad de la competencia). Nada aporta la Sentencia del TS acerca de la naturaleza del conflicto ni sobre la controvertida cuestión de si los conflictos de competencias deben ser resueltos en todo caso por el TC o puede conocer de ellos la jurisdicción contencioso-administrativa. El Gobierno Vasco afirma, dentro de los motivos de casación, que el TSJ debió de inhibirse del conocimiento del recurso si entendió que el Protocolo encerraba un conflicto positivo de competencias. El TS no realiza ninguna consideración sobre este asunto por entender que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide plantear ante el TS cuestiones que no fueron oportunamente planteadas ante el Tribunal de instancia.

Acerca de la cuestión de fondo, el TSJ rechaza que el Protocolo invada la competencia exclusiva del Estado en materia de “sanidad exterior”, por carecer de proyección exterior. El convenio preveía la realización de actuaciones sanitarias en la Comunidad Autónoma: formación de personal sanitario kurdo en el País Vasco y atención sanitaria a menores

kurdos en hospitales de la sanidad vasca (Osakidetza). Por el contrario, el TSJ considera que el Protocolo invade la competencia estatal exclusiva en materia de relaciones internacionales. La afectación de la competencia estatal no se produce como consecuencia del contenido material del Protocolo sino por la existencia de un considerando previo. En éste se declara que “Kurdistán es una nación sin Estado localizada en la intersección de Irak, Irán, Turquía, Siria y Armenia” y que la precaria situación de la población kurda se debe —entre otras causas— a “la falta de reconocimiento por parte de la comunidad internacional a las instituciones democráticas del Kurdistán”. Además el Protocolo es suscrito por el “Ministro de Sanidad del Gobierno Federal del Kurdistán Sur”. El TSJ defiende que esta declaración incide en la política exterior del Estado porque “fija una concreta intencionalidad política” consistente en considerar que el Kurdistán debería ser reconocido internacionalmente como Estado. La Sentencia mantiene que una declaración de esta naturaleza “puede llevar a posiciones difíciles para el Estado español respecto de otros Estados soberanos” en los que el Kurdistán puede tener incidencia.

El Gobierno Vasco denuncia ante el TS la infracción de la jurisprudencia del TC relativa a cómo han de entenderse las relaciones internacionales. Esta doctrina se contiene en las SSTC 165/1994, de 26 de mayo, y 175/1995, de 5 de diciembre. El TC ha reconocido la posibilidad de que las Comunidades Autónomas lleven a cabo actividades que tengan una proyección exterior siempre que cumplan dos condiciones: a) sean necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de las competencias autonómicas y b) no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales”. La presente del TS no supone —al menos formalmente— un retroceso respecto a la posición fijada por el TC, porque se basa en el límite de que la actuación de la Comunidad Autónoma no puede condicionar o perjudicar la dirección de la política exterior. El TS confirma la Sentencia de instancia basándose en dos argumentos. De un lado, se sostiene que el Protocolo fija una concreta intención de naturaleza política al atribuir al Kurdistán la condición de sujeto de Derecho internacional. Esta posición se refleja en que el Protocolo es firmado, además de por el Gobierno Vasco y una fundación, por el Ministro de un Gobierno de un supuesto Estado que no es reconocido internacionalmente. Por otra parte, la Sentencia se apoya en que el considerando del Protocolo supone una toma de postura sobre una cuestión de política exterior que puede influir en el normal desenvolvimiento de las relaciones internacionales del Estado.

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
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO
LUCÍA ALONSO SANZ

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos. A) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) Expulsión de extranjeros. Prohibición de extradición a países donde hay constancia de torturas; intervención del TEDH anterior a la extradición. b) Expulsión de extranjero enfermo de SIDA declarada no contraria al artículo 3. Carácter excepcional de la imposibilidad de expulsión por estos motivos. c) Asilo: Rechazo de solicitud de derecho de asilo y riesgos de malos tratos (artículo 3 CEDH), detención (artículo 5) o ruptura de la vida familiar (artículo 8): deben ser valorados en el momento de la expulsión, o, si se retrasó como consecuencia de una medida cautelar u otras razones, en el del enjuiciamiento.

B) Derecho al proceso debido (artículo 6). La excesiva duración de un procedimiento administrativo en ejecución de sentencia viola el derecho a un proceso debido (artículo 6.1 CEDH). C) Derecho a la intimidad (artículo 8). a) Publicidad de cartas entre amantes en el marco de un proceso de divorcio. Ausencia de violación. b) Derecho a la vida privada familiar de un detenido. Severa limitación del régimen de visitas a un detenido de su mujer, testigo del delito. c) Expulsión de extranjeros y derecho a la vida privada y familiar. Varios casos sistematizando y aclarando jurisprudencia. D) Artículo 10: libertad de expresión. a) La libertad de información ex artículo 10 requiere un “periodismo responsable”: veracidad de la información. b) La denegación no motivada de una licencia para televisión lesiona el derecho a transmitir información. E) Libertad de asociación (artículo 11). a) La inclusión de requisitos demasiado vagos para la inscripción registral incumple la exigencia de previsibilidad de la ley restrictiva del derecho. F) Igualdad (artículo 14): igualdad en relación con el artículo 1, Protocolo 1. Diferente imposición sucesoria entre hermanos que entre cónyuges o parejas de hecho. G) Derecho de propiedad (artículo 1, Protocolo 1): Libertad de empresa. Interferencias desproporcionadas. Revocación de licencias de proveedores de Internet (artículo 1, Protocolo 1).

H) Derecho a la educación (artículo 2, Protocolo 1). Escolarización segregada de alumnos gitanos. Vulneración del artículo 14 del Convenio en relación al derecho a la educación. I) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3, Protocolo 1). a) Restricciones a la presentación de candidatos que en el pasado hayan colaborado con las fuerzas de ocupación extranjeras. b) El cambio de interpretación de la ley electoral de forma sobrevenida a los hechos viola la confianza legítima de los candidatos y de los electores y el principio de igualdad de los mismos en el ejercicio de su derecho de sufragio (artículo 3, Protocolo 1). c) Violación como consecuencia de una interpretación rígida de los requisitos de presentación de candidaturas. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

A) Igualdad (artículo 14 CE). a) Igualdad en la ley: diferenciación de sexos en el tipo penal. b) Prohibición de discriminación: ¿está incluida la enfermedad en la cláusula genérica de prohibición de discriminación? B) Derecho al honor (artículo 18 CE). Libertad de creación artística [artículo 20.1.b) CE] y derecho al honor: la imposible traslación de los criterios de veracidad e instrumentalidad al ámbito de la libertad artística.

C) Libertad de expresión (artículo 20 CE). La atemperación de la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales a la luz del principio de buena fe contractual.

D) Libertad de información (artículo 20 CE). Veracidad: La averiguación de los hechos ha de ser previa a la publicación de la noticia para que pueda entenderse cumplido el requisito de “veracidad”. E) Libertad de reunión: (artículo 21.1 CE). Necesidad de autorización previa para que los reclusos puedan ejercer el derecho de reunión dentro de las instalaciones penitenciarias. F) Derecho de participación política: (artículo 23.1 y 2 CE).

El TS posee competencia para anular actos o resoluciones parlamentarios que se opongan a resoluciones judiciales firmes. G) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). a) Indefensión por resoluciones judiciales que impiden a una madre biológica hacer valer su posición frente a la adopción por terceros de su hijo. b) “Investigación judicial insuficiente” de maltrato policial por archivar la causa penal cuando persistían sospechas razonables que se hubieran podido despejar con otras medidas de investigación idóneas que no se llevaron a cabo. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Extranjeros: concesión y denegación de la nacionalidad. a) Bigamia. Denegación de la nacionalidad por bigamia en el país de origen. b) ¿Matrimonio de conveniencia? Separación de hecho del cónyuge español fundada en datos objetivos. c) Convivencia conyugal efectiva a pesar

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de la residencia continuada en el extranjero de uno de los cónyuges. d) Buena conducta cívica. a') Lealtad a valores constitucionales, actividad política. b') Antecedentes penales.

e) Integración en la sociedad: inexistencia por falta de conocimiento del idioma.

B) Derecho a la protección de datos y libertad de expresión e información (artículos 18.4 y 20 CE). La publicación de listas de condenados o procesados por torturas lesiona el derecho a la protección de datos. C) Derecho a la huelga (artículo 28 CE). Servicios mínimos en televisión. D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). a) Vulneración por declaración de inadmisibilidad de recurso. b) Dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE): lesión del derecho por el Tribunal Constitucional. El ciudadano que acude al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo tiene derecho a que este proceso se tramite sin dilaciones indebidas. E) Derecho a la educación (artículo 27 CE).

La selección de alumnado en la educación concertada no es parte del derecho a la educación de los propios centros.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se procede a revisar la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cerca de 400 sentencias en este período), el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo durante los meses de abril, mayo y junio.

De esta jurisprudencia destaca de nuevo el tratamiento del tema de la extradición en las decisiones del TEDH exigiendo unas mínimas seguridades y condiciones en el país de origen (vinculado sobre todo a la prohibición de tratos inhumanos) y tener en cuenta el respeto al derecho a la vida privada del sujeto extraditado tanto en el proceso como en las consecuencias de la extradición (utilizando ese *cajón de sastre* en el que se ha convertido el artículo 8 del Convenio). Igualmente relevantes resultan las tres resoluciones en las que se enfrenta al derecho a celebrar unas elecciones libres (artículo 3, Protocolo 1) en las que busca las mayorías garantías posibles para quienes participan (o intentan participar) en los procesos electorales.

Dentro de la jurisprudencia española comentada destacan la STC 59/2008 en la que se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra al artículo 153.1 del Código Penal, en redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género (que el TC considera conforme a la norma suprema) y la STC 50/2008, de 14 de abril, en la que se reconoce al TS la competencia para anular actos o

resoluciones parlamentarios que se opongan a resoluciones judiciales firmes en el marco del conflicto que enfrenta a este órgano judicial con el Parlamento vasco. Respecto a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo debe resaltarse la progresiva definición de los conceptos determinantes de la concesión y denegación de la nacionalidad y, sobre todo, la resolución del conocido caso de publicación de listados de condenados por tortura por parte de la Asociación contra la Tortura en su página web, saldada con su prohibición tanto por la Agencia de Protección de Datos como por el TS. Se resalta, aunque no es habitual en esta crónica, una Sentencia de la Audiencia Nacional en la que se condena al propio Tribunal Constitucional por dilaciones indebidas.

Una breve mención merece el Auto del TC 114/2008 en el que se acepta la abstención de la Presidenta del TC por amistad con la representante de la aseguradora Pelayo. Y ello porque sólo se alega amistad (no amistad “íntima” como exige el artículo 219.9 LOPJ –norma aplicable para estos casos–); se acepta sin más la opinión de la abstenida y no se menciona la concesión recientemente de un premio por parte de la aseguradora a la abstenida que parece un motivo de imparcialidad subjetiva más importante.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

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

a) Expulsión de extranjeros. Prohibición de extradición a países donde hay constancia de torturas; intervención del TEDH anterior a la extradición

En *Ismoilov y otros contra Rusia*, de 24 de abril (al igual que en el muy similar caso de *Ryabikin contra Rusia*, de 19 de mayo, aunque referida a una extradición a Turkemistán), el TEDH interviene preventivamente para evitar la extradición de varios ciudadanos uzbekos. Los demandantes, que también habían solicitado asilo político, alegaron tras su detención por las autoridades rusas su inocencia y su miedo a ser torturados si eran extraditados a su país de origen. El TEDH entiende que los informes de Naciones Unidas sobre la situación en Uzbekistán demostraban la práctica de una tortura “sistemática” e “indiscriminada” en las cárceles uzbeegas sin que en los últimos tiempos se hubiera demostrado ninguna mejora en este punto. Por ello considera que si fueran extraditados se produciría un riesgo real de ser sometidos a maltratos de manera que una eventual extradición supondría una violación del artículo 3 del Convenio.

b) Expulsión de extranjero enfermo de SIDA declarada no contraria al artículo 3. Carácter excepcional de la imposibilidad de expulsión por estos motivos

En *N. contra el Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008, el recurrente, nacido en 1974 en Uganda, entra ilegalmente en Gran Bretaña en 1998 gravemente enfermo de SIDA

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

y solicita asilo basado en persecución política. Su solicitud, es denegada, en marzo de 2001, por falta de credibilidad, y con relación a su enfermedad se señala que en Uganda, como en otros países africanos, pueden encontrarse medicinas retrovirales a precios muy subsidiados. Interpone una apelación y si bien se deniega su asilo, se considera que el caso es similar a D contra el Reino Unido, de 2 de mayo de 1997 y que es un supuesto en el que hay que conceder una autorización extraordinaria de permanencia en el Reino Unido. Frente a esa decisión la Secretaría de Estado interpone un recurso en el que afirma que la medicación necesaria existe en Uganda a través de programas de Naciones Unidas a precios muy asequibles, argumentación que es admitida por el tribunal de apelación. Impugnado entonces por el recurrente ante la Court of Appeal, se rechaza la impugnación en una decisión de 2 contra 1.

El asunto es analizado desde la supuesta vulneración del artículo 3, partiendo de la jurisprudencia iniciada en el ya citado caso D, y recuerda que desde entonces nunca ha considerado que la expulsión de un extranjero por ausencia de tratamiento médico implique vulneración del artículo 3 y considera que la doctrina a aplicar es la siguiente:

Los extranjeros objeto de expulsión no pueden, como principio, alegar como título para permanecer en un Estado miembro el continuar disfrutando de beneficios médicos, sociales o de otras formas de asistencia. El hecho de que las expectativas vitales del recurrente se vean considerablemente reducidas si se produce la expulsión no es por sí mismo suficiente para apreciar la vulneración del artículo 3. La sentencia D se dictó en unas circunstancias excepcionales, en las que el recurrente estaba críticamente enfermo, cercano a la muerte, no se podía garantizar su cuidado y atención médica en su país de origen y carecía de familia en su país. La Corte no excluye que pueda haber otros casos igualmente excepcionales en el futuro, pero considera que en los supuestos en que se trate de enfermedades naturales que no se derivan de actos u omisiones de los estados parte, no es argumento suficiente la ausencia de medios en su país de origen.

Razona además que, a pesar de que muchos de los derechos contenidos en la Convención tienen implicaciones sociales o económicas, la Convención está dirigida esencialmente a proteger derechos civiles y políticos... y que el artículo 3 no obliga a los estados a aliviar las disparidades entre los distintos países con relación a la atención médica.

A continuación aplica estos principios al caso concreto, tiene en cuenta que de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud existen medicamentos antivirales en Uganda, aunque reconoce que debido a la falta de recursos son recibidos sólo por la mitad de las personas que los necesitan, y considera que no hay una obligación por parte del Reino Unido de continuar con el tratamiento que ha mantenido durante 9 años, para concluir que la expulsión a Uganda no implica violación del artículo 3 del CEDH, decisión que es adoptada por la Gran Cámara por 14 votos frente a 3.

Los tres magistrados disidentes expresan en su Voto particular que las circunstancias del caso son en realidad similares a las de D contra el Reino Unido, y que haber considerado que también aquí se vulnera el artículo 3 no hubiera implicado extender el estándar.

c) Asilo: Rechazo de solicitud de derecho de asilo y riesgos de malos tratos (artículo 3 CEDH), detención (artículo 5) o ruptura de la vida familiar (artículo 8): deben ser valorados en el momento de la expulsión, o, si se retrasó como consecuencia de una medida cautelar u otras razones, en el del enjuiciamiento

En el caso *Nnyanzi contra el Reino Unido*, de 8 de abril de 2008, se revisa el rechazo de una solicitud de derecho de asilo en el Reino Unido de una ciudadana natural de Uganda al hilo y parámetro de los derechos del Convenio enunciados. La recurrente era hija de un antiguo Ministro y líder de un partido de ese país en los años ochenta que había sido perseguido, detenido y encarcelado y finalmente desaparecido en los noventa. Pero el Gobierno y los tribunales británicos estimaron que no había evidencias de que la hija estuviera involucrada en las actividades del padre ni, en general, en actividades u opiniones políticas y, por consiguiente, que no quedaba acreditado el riesgo de persecución personal que justificara la concesión del asilo que se solicitaba.

El TEDH utiliza fuentes externas en su enjuiciamiento para revisar los hechos como son las Guías del *Home Office* sobre la situación en Uganda, e informes del Departamento de Estado de los EEUU y del Departamento de Refugiados de Canadá, que advierten del riesgo de castigos a familiares de miembros de la oposición política, pero, no reconoce violados ninguno de los derechos invocados. La Corte recuerda la responsabilidad, las obligaciones internacionales, de los Estados parte en caso de expulsiones, y la posibilidad de que el rechazo del asilo suponga serios riesgos de malos tratos prohibidos por el Convenio. Esos riesgos deben valorarse de acuerdo con la información que el Estado parte conozca, o debiera conocer, en el momento de la expulsión.

No obstante, si la expulsión se ha retrasado y el recurrente no ha sido todavía extraditado, como aquí ocurrió, en particular, como consecuencia de una medida cautelar (artículo 39 del Reglamento de la Corte), el momento de hacer ese juicio debe ser el del procedimiento ante el Tribunal: las circunstancias del país en ese momento son las decisivas.

Asimismo se recuerda que los malos tratos que se temen deben tener una mínima severidad, no bastando con simples arrestos o detenciones realizados hace muchos años para evidenciar un riesgo real de persecución y malos tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH. Estas mismas razones llevan a desechar la lesión del artículo 5 CEDH. Respecto de la vida familiar (artículo 8), se admite que la recurrente no era una emigrante instalada o establecida en el Reino Unido, circunstancia que le otorgara un derecho a permanecer.

B) Derecho al proceso debido (artículo 6). La excesiva duración de un procedimiento administrativo en ejecución de sentencia viola el derecho a un proceso debido (artículo 6.1 CEDH)

Tiene interés práctico el estándar resuelto en el caso *Stukus y otros contra Polonia*, de 1 de abril de 2008, pues se reconoce que la excesiva duración (7 años) de un procedimiento administrativo en ejecución de sentencia viola el artículo 6.1 del CEDH referido

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

al justo proceso o derecho a un proceso debido. Se trata de un caso de urbanismo, y el TEDH resuelve que el problema no estuvo en la actitud del actor, ni en la complejidad del asunto, sino en que las actuaciones estuvieron en varias ocasiones paradas, se suspendió el procedimiento sin causas aparentes, y las autoridades administrativas carecieron de la diligencia necesaria para la buena marcha del procedimiento.

Obsérvese que se imputan las dilaciones al proceso judicial, pese a tratarse de una actuación administrativa, pues se refiere a la ejecución de sentencia. Se invocan como precedentes, especialmente, los casos *Czech y Wojda* ambos contra Polonia.

C) Derecho a la intimidad (artículo 8)

a) Publicidad de cartas entre amantes en el marco de un proceso de divorcio. Ausencia de violación

En *N.N. y T.A. contra Bélgica*, de 13 de mayo, el Tribunal ha de resolver un recurso contra la utilización de las cartas privadas entre dos amantes homosexuales en el marco del proceso de divorcio de uno de ellos de su anterior esposa. El Tribunal entiende que existe una injerencia en la vida privada, que está prevista en la ley y que persigue la defensa de derechos de terceros. Respecto a la proporcionalidad de la medida (elemento decisivo del supuesto) entiende que la publicidad de este tipo de cartas en procesos de divorcio está sometida a dos condiciones: que los documentos no hayan sido obtenidos ilegalmente y que no estén sometidos a reglas específicas relacionadas con algún tipo de secreto profesional. En el caso ambas condiciones se cumplieron adecuadamente, además la incorporación de las cartas al proceso de divorcio no las convertía automáticamente en públicas dado el acceso restringido a la documentación vinculada a este tipo de supuestos. En definitiva, por tanto, se considera (“aunque puede ser objeto de crítica”) que la publicidad en este contexto de esta documentación no puede considerarse lesiva del derecho a la intimidad de los recurrentes.

b) Derecho a la vida privada familiar de un detenido. Severa limitación del régimen de visitas a un detenido de su mujer, testigo del delito

En el asunto *Ferla contra Polonia*, de 20 de mayo de 2008, el recurrente es detenido por una pelea con un vecino de la que es testigo su mujer. A lo largo de un año sólo se le autoriza, por su condición de testigo, a visitarle en prisión en una ocasión. Tanto en su declaración policial como más tarde en el juicio se niega a declarar.

La Corte comienza por reiterar que toda medida privativa de libertad implica limitaciones de la vida familiar, pero que es una parte esencial de los derechos de los detenidos el que se le permita mantener contactos con sus familiares más cercanos, de manera que las restricciones deben ser de acuerdo con la ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática, y que en el caso concreto las autoridades nacionales no consideraron ninguna medida alternativa, como, por ejemplo, someter las visitas a supervisión o imponer restricciones en su frecuencia o duración, a fin de asegurar que el contacto con su mujer no entrara en colisión con el desarrollo del proceso, por lo que se ha vulnerado el artículo 8.

c) **Expulsión de extranjeros y derecho a la vida privada y familiar. Varios casos sistematizando y aclarando jurisprudencia**

En varios casos el TEDH ha tenido que enfrentarse a supuestos en los que los recurrentes alegaban violación de su derecho a la vida privada familiar como consecuencia de la orden de expulsión del país de un ciudadano extranjero.

Un caso muy esclarecedor de la jurisprudencia es el de **Emre contra Suiza, de 22 de mayo de 2008**. El recurrente, nacional turco reside en Suiza desde su infancia hasta su expulsión como consecuencia de la comisión de varios delitos. El asunto tiene una cierta trascendencia no porque contenga nueva doctrina, sino por la forma en que la Corte sistematiza y aplica al caso concreto su jurisprudencia. En concreto considera los siguientes elementos.

1. **Naturaleza y gravedad de las infracciones.** Considera la existencia de una condena de dos meses y medio en 1997, otra de seis en 1999, otra de cinco en 2002 y dos de tres y dos meses en 2005. Un total de 18 meses durante un lapso de tiempo considerable. Tiene en cuenta, además, que alguna de las condenas son como menor. También que si bien algunas de ellas son por lesiones corporales, otras lo son por posesión de un spray defensivo o por infracciones del código de circulación, lo que implica una menor gravedad.

2. **Duración de la estancia en Suiza.** Llega con seis años y en el momento de la expulsión tiene 23 años y medio.

3. **Tiempo transcurrido entre los delitos y conducta del interesado** durante el período. El tribunal constata que las actividades delictivas se extienden durante bastante tiempo y que el recurrente no ha querido someterse a psicoterapia, como le habían ofrecido las autoridades.

4. **Solidez de los lazos sociales con el país de acogida y de origen.** Constata que ha vivido en Suiza prácticamente toda su vida, y que sus padres y hermanos residen en ese país teniendo uno de ellos la nacionalidad. Por el contrario, sus lazos con Turquía son muy débiles, sólo ha estado allí en su vida adulta un mes y medio y ni siquiera se ha atestiguado que maneje suficientemente la lengua turca.

5. **Aspectos particulares; problemas médicos.** Existe un informe médico con sus problemas psiquiátricos, tendencia al suicidio que se agravarían con su envío a Turquía.

6. **Carácter definitivo de la expulsión.**

Y, a la vista de estos elementos, y, sobre todo de que las condenas obedecen a delitos relativamente leves, la debilidad de los lazos que mantiene con su país de origen y el carácter definitivo de la expulsión, considera que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

En **Maslov contra Austria, de 23 de junio**, la Gran Sala confirma la condena impuesta por una de sus secciones (por cuatro votos a tres) a Austria como consecuencia de la imposición de una orden de expulsión durante diez años de su país a un ciudadano búlgaro (residente legal en Austria desde su infancia) al cumplir los 18 años como consecuencia de la comisión de diversos delitos menores (aunque numerosos) durante su minoría de edad (la mayor parte de ellos entre los 14 y los 15 años). EL TEDH aplica cinco criterios claves: la gravedad de los delitos; la duración de la estancia en el país de acogida; tiempo transcurrido desde la comisión de los delitos y conducta del recurrente durante ese período; solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de procedencia y duración de la orden de expulsión. En el supuesto el Tribunal considera clave en este caso, precisamente, la edad del expulsado y la que tenía en el momento de cometer los delitos, así como la naturaleza no violenta de éstos. Para la Corte, las medidas de expulsión contra un delincuente juvenil han de tener en cuenta el interés del menor, de modo que lo prioritario sea su reinserción. En tal sentido, su separación del entorno familiar no parece la mejor de las soluciones posibles. Especialmente cuando es en Austria donde el menor tiene sus lazos culturales, sociales, familiares y lingüísticos, lazos que no existen en su país de origen. La duración limitada de la expulsión no se considera un criterio relevante en la medida en que 10 años son, para un recurrente de 18 años, claramente excesivos. En definitiva, como se señala introductoriamente en el parágrafo 75, se requieren muy serias razones para expulsar a un emigrante asentado que ha pasado legalmente la mayor parte de su infancia y juventud en el país de acogida; especialmente cuando ha delinquido durante la edad juvenil.

Finalmente en **C.G. y otros contra Bulgaria, de 24 de abril de 2008**, el TEDH utiliza instrumentalmente el artículo 8 del Convenio para examinar la conformidad con éste de un proceso de expulsión de un ciudadano turco de Bulgaria. El recurrente, residente legal en dicho país, casado y con un hijo es expulsado en un proceso sumarísimo por constituir una amenaza a la seguridad nacional siendo todos sus esfuerzos por no ser expulsado inútiles y no consiguiendo que tal amenaza se concretara en algo más que en la acusación de tráfico de drogas. El TEDH considera que la medida adoptada lesionó su vida familiar por impedir su relación normal y continuada con su mujer e hijos. En tal sentido entiende que la exigencia de previsión en la ley de toda la restricción del derecho a la intimidad no puede ser exigible igual cuando esté en juego la seguridad nacional en lo que a su previsibilidad se refiere, pero precisamente por ello el procedimiento de expulsión de un extranjero, incluso cuando está pretendidamente en juego la seguridad nacional, debe contener algún elemento contradictorio y ante alguna autoridad independiente o judicial capaz de controlar las razones de las medidas adoptadas y su corrección. El recurrente no pudo, verdaderamente, defender su posición durante el proceso, siendo la revisión judicial puramente formal puesto que se negó la práctica o revisión de pruebas que pudieran contrarrestar la información no corroborada contenida en un informe clasificado. Especialmente si tal informe procede de un seguimiento secreto de sus actividades que en ningún caso respetó, tampoco, sus derechos de vida privada. Por todo ello la injerencia no podía considerarse prevista en la ley en el sentido contenido en el artículo 8 CEDH.

Igualmente considera que se ha producido una violación del artículo 1.b) del Protocolo 7 del CEDH (del que España aún no es parte) en la medida en que no pudo conseguir que se revisara su proceso de expulsión ante las autoridades nacionales.

D) Artículo 10: libertad de expresión**a) La libertad de información ex artículo 10 requiere un “periodismo responsable”: veracidad de la información**

En *Alithia Publishing Company Ltd & Constantinides contra Chipre*, de 22 de mayo de 2008, los recurrentes son una empresa editora de un periódico y su editor jefe condenados por difamación como consecuencia de una serie de artículos sobre el Ministro de defensa, al que acusaba de estar envuelto en una conspiración con fabricantes de armas para malgastar fondos públicos. A pesar de tratarse de un supuesto en el que la Corte suele concluir que ha existido vulneración del artículo 10, en esta ocasión comparte el juicio de los tribunales nacionales de que no ha existido un periodismo responsable. No que se han publicado alegaciones extremadamente difamatorias basadas en fuentes dudosas sin realizar el suficiente esfuerzo para verificarlas antes de publicarlas, y sin darle al aludido una oportunidad razonable para comentarlas o aportar su punto de vista, por lo que en definitiva no existe vulneración del artículo 10 del Convenio.

b) La denegación no motivada de una licencia para televisión lesiona el derecho a transmitir información

En *Meltex LTD y Mesrop Movsesyan contra Armenia*, de 17 de junio, el TEDH declara la violación del artículo 10 como consecuencia de la denegación por la autoridad administrativa independiente en materia audiovisual de Armenia de varias solicitudes (en sucesivos concursos) de licencias para un canal de televisión a la empresa recurrente sin motivar su resolución. El TEDH considera que tal denegación constituye una interferencia en el ejercicio del derecho a transmitir información (de manera que la intervención administrativa previa a la creación de un canal de televisión aparece condicionada por la garantía del derecho contenido en el artículo 10 apuntando, con ello, que el derecho a crear televisión constituye una parte del derecho a transmitir información) y que por tanto no podía carecer de motivación. Así lo exige la recomendación aprobada por el Consejo de Europa en la recomendación recurso (2000)23 de 20 de diciembre, y, por otra parte, la propia ley armenia establecía los criterios que debían utilizarse para la concesión o denegación de licencias.

E) Libertad de asociación (artículo 11)**a) La inclusión de requisitos demasiado vagos para la inscripción registral incumple la exigencia de previsibilidad de la ley restrictiva del derecho**

En el caso *Koretskyy y otros contra Ucrania*, de 3 de abril de 2008, se resuelve una violación del artículo 11 CEDH. Las personas físicas recurrentes crearon una asociación denominada “Comité cívico para la preservación de áreas naturales y salvajes de Bereznyaky” y pidieron su inscripción en el registro. Los órganos encargados de esta función

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

les devolvieron la documentación y les pidieron que hicieran modificaciones, así como que suprimieran algunos párrafos de los estatutos. Los recurrentes hicieron algunas de estas cosas, pero se negaron a otras como a que no pudieran participar e involucrar a voluntarios, o a abrir oficinas, o a realizar publicidad de sus actividades y tareas de lobby. El Gobierno demandado denegó la inscripción por la incompatibilidad de los estatutos de la asociación con la legislación nacional.

El Tribunal de Estrasburgo recuerda su jurisprudencia según la cual la legislación nacional sobre el derecho de asociación revela el estado de la democracia en un país y su compatibilidad con las obligaciones derivadas del Convenio Europeo. Y, desde una aproximación pragmática al problema —muy típica de la jurisdicción europea— entiende lesionado el artículo 11 del CEDH, puesto que la ley nacional de asociaciones era “demasiado vaga para ser suficientemente” impredecible (*too vague to be sufficient foreseeable*) a la hora de formular restricciones, que el Gobierno no aporta justificaciones de la necesidad de estas restricciones y, en consecuencia, que las interferencias en el derecho no podían encontrar acogida en el margen de apreciación nacional.

F) Igualdad (artículo 14): igualdad en relación con el artículo 1, Protocolo 1. Diferente imposición sucesoria entre hermanos que entre cónyuges o parejas de hecho

En *Burden contra el Reino Unido*, de 29 de abril de 2008, el TEDH se enfrenta a un supuesto de alegación del artículo 14 por parte de dos ancianas hermanas británicas como consecuencia del diferente régimen tributario de las herencias entre hermanos y entre padres e hijos o entre cónyuges (o parejas de hecho). En el primer caso el tipo impositivo puede llegar a un 40% mientras que en el resto de supuestos la adquisición de la herencia está exenta de todo impuesto.

El primer punto interesante de la decisión afecta al particular sistema instaurado en la *Human Rights Act* británica para conseguir que los tribunales nacionales declaren la incompatibilidad entre una norma legal interna y los derechos del CEDH. El TEDH considera, reiterando una reciente jurisprudencia anterior, que este procedimiento no lleva necesariamente aparejada la derogación de la norma legal eventualmente declarada incompatible (ésta puede o no producirse, pero todavía no existe una práctica clara en tal sentido) por lo que ese procedimiento no puede considerarse un remedio efectivo para la violación del derecho del ámbito interno que necesariamente deba ser utilizado antes de acudir al TEDH.

Respecto al fondo, el TEDH considera que la relación entre hermanos no es de la misma naturaleza que las parejas casadas o las uniones homosexuales de hecho según el ordenamiento británico. Es más, considera la Gran Sala que el matrimonio confiere un *status* especial a quien lo contrae. El ejercicio del derecho al matrimonio reconocido en el artículo 12 CEDH implica consecuencias sociales, personales y jurídicas. Respecto a las uniones de hecho homosexuales reconocidas jurídicamente, el TEDH ha sostenido que implica por los contrayentes la asunción de un conjunto de derechos y obligaciones de naturaleza contractual. Del mismo modo que no existe analogía entre quienes contraen matrimonio

(o deciden formalizar legalmente una unión homosexual) y quienes desean sólo cohabitar sin convertirse en esposos o parejas de hecho, tampoco puede existir analogía con los hermanos que deciden vivir juntos, con independencia de cual sea la duración de esa vida común. Por tanto (y también a la vista del heterogéneo conjunto de normas vigentes en este punto en los países miembros del CEDH) los hermanos no pueden ser comparados con los matrimonios o las uniones de hecho reconocidas jurídicamente a los efectos del artículo 14.

G) Derecho de propiedad (artículo 1, Protocolo 1): Libertad de empresa, Interferencias desproporcionadas. Revocación de licencias de proveedores de Internet (artículo 1, Protocolo 1)

En *Megadat.com Srl contra Moldova*, de 8 de abril de 2008, el TEDH enjuicia un supuesto en el cual una empresa proveedora de Internet tenía una posición dominante en el mercado de alrededor de un 70% de los servicios y poseía dos licencias. El Gobierno demandado discutía su cuota de mercado, pero sin presentar alternativas. Un comité competente en materia de telecomunicaciones requirió a numerosas compañías para que pagaran una tasa regularmente y para que presentaran información sobre sus actividades, aduciendo algunas irregularidades. La compañía actora, entre otras, atendió los requerimientos y pagó las tasas. No obstante, el comité volvió a requerirle nuevas informaciones en un breve plazo (diez días) y mientras tanto le suspendió las licencias a la empresa actora. Transcurrido ese término, finalmente le revocó las dos licencias, aduciendo que no se había modificado convenientemente la solicitud. La empresa recurrente transfirió su actividad a otra compañía e intentó salvar su actividad empresarial para evitar las repercusiones del cierre a causa de la invalidez de la licencia, pero el comité lo impidió.

Diversas embajadas (de Estados Unidos, Francia, Alemania, Polonia, ...), entidades de crédito y el propio Consejo de Europa suscribieron un comunicado en el que expresaban una fuerte reacción internacional porque consideraban que las razones de procedimiento aducidas no justifican una decisión tan grave como es cerrar el funcionamiento de una empresa comercial de telecomunicaciones, y pedían al Gobierno moldavo que reconsiderara su decisión de acuerdo con las normas y valores europeos.

El TEDH recordó su jurisprudencia según la cual la terminación de una licencia para poner en marcha un negocio supone una interferencia en el goce pacífico de los derechos de propiedad (artículo 1, Protocolo 1). Y sostuvo que había habido una interferencia en ese derecho al decidir las autoridades nacionales revocar la licencia con efectos retroactivos con gran prontitud y visos de sanción. Una interferencia que no debía situarse entre las expropiaciones indirectas sino entre los límites o controles al derecho de propiedad. La Corte duda que el límite persiga un interés general, subraya que la empresa actora advirtió de su cambio de domicilio a efectos de notificaciones, así como que las autoridades judiciales nacionales no dieron respuesta a la tacha de indefensión respecto de esta compañía y otras similares empresas. Y concluye que la medida es desproporcionada, fue dictada tras un procedimiento arbitrario y que no responde a una genuina política en la

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

materia; y, en consecuencia, que no mantiene un equilibrio entre el interés general y el particular lo que hace que no se pueda aceptar el margen de apreciación nacional.

H) Derecho a la educación (artículo 2, Protocolo 1). Escolarización segregada de alumnos gitanos. Vulneración del artículo 14 del Convenio en relación al derecho a la educación

Un caso de indudable actualidad en nuestro país es el de **Sampanis y otros contra Grecia, de 5 de junio de 2008**. En el que los recurrentes alegan que la escolarización de sus hijos, de origen gitano, en clases especiales de un edificio separado implica violación del artículo 2 del Protocolo 1 (derecho a la educación y del artículo 14). Analizadas las circunstancias, la Corte afirma no estar convencida de que las diferencias de trato en materia educativa entre los niños gitanos y los restantes alumnos se base en una justificación objetiva y razonable, y que exista una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y considera que su escolarización en clases especiales en un anexo del edificio principal es discriminatoria, por lo que se declara la vulneración del artículo 14 del convenio en combinación con el 2 del Protocolo 1 y se establece una indemnización de 6.000 euros para cada uno de los recurrentes además de 2.000 por costas.

I) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3, Protocolo 1)

a) Restricciones a la presentación de candidatos que en el pasado hayan colaborado con las fuerzas de ocupación extranjeras

En **Adamsons contra Letonia, de 24 de junio**, el TEDH ha de enfrentarse de nuevo con la regulación letona restrictiva del derecho de sufragio pasivo a quienes en el pasado colaboraron con las fuerzas soviéticas de ocupación y, en particular, con el KGB. Se aprecia en esta sentencia una cierta evolución de la jurisprudencia del TEDH (fundamentalmente incluida en **Zdanoka contra Letonia de 17 de junio de 2004**) restrictiva de la capacidad estatal para limitar los derechos políticos de sus ciudadanos por estos motivos. En concreto se discute la negativa de la autoridad electoral letona a proclamar la candidatura de un ciudadano (que en legislaturas anteriores había sido miembro del parlamento hasta el año 2002) como consecuencia de su pertenencia en 1979 a una fuerza armada de fronteras que se encontraba bajo la supervisión del KGB. En 1992 fue nombrado para puestos importantes en el restaurado ejército letón y en 1994 abandonó el ejército para dedicarse a la política. En el año 2000 fue objeto de investigación por su pertenencia al precitado cuerpo de fronteras; investigación concluida por una decisión judicial en la que se ponía de manifiesto que no había sido un “oficial de la KGB”, sino un “oficial de las Fuerzas fronterizas de la KGB” por lo que podía seguir ocupando su cargo parlamentario. Sin embargo en las elecciones posteriores del año 2002 la Comisión electoral central denegó su proclamación como candidato en aplicación de la misma norma que en el año 2000 no le fue aplicada.

El TEDH recuerda que ya ha aceptado en decisiones anteriores las restricciones impuestas por la legislación letona respecto a la capacidad para ser elegible de aquellos ciudadanos

que colaboraron con el régimen soviético en la restricción generalizada de libertades en la república báltica. Pero tales restricciones que eran lógicas y comprensibles en la recién ganada independencia pierden justificación con el paso del tiempo (aquí se produce el disenso de la juez Sandström que considera que este tipo de normas —incluidas en leyes de *lustration*, esto es, de purificación— deben entenderse desde la perspectiva de quienes han sufrido un régimen totalitario por lo que deberían ser las autoridades nacionales las que determinaran con un gran margen de apreciación si concurre o no la justificación de la restricción). Un mera sospecha de carácter general sobre un grupo de personas ya no es suficiente para justificar tales restricciones (que podrían extenderse en exceso a una gran parte de la población letona que de una u otra forma no tuvo más remedio que convivir con un determinado régimen político autoritario), debiendo las autoridades nacionales proveer mayores y más importantes argumentos. La ley letona se refiere con carácter general a “oficiales del KGB” lo que dada la amplitud de funciones de aquella agencia resulta un concepto demasiado amplio por lo que las restricciones a los derechos de los ciudadanos deben justificarse de manera individualizada en razón de las actividades desarrolladas.

El TEDH entiende que el recurrente no fue un colaboracionista activo de la represión soviética, ni un opositor a la independencia y democratización de Letonia. Incluso pudo presentarse a elecciones anteriores y fue declarado inocente de la misma acusación que ahora se le aplica. En opinión del TEDH sólo las razones más imperiosas podrían imposibilitar al recurrente presentarse a las elecciones. Razones que no fueron presentadas. Más bien al contrario, para la Corte el recurrente habría demostrado durante una década su lealtad al estado letón y a los valores democráticos sin que el Gobierno haya podido presentar ninguna prueba de su falta de integridad.

b) El cambio de interpretación de la ley electoral de forma sobrevenida a los hechos viola la confianza legítima de los candidatos y de los electores y el principio de igualdad de los mismos en el ejercicio de su derecho de sufragio (artículo 3, Protocolo 1)

Tiene interés general el caso **Paschalidis, Koutmeridis y Zaharakis contra Grecia, de 10 de abril de 2008**, porque el TEDH entendemos que —de forma cabal, como corresponde a los derechos de naturaleza democrática— hace un escrutinio estricto de la interpretación judicial de la ley electoral, rechazando en el caso la invocación del margen de apreciación nacional. Se suscita la revisión de unas elecciones al amparo de la garantía contenida en el artículo 3 del Protocolo 1 que se estima violada.

Los actores fueron candidatos en las listas del PASOK y se les adjudicaron inicialmente tres escaños. Una candidata de “Nueva democracia”, que en la proclamación provisional de electos fue proclamada suplente, presentó un recurso pidiendo la nulidad de la elección ante el Tribunal Supremo especial, instancia competente para juzgar las irregularidades electorales; aducía el desconocimiento de la Constitución y de la ley electoral en vigor, porque las papeletas en blanco no habían sido tomadas en consideración, junto a los vo-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

tos válidos, para el cálculo del cociente electoral en el reparto de escaños en una circunscripción en Macedonia central; y, de haberlo hecho, habría obtenido un escaño.

El Tribunal Supremo especial admitió que efectivamente la ley electoral nacional pedía que el cociente electoral se calculara sin tener en cuenta los votos en blanco. Pero procedió a una nueva interpretación de varios artículos de la ley, examinó su conformidad a la Constitución y consideró que eran contrarios al principio de soberanía popular y a la igualdad de los votos. Y, por el contrario, estimó que los votos en blanco debían ser computados y procedió a un nuevo reparto de los escaños.

Los recurrentes en el amparo europeo estiman que esta interpretación es retroactiva y arbitraria respecto de la opción de los electores, dada la claridad del mandato legal al tiempo de celebrarse las elecciones, y que todo ello constituye una modificación del sistema electoral que entraña un atentado a la confianza legítima tanto de los electores como de los candidatos. E invocan en su provecho el caso *Lykourazos* contra Grecia. En cambio, el Gobierno demandado alegaba el amplio margen de apreciación nacional de que disponen los tribunales domésticos para la interpretación de la ley nacional, así como aducía que el voto en blanco debía comprenderse como una opción política más.

El TEDH recuerda que las condiciones impuestas por las leyes electorales no deben menoscabar la libre expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo; siendo menester mantener la integridad y efectividad de un procedimiento electoral de cara a determinar la voluntad popular con la intermediación del sufragio universal. Una vez manifestada esa opción popular democrática, ninguna ulterior modificación de la organización del sistema electoral puede ser tenida en cuenta salvo en presencia de motivos inaplazables para el orden democrático. Éste no es un juicio que debe hacerse en abstracto, porque ello violaría la doctrina del margen de apreciación nacional que los Estados poseen, sino en concreto. Tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado habían constantemente interpretado que los votos en blanco no debían ser tenidos en cuenta, hasta que la Sala decidió revisar su jurisprudencia por vez primera y declarar inconstitucional la ley electoral. Seguidamente el Parlamento votó una nueva disposición de la ley en el mismo sentido. La Corte Europea admite que el voto en blanco expresa una opción legítima de parte de los electores: una expresión de desacuerdo con todas las fuerzas políticas o, por el contrario, favorable a todas. Pero la nueva interpretación judicial de la ley electoral, independientemente de su oportunidad, “atenta a los principios de confianza legítima y de legalidad tanto a los ojos de los recurrentes y candidatos como de los electores”. Además crea dos clases de diputados: los elegidos computando los votos en blanco y aquellos que no, lo que viola el principio de igualdad ante la ley electoral. Por último, no se invocaron serias e inaplazables razones de orden público democrático que permitieran alterar las normas electorales de forma sobrevenida.

c) Violación como consecuencia de una interpretación rígida de los requisitos de presentación de candidaturas

Un caso peculiar es el planteado en *Sarukhanyan contra Armenia*, de 27 de mayo de 2008, derivado de que, al parecer, la ley electoral armenia exige a los candidatos a las elecciones parlamentarias que hagan una declaración sobre los bienes de los que son pro-

pietarios. Surge una discrepancia con relación a la propiedad de un inmueble (en concreto, si también es propietario el recurrente además de su familia de un inmueble después de un proceso de privatización) y privado del derecho a participar en las elecciones por considerar la Comisión electoral que ha aportado datos falsos sobre su patrimonio.

El Tribunal considera que el requisito de que los candidatos informen sobre sus propiedades es útil para que los electores puedan adoptar su decisión de manera más informada, y que esa exigencia no es en sí misma arbitraria o irrazonable, así como que tampoco lo es que la información sea real. Sin embargo en el caso concreto considera que se trata de una omisión menor, y que es desproporcionado privarle de su condición de candidato a las elecciones, y que, en definitiva, se ha vulnerado el artículo 3 del Protocolo 1.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (artículo 14 CE)

a) Igualdad en la ley: diferenciación de sexos en el tipo penal

La **STC 59/2008, de 14 de mayo**, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad referida al artículo 153.1 del Código Penal, en redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género. El órgano promotor considera que, comparando dicho artículo con el artículo 153.2 CP, se establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) del delito, lo que podría constituir una discriminación por razón de sexo pues la conducta descrita en el artículo 153.1 CP recibiría una respuesta penal diferente, menos gravosa en el tramo inferior de la pena, en el caso de que la cometiera una mujer sobre un hombre.

El Tribunal Constitucional afirma que, si bien el artículo admite una autoría femenina, controlará la interpretación realizada por la Magistrada cuestionante, es decir, la autoría exclusivamente masculina, pues sería la más grave por lo que respecta al principio de igualdad. Para llevar a cabo este control, valorará si la diferenciación normativa tiene una finalidad legítima, es consistente con dicha finalidad y, por último, si incurre en desproporción.

La diferenciación normativa, lejos de basarse en el sexo biológico de los sujetos activo y pasivo, la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto socio-cultural en que se producen. Y establece tal diferenciación con el propósito de proteger a la mujer en un ámbito, el de la pareja, en el que entiende que sus bienes básicos y su libertad y dignidad están insuficientemente protegidos. Apunta el Tribunal Constitucional que dicha finalidad es constitucionalmente legítima.

El siguiente paso consiste en demostrar que resulta adecuada a la finalidad de la norma una diferenciación en el tipo que incluya una distinta delimitación de los sujetos activos

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

y pasivos. Por lo que se refiere a la delimitación del sujeto pasivo, la principal razón es la necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres, como evidencian las altísimas cifras de criminalidad que tienen por víctima a la mujer y por agente a su pareja. En lo que respecta a la configuración del sujeto activo, se entiende que las agresiones del varón hacia la mujer tienen una mayor gravedad porque corresponden a una manifestación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. En este contexto, tales conductas suponen una mayor lesividad hacia la víctima, pues comporta daños añadidos, tanto para su seguridad, como para su libertad y su dignidad, al añadirse al daño físico o psicológico una disminución de las expectativas de indemnidad, un efecto intimidatorio y un menosprecio.

Por lo que hace a la proporcionalidad, el artículo 153.1 CP procede a una diferenciación limitada respecto del artículo 153.2 CE, pues la diferencia punitiva se reduce a tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena. Esta diferencia no constituye, a juicio del Tribunal Constitucional, un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable.

En último lugar, examina la sentencia la posible contradicción de la norma con el principio de culpabilidad penal. Y ello porque en el Auto de Planteamiento se suscita la duda de si se establece una presunción legislativa de que en las agresiones concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad o una situación de vulnerabilidad de la víctima y, en segundo lugar, si se está atribuyendo al varón una responsabilidad colectiva, como representante del grupo opresor.

En el primer caso, el legislador no presume ningún rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad de su agente ni una especial vulnerabilidad en las mujeres. Simplemente, aprecia el legislador el mayor desvalor y gravedad de las conductas descritas a partir de las características propias de ésta, que suponen una reproducción de un modelo agresivo de conducta contra la mujer.

Tampoco entiende el TC que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta, que se inserta en una pauta cultural generadora de graves daños a las víctimas y a la que él ayuda con su acción violenta.

Esta sentencia cuenta con cuatro votos particulares que, fundamentalmente, afirman que la sentencia es interpretativa sin hacerlo constar expresamente en el fallo.

b) Prohibición de discriminación: ¿está incluida la enfermedad en la cláusula genérica de prohibición de discriminación?

A propósito de una demanda de amparo sobre vulneración de la prohibición de discriminación por un despido de un trabajador que padecía una enfermedad en las cervicales, la **STC 62/2008, de 26 de mayo**, se plantea si cabe incluir la enfermedad en la cláusula genérica de prohibición de discriminación que contiene el artículo 14 CE.

A este respecto, razona que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que supone convertir un rasgo o una condición personal innata en un elemento de segregación, de lo que resulta un comportamiento contrario a la dignidad de la persona. Por lo tanto, considera que la enfermedad puede constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 cuando se diferencie por la mera existencia de la enfermedad o por la estigmatización como persona enferma de quien la padece, sin que se valore la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

Sin embargo, en el supuesto analizado, se constata que la empresa sí que realizó esta valoración, pues despidió al trabajador por considerar que la enfermedad cervical que sufría le incapacitaba para desarrollar su trabajo, hasta el punto que, de haberla conocido antes de la contratación, no habría procedido a efectuarla.

B) Derecho al honor (artículo 18 CE). Libertad de creación artística [artículo 20.1.b) CE] y derecho al honor: la imposible traslación de los criterios de veracidad e instrumentalidad al ámbito de la libertad artística

La **STC 51/2008, de 14 de abril**, resuelve uno de los escasos pronunciamientos en los que el TC se ha enfrentado a un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de creación artística (literaria, en concreto), colisión que plantea, además, una especificidad relevante, en la medida en que el titular del derecho al honor ya había fallecido y, por tanto, el TC se enfrentaba a la eventual vulneración del derecho al honor de un muerto. Los hechos del caso fueron los siguientes: El escritor Manuel Vincent publica una novela de ficción en la editorial Santillana en la que realiza unas afirmaciones en relación con Pedro Ramón Moliner, hijo de María Moliner, en concreto la obra afirmaba que: “(...) usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo”. Tras la muerte del aludido, su esposa inicia un procedimiento por vulneración del derecho al honor, llegando en amparo ante el TC.

Antes de resolver sobre la colisión entre el derecho al honor y la libertad de creación artística en el ámbito literario, el TC delimita el contenido de esa libertad, señalando que ésta protege tanto el propio “proceso creativo literario”, como la obra fruto de ese proceso y su difusión. No obstante, continúa el TC, la libertad de creación artística no es un derecho ilimitado. Por el contrario, se verá limitada, tal y como indica el artículo 20.4 CE, por el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. Sin embargo, señala el TC, en un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de creación artística no podrán aplicarse sin más los parámetros de veracidad y relevancia pública que se aplican en los supuestos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, al menos no en aquellos casos en los que el objeto de

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

creación sea una novela de ficción, ya que este tipo de novelas pretenden dar nacimiento a una nueva realidad que no se identifica con la “realidad empírica”. En el presente caso, continúa el TC, la ponderación entre ambos derechos debe también tener en cuenta que el titular del derecho al honor falleció once años antes de la publicación del texto y que, por tanto, la intensidad de la protección que otorga el artículo 18 CE se ve disminuida en la medida en que “con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados”. Teniendo en cuenta los elementos aludidos, el TC subraya que debe interpretarse el pasaje litigioso en el marco de la obra en el que se inserta, una obra de ficción que pretendía describir la evolución política de una determinada generación, y que ese contexto, unido al fallecimiento del titular del derecho y las especificidades que plantea la libertad de creación artística, llevan a confirmar la inexistencia de vulneración del derecho al honor.

C) Libertad de expresión (artículo 20 CE). La atemperación de la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales a la luz del principio de buena fe contractual

La STC 56/2008, de 14 de abril, resuelve sobre la eventual vulneración de la libertad de expresión del recurrente que se habría producido tras su despido como consecuencia de la manifestación de su discrepancia con el comportamiento de los directivos y los trabajadores de la empresa CEPESA, para la que trabajaba, ante un determinado accidente laboral. El TC aplica al supuesto su jurisprudencia habitual en la materia, resaltando que la libertad de expresión protege la libre manifestación de pensamientos, ideas u opiniones, incluso de aquellas que supongan una crítica al otro, siempre que éstas no incurran en el insulto, constituyendo expresiones injuriosas o vejatorias. Recuerda igualmente el TC que, en el marco de las relaciones laborales, la libertad de expresión se atempera, incorporándose límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario y que se plasman en el principio de buena fe contractual. Aplicando esta jurisprudencia al caso objeto de estudio, el TC subraya que el despido del trabajador supuso, efectivamente, la vulneración de su libertad de expresión, en la medida en que el manifiesto que hizo público no contenía ninguna expresión injuriosa o vejatoria dirigida contra los directivos de la empresa o sus compañeros, que ese escrito se hizo público únicamente en el ámbito interno a la empresa, que su contenido era estrictamente laboral (ya que se limitaba a criticar la actuación de directivos y compañeros tras un accidente laboral) y que no supuso daño alguno a los intereses o necesidades empresariales.

D) Libertad de información (artículo 20 CE). Veracidad: La averiguación de los hechos ha de ser previa a la publicación de la noticia para que pueda entenderse cumplido el requisito de “veracidad”

La STC 68/2008, de 23 de junio, plantea un curioso asunto en el que el TC vuelve a analizar un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. En esta sentencia, el TC analizaba la eventual vulneración de la libertad de información que se habría producido tras la condena de los firmantes de una noticia publicada en *Diario 16* y de su propietaria. En este caso, la noticia se había hecho eco de un supuesto caso de tráfico ilegal de visados que se habría llevado a cabo por los Srs. Carrasco (demandantes

en el proceso civil y trabajadores del Consulado español en Casablanca) en el Consulado español de Casablanca, hasta que los hechos fueran conocidos por el Cónsul español en esa ciudad.

La decisión del TC, tras reiterar su jurisprudencia habitual en la materia, se centra en la determinación de la veracidad de los hechos plasmados en el Diario, veracidad que dependería, en el supuesto estudiado, de la actuación diligente en la comprobación de los hechos del profesional que elaboró la noticia. A estos efectos, los Srs. Carrasco aportaron pruebas que certificaban que nunca se les había abierto un procedimiento disciplinario y que nunca se había abierto un expediente tendente a la averiguación de eventuales irregularidades en la concesión de visados en el Consulado de Casablanca. Por su parte, los periodistas redactores de la noticia y el medio afectado aportan, para probar la diligencia debida, únicamente dos cartas del Cónsul español en Casablanca, posteriores a la publicación de la noticia, en las que se pone de manifiesto la existencia de algunas irregularidades en la concesión de visados en ese Consulado. El TC, tras señalar que esas cartas permiten inferir la existencia de irregularidades en el Consulado aludido, afirma que éstas no son prueba, sin embargo, de que los recurrentes en amparo llevaran a cabo una averiguación previa y diligente de los hechos que iban a narrar en su Diario. Recuerda el TC, en este sentido, que la veracidad de la noticia no depende de que los hechos narrados sean o no “reales”, sino de que se lleve a cabo un previo contraste informativo suficiente de ellos, y las cartas aportadas por los recurrentes no prueban, en ningún caso, la existencia de ese actuar diligente de los informadores ya que son posteriores a la publicación de la noticia litigiosa.

E) Libertad de reunión: (artículo 21.1 CE). Necesidad de autorización previa para que los reclusos puedan ejercer el derecho de reunión dentro de las instalaciones penitenciarias

STC 71/2008, de 23 de junio, Sala Primera. El TC desestima el amparo de un recluso que fue sancionado por la Administración penitenciaria por llevar a cabo, junto con otros ocho reclusos, todos ellos pertenecientes a ETA, una concentración en el interior de las instalaciones penitenciarias.

El recurrente considera que dicha sanción vulneró sus derechos a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) y de reunión pacífica (artículo 21.1 CE), ya que el motivo de ésta fue su participación en una reunión que no necesitaba de autorización previa y que se había desarrollado sin violencia ni alteración de la seguridad del centro o de otros internos.

El TC, en primer lugar, acota el alcance del recurso al derecho de reunión, por considerar que la referencia del recurrente a la libertad de expresión era meramente retórica.

En segundo lugar, tras recordar que el artículo 25.2 CE prevé que los presos gozarán de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, el TC rei-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

tera lo ya dicho en la STC 119/1996, de 8 de julio, a saber, el derecho de reunión de los presos puede quedar limitado por razones de seguridad y de orden constitucionalmente legítimas.

Termina diciendo el TC que no cabe admitir que las reuniones y concentraciones de los internos no requieran autorización previa, pues ello privaría a la Administración penitenciaria de la facultad de ponderar la compatibilidad del ejercicio de tal derecho con la condición de preso en general y de cada uno en particular, y con el orden y seguridad del centro y de los demás reclusos. *Sensu contrario* se desprende la exigencia del TC de que los reclusos cuenten con una autorización previa para poder ejercer su derecho de reunión dentro de las instalaciones penitenciarias. Exigencia que no aparece sólidamente argumentada, ya que, al menos a primera vista, no constituye una consecuencia derivada de manera necesaria de la posibilidad de limitar el derecho de reunión de los reclusos reconocida con anterioridad por el TC.

F) Derecho de participación política: (artículo 23.1 y 2 CE). El TS posee competencia para anular actos o resoluciones parlamentarios que se opongan a resoluciones judiciales firmes

STC 50/2008, de 14 de abril, Sala Segunda. La Sentencia desestima seis recursos de amparo acumulados interpuestos por los portavoces de tres grupos parlamentarios, el Presidente, el Vicepresidente y la Secretaria 2ª de la Mesa del Parlamento Vasco, que consideraran vulnerados sus derechos de participación política (artículo 23.1 y 2 CE) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) por el Auto de la Sala del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2003 (dictado en procedimiento de ejecución núm. 1-2003, sobre ilegalización de partidos políticos por STS de 27 de marzo de 2003), por el que se declaran nulos diversos Acuerdos del Parlamento Vasco en relación con la disolución del grupo parlamentario Araba, Bizkaia eta Gipuzkoako Sozialista Abertzaleak (ABGSA).

Para la mejor comprensión del contenido y alcance de los Acuerdos anulados por el Auto impugnado es conveniente realizar un rápido repaso del procedimiento de ejecución que constituye el marco y contexto de éstos.

La STS de 27 de marzo de 2003, en la que la Sala del artículo 61 de la LOPJ declaró la ilegalidad y disolución de tres partidos políticos (Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna), fue seguida del Auto de 24 de abril de 2003, en el que la misma Sala detallaba cómo llevar a cabo su ejecución. Entre otras cosas, el Auto requería al Presidente del Parlamento Vasco que disolviera los grupos parlamentarios que figuraran bajo la denominación de Batasuna. Mediante Acuerdo de 7 de mayo de 2003, la Mesa de la Cámara informa al TS de los criterios que rigen su actuación en estos casos, basados en la diferenciación conceptual entre partidos políticos y grupos parlamentarios y en la consiguiente desvinculación de los segundos respecto de las decisiones judiciales que afecten a los primeros. La creación, el funcionamiento y la disolución de los grupos parlamentarios pertenecen, según dichos criterios, al ámbito de autonomía de la Cámara, y sólo estarán sujetos, en virtud del principio de separación de poderes, a su Reglamento y a la Constitución.

Ante esto, la Sala declara directamente, en el Auto de 20 de mayo de 2003, la disolución del grupo parlamentario ABGSA. Y por providencia de 4 de junio de 2003, impone a la Mesa del Parlamento Vasco el plazo máximo de cinco días para llevar a cabo tal disolución.

Por Acuerdo de 5 de junio de 2003, la Mesa aprobó una propuesta de resolución general de la Presidencia para completar una laguna del Reglamento del Parlamento Vasco (RPV), según la cual en supuestos de disolución judicial de un grupo parlamentario, sus miembros pasarían a formar parte del Grupo Mixto. No obstante, la Junta de Portavoces (que según lo previsto en el Reglamento debe aprobar las propuesta para que entren en vigor), por Acuerdo de 6 de junio de 2003, rechaza tal propuesta. La Sala, mediante Auto de 18 de junio, acuerda determinadas medidas encaminadas a la disolución definitiva del grupo en cuestión, y la Mesa responde con un Acuerdo de 30 de junio de 2003 en el que se ratifica en la imposibilidad legal de cumplir dicho último Auto.

Por último, la Mesa reconoció, mediante Acuerdo de 9 de septiembre, el derecho del grupo ABGSA a recibir la subvención correspondiente a los grupos parlamentarios.

La Sala termina con el Auto de 1 de octubre, objeto de los recursos, en el que declara la nulidad de pleno Derecho de los Acuerdos de los días 5, 6 y 30 de junio, así como del 9 de septiembre, emitidos por el Parlamento Vasco, por contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva al pretender impedir la ejecución de la STS de 27 de marzo y los Autos dictados para su ejecución.

Los recurrentes parten de que la adopción de los acuerdos anulados se enmarca dentro de las facultades que integran el derecho a la participación política, tal y como lo regula el RPV, y de que todo lo referente a la disolución de grupos parlamentarios pertenece al ámbito de autonomía de la Cámara, en base al principio de separación de poderes. Siguiendo esta idea, el TS no sólo habría invadido con su Auto el ámbito propio de las funciones de los parlamentarios, lesionando así los derechos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE) y al ejercicio del cargo parlamentario (artículo 23.2 CE), sino también la propia autonomía de la Cámara, provocando, con todo ello, un exceso de jurisdicción que supone la vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), tanto de la Cámara como de los parlamentarios.

Uno de los dilemas centrales, según los recurrentes, al que también se refiere el Abogado de Estado, es si las facultades presuntamente vulneradas de los parlamentarios son una manifestación directa de los derechos de participación política (artículo 23.1 y 2 CE) o no. Los recurrentes entienden que los parlamentarios, que ostentan los puestos de Presidente de la Cámara y miembros de la Mesa y Junta de Portavoces, han participado en un procedimiento parlamentario singular (artículo 24.2 RPV), destinado a interpretar el Reglamento y colmar sus lagunas, que implica, máxime en el presente caso, una carga política tal que sobrepasa las habituales funciones de calificación y admisión a trámite de las iniciativas, insertándose en el ámbito de la representación política o participación de

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

los ciudadanos en el ejercicio de la función parlamentaria. A esto hay que añadir que el tema objeto de los acuerdos adoptados, la disolución de los grupos parlamentarios, cae de lleno, a juicio de los recurrentes, en el “núcleo de la función representativa parlamentaria”. Por el contrario, el Abogado de Estado afirma que la intervención en el proceso de suplir lagunas reglamentarias supone una importante potestad normativa orientada a la “dirección de la vida parlamentaria y al gobierno interno de la Asamblea”, pero de ninguna manera forma parte del núcleo duro de la función de representación política de los parlamentarios, al que pertenecen la función legislativa o de control.

En cuanto a la posible vulneración de la tutela judicial efectiva por motivo de exceso de jurisdicción, el problema radicaría en determinar el grado de vinculación del Parlamento al ordenamiento jurídico. Los recurrentes alegan que sólo sus actos administrativos estarían sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, al margen del sometimiento íntegro de la Cámara al Tribunal Constitucional. Los Acuerdos anulados, por tanto, sólo estarían sometidos al control de constitucionalidad, lo que conllevaría la falta de competencia del TS para su anulación y la consecuente lesión de la tutela judicial efectiva.

Por su parte, el Abogado de Estado, tras dejar claro que el objeto del proceso es el Auto de octubre y no los anteriores, cuya constitucionalidad ya no se puede cuestionar por haber devenido firmes, defiende que el principio de separación de poderes no puede “utilizarse como escudo para el cumplimiento de una resolución judicial firme”. De modo que el TS no sólo tenía competencia para anular los Acuerdos en cuestión, sino que estaba obligado a hacerlo en virtud del artículo 24.1 CE (en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes), así como de los artículos 117.3 y el 118 CE.

En su Sentencia el TC no entra a examinar la constitucionalidad de la ilegalización y disolución de los tres partidos contenida en la STS de 27 de marzo de 2003, ni de la disolución del grupo parlamentario ABGSA, declarada por el Auto de mayo de 2003, ya que dichas resoluciones han devenido firmes e inatacables como consecuencia de la ausencia de recursos interpuestos en el plazo correspondiente que impugnén su contenido. En consecuencia, a pesar de que el TC insinúa que dichas resoluciones podrían haber afectado a los derechos fundamentales invocados, afirma que debido a su firmeza, deben considerarse partes integrantes del ordenamiento jurídico y, por tanto, de obligado cumplimiento.

Así, el TC se limita a examinar la constitucionalidad del Auto objeto de los recursos (de 1 de octubre de 2003) asumiendo que las resoluciones de las que trae causa constituyen Derecho inatacable. El objeto del análisis sería, según el Tribunal, determinar si dicho Auto ha incurrido en un exceso de jurisdicción, invadiendo así los derechos del artículo 23 CE.

Según el TC, los límites de la jurisdicción del TS son los marcados por sus resoluciones ya firmes. Dado que las resoluciones de las que trae causa el Auto recurrido se habían convertido en Derecho de indiscutible cumplimiento (artículos 9.1, 118 CE), el TS estaba obligado a remover cualesquiera resoluciones parlamentarias impeditivas de su ejecución.

G) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)**a) Indefensión por resoluciones judiciales que impiden a una madre biológica hacer valer su posición frente a la adopción por terceros de su hijo**

STC 58/2008, de 28 de abril, Sala Segunda. Se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria sobre adopción en el que la madre biológica del menor intenta personarse y manifiesta al juzgado mediante escrito en forma que, para materializarse la adopción de su hijo por terceros, es preciso conforme a la Ley su asentimiento por el cauce del artículo 781 LEC y no basta con su simple audiencia, como pretendía el Juzgado, porque los únicos supuestos legales en que no es preciso su asentimiento es si el menor estuviera emancipado o ella estuviera privada de la patria potestad o incurso en causa para ello, lo que no es el caso. El Juzgado desestimó ambas pretensiones.

El TC, tras unas reflexiones generales que recuerdan la doctrina de la STC 75/2005, atiende, en una dimensión constitucional y más allá de la cuestión formal de si se ha respetado o no la legalidad procesal, a si ha habido indefensión material, es decir, a si en este concreto supuesto la demandante de amparo dispuso o no de la ocasión de someter a la decisión de los Tribunales de Justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizar la adopción.

En tal sentido el TC entiende que el órgano judicial colocó a la demandante de amparo en situación de indefensión y, en consecuencia, vulneró su “derecho a la tutela judicial efectiva”, a diferencia de lo ocurrido en la STC 114/1997, de 16 de junio, para un caso más o menos similar.

Por ello, el TC, a la vista de los importantes intereses en presencia, anula, bien que “con mantenimiento de la situación fáctica actual del menor concernido”, las resoluciones judiciales, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia sin necesidad de su asentimiento y, en su caso, tramite la oposición que la demandante de amparo pudiera deducir, concluyendo luego el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

b) “Investigación judicial insuficiente” de maltrato policial por archivar la causa penal cuando persistían sospechas razonables que se hubieran podido despejar con otras medidas de investigación idóneas que no se llevaron a cabo

En la STC 69/2008, de 23 de junio, Sala Segunda, el recurso de amparo se dirige contra el Auto de un Juzgado de Instrucción, y el de la Audiencia que lo confirma, que acordó el sobreseimiento y archivo de las diligencias penales abiertas para investigar la denuncia formulada por el ahora recurrente por haber sido supuestamente maltratado y agredido durante su detención en la Dirección General de la Guardia Civil, por entender el

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

recurrente que no se han practicado todas las diligencias relevantes. El TC, claramente influenciado por la jurisprudencia de Estrasburgo y en la línea trazada por las recientes SSTC 224/2007, 34/2008 y 52/2008, analiza el caso desde el parámetro proporcionado por la doctrina de la *effective investigation* y de las “obligaciones positivas de los Estados” en el cumplimiento del CEDH a efectos del derecho a la tutela judicial efectiva con relación al derecho a la integridad física y moral.

Considera el Tribunal que, existiendo partes médico-forenses que podrían ser indiciarios de los malos tratos policiales, unidos al relato detallado de lo denunciado por el ahora recurrente de amparo (ojos tapados, golpes con manos, libros o periódicos enrollados, envuelto en una manta, bolsas en la cabeza para asfixiarle, etc.), las razones esgrimidas en los Autos de archivo no resultan conformes con las exigencias del derecho de tutela judicial efectiva en este ámbito.

El TC considera que de este modo el juzgado eludió “su obligada apreciación de los hechos”, basándose en exclusiva en lo manifestado por el Fiscal.

En cuanto al Auto confirmatorio de la Audiencia Provincial, el TC considera que no encuentra razones suficientes. Quedaban además “medios razonables y eficaces de investigación”, pues, de un lado, todo lo anterior hubiera podido aclararlo un informe o testimonio de la Médico Forense que había examinado al detenido aclarando detalladamente el origen o causa de las lesiones; y de otro lado, también era diligencia idónea la acordada por el juzgado a instancias de la Letrada del ahora demandante en amparo consistente en recabar las fotografías que se le hicieron a éste al ingresar en prisión y ello a fin de constatar las heridas y marcas que presentaba en la cara, diligencia que no llegó a ser cumplimentada por la prisión, sin que el juzgado desplegara actividad alguna ante ese incumplimiento.

Por todo ello, no hubo “investigación judicial suficiente” al clausurarse ésta antes de eliminar por completo las sospechas razonables y existir todavía medios de investigación razonables para disiparlas y se vulneró así el derecho del artículo 24.1 con relación al del artículo 15.1 CE.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Extranjeros: concesión y denegación de la nacionalidad

a) Bigamia. Denegación de la nacionalidad por bigamia en el país de origen

En la STS de 19 de junio de 2008, Ponente: Sr. Díez-Picazo, se aborda el examen de una solicitud de concesión de nacionalidad española deducida por un extranjero que estaba casado con dos esposas. El Ministerio de Justicia denegó la solicitud de concesión de nacionalidad española y la Sala de instancia confirma tal decisión denegatoria por cuanto el solicitante “no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas”.

El TS reitera la doctrina de la STS de 14 de julio de 2004 en la que se mantuvo que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito de “suficiente grado de integración en la sociedad española” del artículo 22.4 CC pues no es lo mismo residir en España que adquirir la nacionalidad española, que incluye una serie de derechos incluidos el sufragio activo y pasivo y el de acceder a cargos y funciones públicas. Y razona el TS que es cierto que no toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad, pero la poligamia “no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (artículo 12.3 CC)” por cuanto la poligamia presupone desigualdad entre hombres y mujeres así como sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesto al orden público español es la poligamia que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro anterior es delito en España (artículo 217 CP) y es ajustado a derecho que la administración considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado el suficiente grado de integración en la sociedad española.

b) ¿Matrimonio de conveniencia? Separación de hecho del cónyuge español fundada en datos objetivos

La STS de 27 de junio de 2008, Ponente: Sr. Díez-Picazo, rechaza el recurso de casación. Se trata de un supuesto en que la solicitante ciudadana ecuatoriana contrajo matrimonio con ciudadano español en 1997 y comenzó a residir en España en 1999. El marido sólo figuraba empadronado en el mismo domicilio que la recurrente a partir del año 2002 y además constaba el dato de que la actora tuvo un hijo en 2001 cuya paternidad está atribuida a un hombre, de nacionalidad ecuatoriana, distinto del marido. Figura en el expediente que la solicitante fue detenida por robo y hurto de uso de vehículo que fue sobreseído y que se incoaron dos juicios de faltas contra ella que fueron archivados en 2000 y 2001. Según el Tribunal de instancia estas notas vienen a reflejar una irregularidad cívica mantenida y próxima en el tiempo de la solicitud y no están compensadas con otras positivas que demuestren una actividad laboral, económica, social, cultural o de otra naturaleza enmarcadas en el cumplimiento de los deberes cívicos razonablemente exigibles. En el recurso de casación se aduce que lo único probado es una infidelidad, pero ha de tomarse en cuenta la ulterior reconciliación y se evoca los tribunales de honor. El TS desestima el recurso, en primer término, por considerar que las conclusiones a las que llega la Sala de instancia acerca de la separación fáctica de la actora y su esposo se basan en dos datos objetivos incuestionables, como son el no empadronamiento y el hijo extramatrimonial que justifican sus afirmaciones, sin que se trate de moralismo ya que no se hace ningún juicio de valor. Eso hace que la presunción legal *iuris tantum* de que los cónyuges viven juntos no opera en este caso. Tampoco ha existido una inversión de la prueba en cuanto que, de conformidad con el tenor literal del artículo 22.4 CC y la práctica aplicativa constante de éste, es al solicitante a quien incumbe la carga de la prueba.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

c) Convivencia conyugal efectiva a pesar de la residencia continuada en el extranjero de uno de los cónyuges

STS de 4 de junio de 2008, Ponente: Sr. Puente Prieto. Se resuelve, desestimándolo, el recurso de casación deducido por la representación procesal de la Administración contra la Sentencia de instancia que reconoció a la actora la nacionalidad española. Invoca dicha representación que el marido de la recurrente residía en Arabia Saudita con lo que el presupuesto de la convivencia ha quedado enervado por falta de convivencia efectiva y tal separación impidió al actor adquirir la nacionalidad por residencia de un año, debiendo estarle al general de 10 años del CC. El TS rechaza las alegaciones por entender que la integración de los hechos corresponde a la Sala de instancia que ha partido de la presunción legal de convivencia del artículo 69 CC entendiendo que ésta no está desvirtuada a partir de un certificado consular y que el desplazamiento a dicho país está justificado en razón del trabajo del marido de la actora en una empresa española existiendo certificado de empadronamiento de ambos cónyuges y sus hijos en el mismo domicilio e informe de la policía municipal por lo que las estancias en Arabia no suponen la ruptura del vínculo conyugal ni una separación de hecho que ampararía la exclusión del plazo de un año de residencia en España, donde se encontraba localizado el centro de la vida familiar y no se aprecia manifestación alguna de la voluntad de los cónyuges contraria a la subsistencia del matrimonio.

d) Buena conducta cívica

a') Lealtad a valores constitucionales, actividad política

Se analiza el concepto de “buena conducta cívica” en la STS de 17 de junio de 2008, Ponente: Sr. Díez-Picazo. Se trata de una denegación de la concesión de la nacionalidad española al no haber acreditado el demandante la buena conducta cívica. La Administración toma en consideración que el recurrente fue condenado por una falta de lesiones en el año 1996 con una pena de arresto de 15 días. Según informe del CESID el recurrente es conocido como cambista de moneda extranjera y es seguidor de la línea política seguida por Dudu a favor de la marroquinidad de Ceuta y Melilla siendo detenido durante 72 horas por su participación en los conflictos de 1985/1986 y según otro informe del CESID el actor tiene numerosos antecedentes por agresión, embriaguez, escándalo y daños, fue expulsado de territorio nacional y rechazado por Marruecos en múltiples ocasiones. La Sala de instancia considera que la valoración efectuada por la Administración es proporcionada y conforme a derecho. En la casación se invoca la violación de la libertad ideológica que se rechaza por cuanto la denegación no se basa en sus simpatías políticas sino en su participación activa en los conflictos sobre la situación de las citadas ciudades; además la nacionalidad es un status que comporta la atribución de sufragio activo y pasivo y la plena incorporación del beneficiario al cuerpo político de ahí que pueda ser demandado un mínimo de lealtad a los valores constitucionales del Estado que es inherente a la buena conducta que la ley califica de “cívica”, razones por las que se desestima el recurso de casación.

b') Antecedentes penales

En la **STS de 23 de junio de 2008**, Ponente: Sr. Díez-Picazo, se confirma el criterio de la Sala de instancia que revoca la denegación de nacionalidad española a un solicitante por cuanto no había acreditado el presupuesto de la “buena conducta cívica”, del artículo 22.4 CC, porque, según el informe policial obrante en el expediente, el solicitante había sido detenido varias veces en los años 1990 y 1991 por allanamiento de morada y amenazas aunque sin llegar a ser condenado por ello. En este caso el TS considera que unas detenciones policiales acaecidas diez años antes de que se dictase la resolución denegatoria y que no condujeron a condena alguna, no pueden servir como única base para negar el civismo de alguien que desde entonces no había dado razón alguna de queja, así la Sentencia recurrida adoptó la única solución jurídicamente correcta al caso y declaró el derecho del solicitante a que le fuese concedida la nacionalidad española.

La **STS de 2 de julio de 2008**, Ponente: Sr. Puente Prieto, parte de la Sentencia de instancia, que con fundamento en un informe de una Delegación de Gobierno se relataba que el recurrente fue detenido en Marbella en el año 1997 por tráfico de drogas. En el recurso de casación se alega que aun cuando el demandante fue detenido, las diligencias penales fueron archivadas. Según el TS no sólo el recurrente ha sido objeto de unas actuaciones penales sino que además no se ha proporcionado por el recurrente prueba acreditativa de la buena conducta laboral, fiscal o de participación en ámbitos de la vida comunitaria que revelen no sólo la ausencia de antecedentes negativos o desfavorables sino la presencia de datos positivos reveladores de la buena conducta cívica a la que se refiere el artículo 22.4 CC. El mero sobreseimiento de las diligencias por falta de prueba no es suficiente para acreditar la buena conducta a lo que se añade que no se ha ofrecido prueba positiva acerca de la buena conducta en otros ámbitos.

En la **STS de 9 de julio de 2008**, Ponente: Sra. Robles Fernández, se integra una vez más el concepto de “buena conducta cívica” al supuesto enjuiciado, concepto que exige el respeto de las normas de convivencia que ha de traducirse en el cumplimiento de los deberes cívicos razonablemente exigibles. Se valoran los hechos consistentes en una agresión que tuvieron lugar en el año 1997 y que dieron lugar a un juicio de faltas y la ulterior condena penal que constituye una vulneración clara de las normas de convivencia y el cumplimiento de las obligaciones fiscales no exime del respeto de dichas normas, lo que lleva a concluir que no se da la “buena conducta cívica”.

e) Integración en la sociedad: inexistencia por falta de conocimiento del idioma

En la **STS de 18 de junio de 2008**, Ponente: Sr. Puente Prieto, se confirma el criterio de la sala de instancia y de la administración que deniega el reconocimiento por cuanto a pesar de la existencia de datos indicativos de cierto grado de integración de la recurrente en nuestra sociedad, como lo son la convivencia con ciudadano español y el largo período de residencia en España tal integración no se ha consolidado de manera suficiente para entender cumplido el presupuesto legalmente exigido por el desconocimiento de la

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

lengua española y su imposibilidad de comunicación social aneja a ese desconocimiento que se puso de manifiesto en la comparecencia ante el encargado del Registro Civil en la que se constató que la solicitante no sólo desconoce el español a nivel de lectura y escritura sino de que “no puede mantener conversación alguna, puesto que no entiende en absoluto el idioma español”, salvo el “hola y adiós”, razones por las que se desestima la casación.

B) Derecho a la protección de datos y libertad de expresión e información (artículos 18.4 y 20 CE)

a) La publicación de listas de condenados o procesados por torturas lesiona el derecho a la protección de datos

En la STS de 26 de junio de 2008, Ponente: Sra. Robles Fernández, se examina un recurso deducido por la Asociación contra la Tortura contra la sanción impuesta por el Director de la Agencia de Protección de Datos por la publicación en Internet de un listado de datos sobre policías, guardia civiles y políticos implicados en actuaciones relativas a torturas. En dicho listado figuraba el nombre del funcionario, su situación en relación con la denuncia de tortura (investigación, condenado, absuelto) el lugar de los hechos, la fecha y la identidad del caso. La Sentencia de la Audiencia Nacional considera que la resolución sancionadora es ajustada a Derecho y la Sala del TS analiza los motivos impugnatorios consistentes en la lesión del artículo 20.1.a) y d) CE. El TS parte de los hechos probados de la Sentencia de instancia que no son desvirtuados por la actora: A) Se han recopilado y ordenado por la misma un conjunto de nombres y apellidos de funcionarios organizados por cuerpos de procedencia e indicando la situación en la que se encuentran las denuncias contra ellos formuladas por torturas, lugar y fecha donde ocurrieron los hechos y referencia numérica al caso concreto. B) Esta recopilación ordenada “mediante procedimientos técnicos se automatizó para su conservación y comunicación a terceros a través de una pagina web de Internet sin consentimiento de los incluidos en el fichero”. C) “No todos los datos se extraen de sentencias, noticias de periódicos y denuncias de las que tiene conocimiento por su intervención como asociación”. Se cita la doctrina constitucional, STC 292/2000 y la propia jurisprudencia de la Sala, SSTS de 13 de septiembre de 2002 (recurso 92/1999), 25 de enero de 2006 (recurso 7396/2001), resaltando que el objeto del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona sino a cualquier tipo de dato personal sea o no íntimo cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos. Por consiguiente alcanza también a aquellos datos personales públicos que, por el hecho de serlos, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza el derecho a la protección de datos incluyéndose no sólo los que tengan relación con la vida privada o íntima de la persona sino que los datos amparados son aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de otra índole que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”. También se trae a colación el concepto sobre “dato personal” definido en la Sentencia de 31 de octubre de 2000 (recurso 6186/1996), en la que se distingue entre datos accesibles al público,

recogidos en bases de datos públicas cuya publicidad no está vetada o restringida por ninguna norma limitativa, y no accesibles al público.

A partir del anterior cuerpo jurisprudencial el TS indica que el derecho fundamental se refiere a cualquier tipo de dato, íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos entre los que han de considerarse los relativos a sometimiento a denuncias o causas penales cuando aún no ha recaído sentencia debidamente publicada. Según se razona es relevante que la recopilación de los datos se hizo no sólo por noticias de prensa, o por resoluciones judiciales, sino por otras vías, lo que sin ninguna duda constituye el fichero al que se refiere artículo 3 de la Ley. Además se ha probado que el fichero no tenía exclusivamente su origen en medios de comunicación o repertorios de jurisprudencia que hiciesen a los datos de carácter personal accesibles al público por lo que no puede reclamarse un posible apoyo en el párrafo 5 del artículo 7 LORTAD que prevé la inclusión de datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, señalando que sólo podrán ser incluidos en los ficheros de las administraciones públicas competentes. No se está negando el acceso a las sentencias que son públicas sino al tratamiento y creación de ficheros que sólo corresponden a las Administraciones públicas y con datos extraídos no sólo de sentencias firmes sino también de otras fuentes de distinto origen, olvidando que no puede proceder el tratamiento y cesión a terceros de datos cuyo conocimiento o empleo puede afectar a derechos, teniendo en cuenta la trascendencia que en la consideración social se hace de conductas delictivas que inciden en la consideración que pueda tenerse de un funcionario público y más si se imputan hechos tan execrables que pudieran dar lugar a la condena por delitos humanos (FJ 7º).

Sobre la invocación de los derechos a la libertad de expresión e información, tras recordar la doctrina constitucional sobre el alcance del derecho a la protección de datos y sus límites, indica el TS que las conductas sancionadas no guardan relación con los derechos a la libertad de expresión e información. La publicación vía Internet de un fichero con los nombres y apellidos de los denunciados por la comisión de delitos de malos tratos o tortura constituye una clara vulneración del artículo 18.4 CE e infringe la Ley 15/1999, pues se considera un tratamiento de datos y su cesión con infracción de lo dispuesto en la LOTARD, razones por las que se confirma la interpretación de la Sala de instancia sobre el artículo 9 del Convenio para la protección de datos automatizados de carácter personal y de la Directiva 95/46.

C) Derecho a la huelga (artículo 28 CE). Servicios mínimos en televisión

STS de 4 de junio de 2008, Ponente: Sr. Cancer Lalanne. En esta ocasión el TS analiza el recurso de casación deducido por el comité de empresa de Gestevisión Telecinco contra la Sentencia de la Audiencia Nacional en la que se desestima el recurso promovido por el citado Comité contra la Resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que estableció los servicios mínimos para garantizar el mantenimiento del servicio público

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de televisión durante diversas jornadas de huelga en noviembre de 2005. El TS aprecia que según afirma el recurrente la sentencia de instancia utiliza una argumentación estereotipada en la que no se exteriorizan los argumentos y razones que llevan la solución confirmatoria que pronunció. Asumida la competencia para el conocimiento del asunto al ser revocada la sentencia de instancia, el TS considera inconstitucional “que se tenga como esencial y determinante de fijación de servicios mínimos, los necesarios para la preparación y emisión dentro de los horarios habituales de la difusión, de una programación previamente grabada”.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)

a) Vulneración por declaración de inadmisibilidad de recurso

STS de 16 de junio de 2008, Ponente: Sr. Calvo Rojas. Se estima el recurso de casación formulado contra los Autos del TSJC que declaran inadmisibile el recurso contencioso deducido contra la desestimación presunta del recurso de alzada dirigido contra una resolución de la Comisión Territorial de Urbanismo que deniega la aprobación definitiva de la modificación de un Plan Parcial de Ordenación. Con apoyo en las consideraciones de la STS de 20 de octubre de 2004, recurso de casación 5614/2001, y en atención al artículo 24.1 CE, el TS concluye que la decisión de inadmisibilidad acordada por la Sala de instancia no respetó las exigencias de proporcionalidad, pues ésta demandaba una solución contraria tomando en consideración las circunstancias de presentación del recurso de alzada, que no fue declarado extemporáneo en vía administrativa y la expiración del plazo de presentación en día festivo, de manera que la Sala de instancia no debió considerar extemporáneo el recurso de alzada ni entender dirigido el recurso contra un acto consentido y firme por lo que no procedía apreciar la inadmisibilidad.

b) Dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE): lesión del derecho por el Tribunal Constitucional. El ciudadano que acude al Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo tiene derecho a que este proceso se tramite sin dilaciones indebidas

La importante (y comentada con más detenimiento en la inmediatamente anterior sección de esta revista correspondiente a Justicia Constitucional) SAN de 8 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 593/2006) resuelve una reclamación patrimonial por el retraso del Tribunal Constitucional en resolver una solicitud de suspensión de la condena penal de un recurrente en amparo. Debido a este retraso, el recurrente tuvo que cumplir íntegra su condena pese a que, con posterioridad a ello, el Tribunal Constitucional otorgó la suspensión y anuló dicha condena por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La Audiencia Nacional considera que el recurrente en amparo tiene un derecho fundamental a que este procedimiento se lleve a cabo sin dilaciones indebidas, reconocido en el artículo 24.2 CE o, lo que es lo mismo, un derecho a que la tramitación del proceso se desarrolle en un “plazo razonable” (artículo 6.1 CEDH). Sigue, en este punto, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, tras una primera línea argumentativa que negaba la aplicación

del artículo 6.1 CEDH a los procesos ante los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, afirma en la actualidad que el derecho a la resolución de los procedimientos en un plazo razonable es predicable de las causas seguidas ante estos Tribunales Constitucionales (STEDH de 25 de noviembre de 2003, Caso Soto Sánchez, entre otras).

Como consecuencia de ello, la Audiencia Nacional afirma que el Tribunal Constitucional incurrió en responsabilidad derivada directamente del artículo 9.3 CE, que establece el principio de responsabilidad de los poderes públicos, y considera que el órgano competente para conocer de las reclamaciones patrimoniales por los daños y perjuicios derivados de estas dilaciones indebidas es el Consejo de Ministros, cuyas decisiones son revisables por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

E) Derecho a la educación (artículo 27 CE). La selección de alumnado en la educación concertada no es parte del derecho a la educación de los propios centros

STS de 16 de abril de 2008, Ponente: Maurandi Guillén. Se examina en esta ocasión el recurso de casación promovido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Sentencia del TSJ que anula ciertos preceptos del Decreto 22/2004, de 2 de marzo.

El origen del proceso se encuentra en el recurso formulado por la Confederación Española de Centros contra el mencionado Decreto 22/2004, de 2 de marzo y dos Órdenes que desarrollan el proceso de admisión del alumnado. El debate en la instancia giró en torno a la modificación introducida por el mencionado Decreto, pues con anterioridad se reconocía a los titulares de los centros la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos, debiendo el Consejo Escolar garantizar la observancia de los criterios previstos en la norma y a partir del Decreto 22/2004 se administrativiza la gestión del proceso de selección de alumnos pues tanto la baremación de solicitudes como la decisión sobre admisión de alumnos no se atribuyen a los titulares de los centros sino a los denominados Consejos de Escolarización, provinciales y locales que son órganos de naturaleza administrativa pero de composición mixta.

El TS anula la resolución judicial recurrida porque a su juicio la Sentencia de instancia parte de un apriorismo que no puede ser considerado asumible, cual es que la competencia para la admisión de alumnos forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro, que no deriva de la doctrina contenida en la STC 77/1985, siendo una de las limitaciones de dicho derecho de dirección resulta de la intervención estatal respaldada constitucionalmente por el artículo 27.9 CE para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda a través de su financiación total o parcial. La facultad de decidir sobre la admisión de alumnos no se encuentra entre el haz de facultades decisorias que delimitan positivamente el contenido esencial del derecho que enumera la STC 77/1985 y no hay base para afirmar que la atribución de esa competencia sea indispensable para garantizar el respeto al carácter propio de centro o que sin ella quede cercenada la potestad de dirección, recordando

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

los términos de la STS de 9 de diciembre de 1987 en la que se declaró que el derecho fundamental a crear y dirigir centros docentes no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos, sino se quiere negar el derecho de los padres o tutores a escoger centro docente que, como manifestación del derecho fundamental a la educación reconoce a todos el artículo 27.1 CE. El sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza del artículo 27 CE, y ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados que deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE (FJ 8º). En suma, el sistema de enseñanza mixta, en el caso de los concertados, es una manifestación o faceta más sobre la competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados, esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE, razones por las que ha lugar a la casación y desestima el recurso deducido contra el Decreto y Órdenes citadas.

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

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

LUCÍA ALONSO SANZ

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Ley.** A) Principio de legalidad en materia sancionadora: resulta vulnerado tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión. **3. Reglamento.**

A) En la interposición de un recurso indirecto no cabe invocar defectos de tipo procedimental o formal. **4. Instrucción.** A) No cabe interponer recurso de casación contra instrucciones no reglamentarias, de carácter meramente interno. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) Principio de igualdad en la ley: no resulta vulnerado por la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. b) Principio de no discriminación por razón del sexo: resulta vulnerado por la extinción del contrato temporal de una trabajadora a causa de su embarazo. c) Principio de no discriminación por circunstancias personales relativas a la salud: el Tribunal Constitucional admite que esta circunstancia pueda entenderse incluida en la cláusula de cierre del artículo 14 CE. d) Principio de igualdad en la aplicación de la Ley: se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia RJ 2008/2276 y de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia JUR 2008/197313. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 78/2008, de 7 de julio. Tienen especial interés en esta entrega las sentencias relativas al principio de no discriminación por razón de sexo (STC 74/2008, de 23 de junio), así como a la no discriminación por la concu-

rrencia de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, que en este caso se refiere al estado de salud (STC 62/2008, de 26 de mayo). El Tribunal Constitucional precisa con claridad en estas sentencias los casos en que la concurrencia de estos factores determina la vulneración del artículo 14 CE. También en relación con el principio de igualdad, las SSTC 76/2008, de 3 de julio y 59/2008, de 14 de mayo, abordan su posible vulneración por la regulación de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género.

2. LEY

A) Principio de legalidad en materia sancionadora: resulta vulnerado tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión

En la STC 54/2008, de 14 de abril, se recurre contra una resolución sancionadora del Ayuntamiento de Madrid por el incumplimiento por parte del propietario de un vehículo a motor, denunciado por estar indebidamente estacionado, de su obligación de identificar al conductor responsable de dicha infracción de tráfico, confirmada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid. El demandante de amparo estima lesionado el principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE), por la interpretación extensiva que han llevado a cabo la Administración y el órgano judicial, del precepto que tipifica la infracción por la que ha sido sancionado.

Según la jurisprudencia constitucional, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que también son constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutidamente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. En este sentido, debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas, de forma que cabrá apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora, tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4º).

En este caso, a juicio del Tribunal, ni en la resolución administrativa sancionadora ni en la Sentencia que la confirma cabe discernir un fundamento razonable para subsumir la conducta del recurrente en amparo —la falta de acreditación de que quien el recurrente identificó como conductor de su vehículo se encontraba en Madrid en la fecha de comisión de la infracción y que era quien realmente lo conducía— en la infracción tipificada

IV. Fuentes del Derecho

en el artículo 72.3 LSV por la que ha resultado sancionado, lo que revela en este caso una aplicación extensiva de la norma contraria al principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE) y determina el otorgamiento del amparo solicitado.

3. REGLAMENTO

A) En la interposición de un recurso indirecto no cabe invocar defectos de tipo procedimental o formal

La STS de 21 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima), JUR 2008/185456, resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta). En esta Sentencia la Audiencia desestimó el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por el mismo recurrente contra la Orden Ministerial 198/2000, de 6 de julio, del Ministerio de Defensa, por la que se adscribe a Especialidad Fundamental a los Militares de Carrera del Ejército de Tierra pertenecientes a las diferentes escalas del Cuerpo General de las Armas y del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos.

Los principales motivos de casación aducidos por el recurrente se refieren a la falta de cobertura legal de la Orden, a la infracción de la Ley 17/1999, a la vulneración de los derechos funcionariales del recurrente, así como a la violación del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos. Ninguno de ellos se acoge por el Tribunal. Éste entiende que la regulación de la Orden tiene como finalidad regular situaciones futuras y que en todo caso tienen un suficiente anclaje en la normativa legal y reglamentaria existente. Junto a ellos, también se invocan vicios en el procedimiento de elaboración de la Orden. Sin embargo el Tribunal los rechaza, ya que en realidad el recurso contra la Orden se trata de un recurso indirecto contra una Orden anterior, 250/1999, y de acuerdo con una reiterada jurisprudencia no es posible invocar defectos formales o procedimentales por esta vía (FJ 5º).

4. INSTRUCCIÓN

A) No cabe interponer recurso de casación contra instrucciones no reglamentarias, de carácter meramente interno

En la STS de 7 de marzo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2008/2276, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía sobre reconocimiento del derecho a percibir complemento de productividad.

Los motivos de casación se apoyan en la vulneración de los artículos 14 de la Constitución, 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y 4 del Decreto 311/ 1988, de 30 de marzo, en relación con las Instrucciones

de la Dirección General de la Policía de 23 de enero y 22 de marzo de 1998. Tras analizar la naturaleza del complemento de productividad, el Abogado del Estado concluye que el complemento se configura en tres conceptos distintos y excluyentes entre sí: productividad estructural (para determinados puestos de trabajo), funcional (según la adscripción a la unidad policial) y turnicidad (en función del horario de realización del servicio). Pues bien, deduce de esta división el Abogado del Estado que el complemento funcional y de turnicidad se refieren a cosas distintas y que, por tanto, son excluyentes. Mientras que la Sentencia impugnada en casación declaró la ilegalidad de la Instrucción de 23 de enero de 1998 precisamente por considerar incompatibles ambos conceptos de productividad.

Frente a esta argumentación, el Tribunal Supremo pasa a analizar la verdadera naturaleza de las Instrucciones objeto de controversia, con el fin de determinar la adecuación del recurso de casación para cuestionar su contenido. Al respecto, afirma el Tribunal con carácter general que dichas Instrucciones no presentan el carácter normativo de las disposiciones de carácter general, sino que se trata de las instrucciones recogidas en el artículo 21.1 LRJPAC. Dichas instrucciones, de acuerdo con la jurisprudencia —continúa el Tribunal—, son resoluciones administrativas engarzadas en el ámbito de la organización administrativa mediante el principio de jerarquía que gobierna su estructura y que quedan fuera del ejercicio de la potestad reglamentaria. Sus características principales son tener como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo y dictar pautas de la futura actuación administrativa de dichos subordinados. Por lo que su eficacia es puramente interna (FJ 3º). En el supuesto planteado, el Tribunal analiza el contenido de cada una de las instrucciones (de 23 de enero y 22 de marzo de 1998) y constata efectivamente el carácter meramente interno de su contenido (FJ 5º). A partir de ello, concluye el Tribunal que el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado había sido indebidamente admitido, puesto que contra instrucciones de naturaleza interna, no reglamentaria, no cabe el recurso de casación.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) Principio de igualdad en la ley: no resulta vulnerado por la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género

La STC 76/2008, de 3 de julio, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el primer inciso del artículo 153.1 del Código Penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. El inciso cuestionado sanciona “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela,

IV. Fuentes del Derecho

guarda o acogimiento hasta cinco años” a quien “por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

La duda central de la cuestión planteada se refiere a la existencia de un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al artículo 14 CE. Dado que el tipo penal descrito supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso a un varón que maltrate del modo descrito en el artículo a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que el mismo maltrato en los demás supuestos (maltratos de una mujer o maltratos de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP tendrá en todo caso un marco penal inferior: el límite mínimo de la pena alternativa de prisión será de tres meses (artículo 153.2 CP).

Sobre esta cuestión ya se había pronunciado el Tribunal en su **STC 59/2008, de 14 de mayo**. En esta sentencia se analiza la posible vulneración del artículo 14 CE, en su doble vertiente: principio general de igualdad y prohibición de discriminación.

El Tribunal descarta que en este caso se plantee un supuesto de interdicción de la discriminación, ya que el sexo de los sujetos activo y pasivo no constituye un factor exclusivo y determinante del tratamiento diferenciado. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas se dirigen a la parte más débil de la relación.

Tampoco en este caso se ha vulnerado el principio de igualdad. El principio general de igualdad del artículo 14 CE exige que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. En este supuesto el Tribunal considera que la regulación está justificada desde el punto de vista de su finalidad y es adecuada en atención a ésta, por lo que considera que la regulación de la Ley en cuestión es conforme con la Constitución.

b) Principio de no discriminación por razón del sexo: resulta vulnerado por la extinción del contrato temporal de una trabajadora a causa de su embarazo

La **STC 74/2008, de 23 de junio**, resuelve el recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, contra una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Andalucía, que confirmó el despido de la actora. A juicio de ésta, su cese en el puesto de trabajo que desempeñaba para el Ayuntamiento de B. constituyó en realidad un despido, al ser fraudulentas las sucesivas contrataciones temporales efectuadas, debiendo reputarse por ello su contrato como indefinido. Tal despido estuvo únicamente motivado por su estado de embarazo y la situación de incapacidad

temporal resultante, por lo que, a juicio de la actora, dicha actuación debe ser calificada como discriminatoria por razón de sexo.

Según la jurisprudencia constitucional, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del artículo 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, o motivados por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo (STC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 6º), al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE, el Tribunal Constitucional ha estimado diversos recursos de amparo por este motivo, por ejemplo, respecto de la resolución del contrato de trabajo en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación del contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio). La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado. En consecuencia, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

En este caso, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de carga de la prueba, hubiera sido necesario que fuera el Ayuntamiento demandado el que acreditara que no se había producido la vulneración de derechos que se le imputaba y que existió, por el contrario, una causa cierta y válida para extinguir la relación laboral, alejada de cualquier móvil discriminatorio, dado que la Sentencia de instancia consideró acreditado que el cese tuvo lugar por causa exclusiva de la situación de baja de la trabajadora, que en otras circunstancias habría visto previsiblemente renovado su contrato, puesto que así había venido ocurriendo en años anteriores y la necesidad que cubría su puesto de trabajo persistía.

IV. Fuentes del Derecho

En consecuencia, el Tribunal considera vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de sexo y otorga el amparo solicitado.

c) Principio de no discriminación por circunstancias personales relativas a la salud: el Tribunal Constitucional admite que esta circunstancia pueda entenderse incluida en la cláusula de cierre del artículo 14 CE

En la **STC 62/2008, de 26 de mayo**, se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor que no figura de forma expresa en la enumeración del artículo 14 CE, como es el estado de salud del trabajador, en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. El Tribunal se plantea si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica que cierra la enumeración del citado precepto constitucional (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). Para ello parte de la consideración de que no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pues, en ese caso, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente previsto en el artículo 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, resulta necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es evitar que determine un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10 CE).

Para el Tribunal Constitucional, el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente establecidos en el artículo 14 CE, al amparo de la cláusula genérica relativa a las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en él. En este sentido, se produce la discriminación prohibida por el citado precepto constitucional, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

En el caso objeto del recurso de amparo que resuelve la STC 62/2008, no se ha producido esta circunstancia: la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún perjuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación, no habría procedido a efectuarla. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional entiende que en este caso en que la decisión de despido se basa en la incapacidad del trabajador para desarro-

llar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, dicha decisión podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria.

d) Principio de igualdad en la aplicación de la Ley: se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales

En la **STC 67/2008, de 23 de junio**, se resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE). El fundamento del recurso radica en la actuación de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, que, en su Sentencia de 15 de marzo de 2004, sin fundamentar las razones del cambio de criterio se apartó de sus pronunciamientos anteriores sobre la interpretación de la Disposición Adicional del texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor de 1968, modificado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (disposición que se corresponde con el artículo 9 del texto refundido de la actual Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), en relación con el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, para la imposición de la condena por intereses de demora cuando se consigna por la aseguradora una cantidad en plazo y el órgano judicial no emite pronunciamiento alguno sobre la suficiencia de la cantidad consignada.

Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales. En este sentido son requisitos de la apreciación de dicha vulneración: la existencia de igualdad de hechos; de alteridad personal; de identidad del órgano judicial, entendiendo por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente; de una línea jurisprudencial consolidada que es carga del recurrente acreditar, y, finalmente, el apartamiento de dicha línea de interpretación de forma inmotivada.

La recurrente en amparo ha acreditado la existencia de una línea doctrinal previa y consolidada del mismo órgano judicial (Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid) que sostiene el criterio de que no procede imponer los intereses de demora previstos en el artículo 20 de la Ley del contrato de seguro cuando la aseguradora ha consignado en tiempo, aunque la cantidad consignada resulte insuficiente a la vista de la posterior condena, si el órgano judicial competente no ha procedido a dictar resolución declarando la insuficiencia de la cantidad consignada por la entidad aseguradora y requiriendo a ésta para que proceda al pago o consignación de la cantidad restante. En consecuencia, la decisión de la Sección Decimoséptima de condenar a la aseguradora recurrente al pago de los intereses de demora previstos en el artículo 20 de la Ley de con-

IV. Fuentes del Derecho

trato de seguro y la fundamentación de las precedentes Sentencias del mismo órgano judicial citadas que abordan esta misma cuestión, muestran que la Sección Decimoséptima ha modificado su interpretación de los requisitos para condenar al pago de los intereses de demora, sin exponer las razones que permitan concluir que el cambio de criterio tiene una justificación objetiva que puede permanecer en el futuro en relación con la resolución de casos sustancialmente iguales.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estimó que la Sentencia de 15 de marzo de 2004 de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid incurrió en la vulneración del derecho de la recurrente a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE), al haberse apartado del criterio mantenido por el mismo órgano judicial en supuestos precedentes sobre el mismo asunto, sin mediar un razonamiento que justificara ese cambio de criterio.

En este mismo sentido, véanse las **SSTC 65/2008, de 29 de mayo** y **66/2008, de 29 de mayo**, en las que el Tribunal rechaza la posibilidad de llevar a cabo el juicio de igualdad en relación con la adopción de una medida cautelar como la prisión provisional.

En la **STC 54/2008, de 14 de abril**, el Tribunal rechaza la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, dado que no se satisface el requisito de la identidad del órgano jurisdiccional, ya que la resolución judicial que se aporta como término de comparación no procede del mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución judicial impugnada en amparo.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DÍEZ SASTRE

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. A) Inexistencia de acto impugnabile. No existe silencio administrativo sino caducidad del expediente de expulsión de extranjero. B) Acto impugnabile: acto de iniciación de procedimiento sancionador con propuesta de internamiento. **3. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) Caducidad. a) Caducidad por inactividad de la Administración en expediente de expulsión de extranjero. **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Motivación suficiente: remisión a informes. Defecto formal no invalidante. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) No indicación de recurso de reposición: notificación procedente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de abril a junio, ambos incluidos, de 2008, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, y de los meses de febrero a junio de 2008, por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia. De entre los pronunciamientos analizados en esta crónica, puede destacarse la **STS de 8 de abril de 2008**, que concluye considerando correcta, por no ser causante de indefensión, una notificación en la que no se indicaba la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición, si bien sí señalaba el plazo de dos meses para interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Inexistencia de acto impugnabile. No existe silencio administrativo sino caducidad del expediente de expulsión de extranjero

La STS de 30 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 7154/2003), JUR 2008/159827, concluye que no existe acto impugnabile producido con base en la técnica del silencio administrativo en casos de procedimientos administrativos iniciados de oficio en los que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano. En estos supuestos, con fundamento en el artículo 44, apartado 2, de la LRJPAC, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta, sino la caducidad del procedimiento.

B) Acto impugnabile: acto de iniciación de procedimiento sancionador con propuesta de internamiento

En el supuesto sobre el que se pronuncia la STS de 25 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima (recurso de casación 5530/2008), JUR 2008/149673, la recurrente alega que el acto que se pretende recurrir es un acto de trámite impugnabile pues puede incidir en la esfera de los derechos fundamentales. En concreto, se trata de un acto de trámite que inicia un procedimiento de expulsión de un extranjero del territorio español. Pero, también, en el acto en cuestión se pone una condición imprescindible para que el Juez de instrucción adopte la medida cautelar de internamiento y se decide “proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la LO 4/2000”. 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 pueda 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.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) Caducidad

a) Caducidad por inactividad de la Administración en expediente de expulsión de extranjero

La STS de 30 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta (recurso de casación 7154/2003), JUR 2008/159827, recuerda una reiterada jurispru-

dencia según la cual en un procedimiento administrativo, como es el de este caso, que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta. Lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento. Para llegar a esta conclusión, basta con estudiar el artículo 44, apartado 2, de la LRJPAC. Por ello, carece de sentido alegar que existe acto impugnabile con base en la técnica del silencio administrativo.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación suficiente: remisión a informes. Defecto formal no invalidante

La STS de 15 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta (recurso de casación 2173/2006), RJ 2008/1775, recuerda la jurisprudencia que afirma que en los procedimientos de gran extensión y en los que los servicios técnicos de la Administración realizan varios informes, existe una motivación implícita por referencia a estos informes, sin que el hecho de que no se reproduzcan en la resolución final pueda ser considerado sino como un simple defecto formal, que sólo podría determinar consecuencias anulatorias si generase indefensión. En el caso en cuestión, no se aprecia esta indefensión, ya que el silencio de la Administración sobre las razones de su decisión no ha supuesto un obstáculo para que la recurrente realice sus alegaciones tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional.

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) No indicación de recurso de reposición: notificación procedente

En la STS de 8 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta (recurso de casación), RJ 2008/1767, la parte recurrente alega la falta de claridad y la confusión que genera la forma en que se efectuó la notificación del acto administrativo recurrido, sin que se cumplan las exigencias del artículo 58.2 LRJPAC, en cuanto no contiene la posibilidad de interponer el potestativo recurso de reposición, aunque sí el plazo de dos meses para interponer recurso contencioso-administrativo. El Tribunal tiene en cuenta que esta alegación no se realiza para reivindicar su derecho a la interposición del recurso de reposición como medio de impugnación del que se haya visto privado, sino para justificar el retraso en la interposición del recurso contencioso-administrativo, entendiendo que tal irregularidad priva de efectos a la notificación practicada. En otras palabras, no se alega indefensión por la privación de un medio de impugnación como es el recurso de reposición, sino que se alude a tal defecto formal para solventar el retraso en la interposición de otro recurso indicado en la notificación.

Igualmente, alega que se vulneran los principios de buena fe y confianza legítima de los artículos 3 y 35 LRJPAC, por la confusión provocada al recibir una notificación con dos juegos de la resolución administrativa y una petición de devolución de ésta, una vez cumplimentado el duplicado, siendo al pie de la propia resolución donde figura la firma e indicación del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. Esto llevó al recurrente a entender que el plazo es desde que se remite la resolución firmada.

Para el Tribunal Supremo, ninguna duda se desprende de los términos de la notificación sobre su alcance, señalando expresamente que el plazo de dos meses para la interposición del recurso se contará “desde el día siguiente al de la notificación de la presente resolución”, que se plasma en el correspondiente acuse de recibo. No puede dejarse al arbitrio del interesado el inicio de tal plazo mediante la fórmula de estar a la devolución del duplicado en la fecha en que se entienda conveniente.

En lo que atañe a la infracción del artículo 58 LRJPAC, señala la jurisprudencia de la propia Sala conforme a la cual “la finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente al conocimiento del destinatario, en cuanto a su integridad sustancial y formal y los posibles defectos de la notificación no afectan a la validez del acto”. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 64/1996, señala que la finalidad de la notificación es llevar al conocimiento de los afectados las decisiones con objeto de que éstos puedan adoptar la postura que estimen pertinente.

En congruencia con ello, los defectos formales en que pueda incurrir la notificación sólo adquieren relevancia cuando impiden que ésta llegue a cumplir con dicha finalidad, afectando al conocimiento del acto por el interesado y al ejercicio de las posibilidades de reacción contra él que el ordenamiento jurídico ofrece. Sólo puede estimarse la notificación como defectuosa cuando sus imperfecciones redundan en perjuicio del notificado, le producen indefensión, limitan las posibilidades del ejercicio de sus derechos, pero no en el caso en que no concurren estas circunstancias anómalas. En definitiva, no toda deficiencia en las notificaciones implica una vulneración del artículo 24.1 CE, siendo preciso acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real.

En el caso enjuiciado, la notificación practicada señala con claridad el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, el *dies a quo* y el órgano ante el que debía interponerse, de manera que la falta de indicación del potestativo recurso de reposición en nada afecta a tales indicaciones y las condiciones de su ejercicio. Por ello, no puede atribuirse el ejercicio extemporáneo de su derecho a defectos de notificación del acto que ninguna indefensión le han producido al efecto, pues los interesados tuvieron perfecto conocimiento del plazo en el que debían ejercitar el recurso contencioso-administrativo, de manera que la extemporaneidad de su interposición sólo es atribuible a la actitud de los propios interesados, sin que el defecto apreciado en la notificación haya supuesto indefensión para ellos.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos. A) Supuestos que no pueden subsumirse bajo el concepto “adjudicar”, regulado por la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. B) Plazo de prescripción de la prohibición de contratar. **3. Formas de adjudicación.** A) El Derecho Comunitario no admite que la normativa de los Estados miembros pueda regular una exclusión automática de las ofertas que se consideran anormalmente bajas con relación a la prestación, dado que la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos: bien el precio más bajo, o bien la oferta económicamente más ventajosa. B) Debe permitirse a los restantes licitadores realizar objeciones o reservas a la propuesta de la oferta más ventajosa realizada por la Mesa de Contratación. C) La falta de justificación de la adopción del concurso como forma de adjudicación no puede ser alegada por el concursante que la aceptó sin reservas. **4. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obras. a) Carácter excepcional de la contratación conjunta de redacción de proyecto y ejecución de obra. b) Denegación de la revisión de precios por variaciones entre el momento de la adjudicación y la firma del contrato.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de mayo a agosto de 2008, 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) Supuestos que no pueden subsumirse bajo el concepto “adjudicar”, regulado por la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios

La STJCE de 19 junio 2008, Sala Tercera, As. C-454/06, apartado 90, estudia el encaje de una serie de supuestos dentro del concepto de “adjudicar” regulado por la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (artículos 3, apartado 1, 8 y 9). Concretamente analiza si se produce o no una nueva adjudicación de contrato como consecuencia, “por un lado, de la adopción de una nueva cláusula de renuncia a la resolución del contrato y, por otro lado, del aumento de los descuentos concedidos en los precios de determinadas prestaciones objeto del contrato”. El Tribunal de Justicia argumenta literalmente lo que sigue:

“El término ‘adjudicar’ (...) debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.”

Del mismo modo, expone la Sentencia que

“El término ‘adjudicar’ (...) debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.”

Y, por último el Tribunal de Justicia también afirma que

“(…) El término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales (...)”.

B) Plazo de prescripción de la prohibición de contratar

La STS de 13 de mayo de 2008 (recurso de casación 3011/2007), FD 3º, aplica la doctrina asentada del Tribunal Supremo de entender que la prohibición de contratar, cualquiera que sea su naturaleza, por aplicación del principio de seguridad jurídica, ha de tener un plazo de prescripción, ya que no es dable admitir que la Administración pueda ejecutar una potestad, que afecta a la capacidad de una empresa para intervenir en la contratación administrativa y que la priva por tanto de un derecho en cualquier momento y a su libre decisión y sin plazo, y siendo ello así, ante la falta de regulación expresa de la norma que regula las prohibiciones de contratar, se habrá de acudir a la integración de tal laguna mediante la aplicación del artículo 132 de la Ley 30/1992, a efectos del plazo de prescripción y de cómputo desde el día en que se cometió la infracción. (Vid., entre otras, SSTs de 7 de noviembre de 2006, recurso de casación 169/2005 y 11 de mayo de 2007, recurso de casación 6426/2004.) Ha de señalarse que en aplicación de esta doctrina jurisprudencial, la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en sus artículos 49 y 50 sí prevé distintos plazos de prescripción referidos a los diferentes supuestos que constituyen prohibiciones de contratar.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) El Derecho Comunitario no admite que la normativa de los Estados miembros pueda regular una exclusión automática de las ofertas que se consideran anormalmente bajas con relación a la prestación, dado que la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos: bien el precio más bajo, o bien la oferta económicamente más ventajosa

La STJCE de 15 de mayo de 2008, Sala Cuarta, As. Ac. C-147/06 y C-148/06, apartados 5, 6 y 35, analiza si el Derecho Comunitario admite que un Estado miembro establezca en su normativa “la exclusión automática de las ofertas que se consideran anormalmente bajas en los contratos públicos de obras de un valor inferior al umbral establecido en la Directiva 93/37”. Resolviendo que no es admisible tal regulación de acuerdo con lo previsto en el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997), y con los principios fundamentales del Derecho comunitario en materia de adjudicación de contratos públicos, con base en los siguientes argumentos jurídicos:

“El contenido del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37 se reproduce de manera más detallada en el artículo 55, que lleva por título ‘Ofertas anormalmente bajas’, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Según afirma su primer considerando, la Directiva 2004/18 procede a una refundición en un único texto de las Directivas aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, de suministros y de ser-

vicios y, conforme a su artículo 80, apartado 1, los Estados miembros debían adaptar sus ordenamientos internos a la Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006.

La razón que justifica que no se excluyan automáticamente las ofertas que se consideran anormalmente bajas con relación a la prestación deriva del primer párrafo del cuadragésimo sexto considerando de la Directiva 2004/18, con arreglo al cual 'la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa'. Estos dos criterios de adjudicación figuran en los artículos 30, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 93/37 y 53, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2004/18.

Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas que las normas fundamentales del Tratado sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación son contrarios a una normativa nacional que, en lo que respecta a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/37 y que revistan un interés transfronterizo cierto, cuando el número de ofertas válidas es superior a cinco, obliga imperativamente a las entidades adjudicadoras a excluir automáticamente las ofertas consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación, con arreglo a un criterio matemático establecido en dicha normativa, sin dejar a las mencionadas entidades adjudicadoras ninguna posibilidad de verificar la composición de esas ofertas pidiendo precisiones sobre ellas a los licitadores interesados. No ocurre lo mismo cuando una normativa nacional o local o incluso la entidad adjudicadora de que se trate, debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar, fijan un umbral razonable por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas."

B) Debe permitirse a los restantes licitadores realizar objeciones o reservas a la propuesta de la oferta más ventajosa realizada por la Mesa de Contratación

La STS de 6 de mayo de 2008 (recurso de casación 4147/2006), FD 5º, precisa el alcance del artículo 87 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A juicio del Tribunal, una interpretación conjunta de los artículos 87 y 90 del Reglamento pone de relieve, con toda evidencia, que el acto público al que pueden asistir los licitadores ha de tener por objeto, tanto en la subasta como en el concurso, no sólo la apertura de las proposiciones económicas, sino también la comunicación a éstos de aquella determinación por la que la Mesa de contratación elige cuál es la proposición económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación. El Tribunal continúa precisando que cuando en el concurso resulten necesarios informes

V. Actos, Procedimiento y Contratos

técnicos que hayan de emitirse a la vista de las distintas proposiciones, deberá convocarse nuevamente a los licitadores a la continuación del inicial acto público. La comunicación posterior a la adjudicación que se efectúa a los licitadores no puede suplir un trámite que tiene por objeto, entre otros extremos, que el órgano de contratación conozca las observaciones o reservas hechas por los licitadores a la propuesta de adjudicación y, conociéndolas, las resuelva junto con la decisión final del procedimiento, pronunciándose expresamente sobre ellas previo informe de la mesa de contratación.

C) La falta de justificación de la adopción del concurso como forma de adjudicación no puede ser alegada por el concursante que la aceptó sin reservas

Aplicando reiterada doctrina, la STS de 6 de mayo de 2008 (recurso de casación 5680/2006), FD 4º, afirma que la efectiva falta de motivación por parte del órgano de contratación en la determinación de la modalidad de selección del contratista, concurso o subasta, no puede ser alegada por el concursante que participa en él sin reserva y no resulta seleccionado. En concreto se precisa que

“(…) esas infracciones se refieren a actuaciones anteriores a la convocatoria del concurso y habiendo el recurrente participado en tal concurso formulando su oferta, no es válido que espere al resultado desfavorable del concurso para denunciarlos, pues si participó en el concurso y no hizo protesta alguna a los términos de la convocatoria, que es la Ley del concurso, se ha de atener y respetar (…)”

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

a) Carácter excepcional de la contratación conjunta de redacción de proyecto y ejecución de obra

La STS de 14 de mayo de 2008 (recurso de casación 151/2007), FFDD 3º y 4º, reiterando una jurisprudencia consolidada, defiende el carácter excepcional de la contratación conjunta de redacción de proyecto y ejecución de obra, en aplicación del antiguo artículo 125.1 TRLCAP y actual artículo 108.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Concretamente el Alto Tribunal afirma:

“(…) el mencionado precepto ‘contempla como excepcional una posibilidad de contratación conjunta, cual es la de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes, que ni por su objeto, esto es, por la prestación que se contrata junto con la de ejecución, ni por la naturaleza o índole de las razones que pueden llegar a justificarla, puede ser confundida, hasta el punto de superponerse a ella y englobarla o llevarla consigo, con aquella otra posibilidad, igualmente excepcional, de adjudicación a un mismo contratista de la dirección de la ejecución de las obras y del correspondiente contrato de

obra, prevista en el artículo 197.2 del citado Texto Refundido –y dentro de algunas fechas en el 45.2 de esa Ley 30/2007–. Esta segunda posibilidad, o mejor dicho, su regulación como excepcional, obedece a una lógica consideración: la del potencial riesgo de menoscabo del rigor y de la eficacia de las funciones de dirección cuando ésta se adjudica al mismo empresario que ha de ser dirigido, supervisado, controlado o vigilado; riesgo que subsiste, agravado incluso, cuando ese empresario, además de ejecutar las obras, elaboró su proyecto. En cambio, la previsión de aquella primera obedece a consideraciones de índole más bien técnica, ajenas, separables de las funciones que posteriormente habrá de desenvolver la dirección; como son, en palabras de aquel artículo 125.1, que el sistema constructivo pudiera resultar determinante de las características esenciales del proyecto, o que las características de las obras permitan anticipar diversos tratamientos de trazado, diseño y presupuesto (o como dirá la citada Ley 30/2007 en aquel artículo 108.1, cuando motivos de orden técnico, ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra, obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras, o cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas).

En definitiva, el distinto objeto o distintas prestaciones que se aúnan a la de ejecución de la obra en una y otra posibilidad; la diversa naturaleza de las razones que pueden ser aptas, adecuadas, para justificar una y otra de esas dos posibilidades excepcionales; y, sobre todo, la percepción de que el potencial riesgo que se quiere evitar al separar las funciones de dirección subsiste también cuando se contrata conjuntamente la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, obliga a concluir que la licitud de esta contratación conjunta no arrastra por sí sola, por esta sola circunstancia, que la dirección haya de adjudicarse también al ejecutor (...).

Respecto al contrato regulado en el artículo 125 TRLCAP afirma que

“en ese contrato, se conjugan dos acuerdos distintos, o uno con una doble prestación a realizar por el contratista, como son, por un lado, la redacción del proyecto y, por otro, la ejecución de la obra que se plasme en el proyecto elaborado. Se trata por tanto de un contrato de los denominados mixtos que contiene dos prestaciones distintas pero sucesivas, y siempre condicionadas a que la decisión de la Administración excluya finalmente la ejecución de la obra cuando no se alcance el necesario acuerdo sobre los precios en relación con el proyecto, o en el supuesto específico de elaboración de un proyecto de obras singulares de infraestructuras hidráulicas en cuyo caso la ejecución de la obra queda supeditada al estudio por parte de la Administración de la viabilidad de su financiación y a la tramitación del correspondiente expediente de gasto, números 3 y 5 del artículo 125 citado. Es decir estos contratos muestran una evidente concatenación entre ambas prestaciones, lo que justifica su elección por la Administración dada la estrecha conjunción que ha de existir entre el proyecto que diseñe las obras y la posterior ejecución de las mismas.

Pero, además de lo anterior, lo que caracteriza a esta modalidad del contrato de obras es también su naturaleza, o como dice el precepto, el carácter excepcional del contrato, que

sólo podrá aplicarse en los supuestos que enumera en los apartados a) y b) de ese número 1 del artículo 125. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo excepcional es aquello que ‘constituye excepción de la regla común’ o, en una segunda acepción, aquello ‘que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez’. Y a la vista de estas consideraciones la norma en ese precepto incluye dos supuestos en los apartados antes mencionados como son aquellos que se producen ‘cuando el sistema constructivo pudiera resultar determinante de las características esenciales del proyecto’ y “cuando las características de las obras permitan anticipar diversos tratamientos de trazado, diseño y presupuesto”. Supuestos que se muestran como alternativos entre sí, de manera que la elección de uno excluye al otro y viceversa, de forma que la Administración optará por uno u otro atendidas las características –término que utiliza la norma legal en ambos supuestos– bien del proyecto o de la obra”.

Por último, en aplicación de la doctrina anterior, afirma el Alto Tribunal que para que se pueda entender ajustado a Derecho la elección por parte de la Administración de la contratación conjunta de proyecto y obra, ha de justificarse de forma suficiente en la Memoria “las diferencias sustanciales que permitirían la entrada en juego del sistema extraordinario y no debe olvidarse, excepcional de contratación frente al ordinario”.

Vid., en el mismo sentido, entre otras, las SSTs de 18 de marzo de 2008 (recurso de casación 2633/2005) y de 9 de abril de 2008 (recurso de casación 3329/2005).

b) Denegación de la revisión de precios por variaciones entre el momento de la adjudicación y la firma del contrato

La STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2008 (recurso de apelación 1005/2008), FD 2º, rechaza la pretensión del contratista que firmó un contrato para la ejecución de las obras del Proyecto Complementario por un determinado precio, sin realizar salvedad alguna y que con posterioridad a la terminación y abono de las obras, pretende que el precio fijado, conforme al que las obras le han sido valoradas, no fue correcto por cuanto que fue fijado sin tener en cuenta el precio del contrato inicial, una vez actualizado. El argumento que adopta la Sentencia es rotundo: el contrato se perfecciona por la adjudicación, pero la firma, aunque suponga sólo la formalización, implica que el contratista conocía y aceptaba las condiciones, lo que hizo sin reserva ninguna. Por tanto, al haber podido rechazar la firma y no aceptar las condiciones del contrato y no haberlo hecho, el contratista no puede pretender ser adjudicataria, pero en condiciones distintas de las contenidas y expresadas en el contrato.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Administración del Estado. Directores Generales. Nombramiento excepcional de no funcionarios. Requisitos. **2. Administración local.** A) Alteración de términos municipales. En un pleito histórico de casi quinientos años el Tribunal Supremo confirma el deslinde practicado en 1739 de términos municipales pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas. Los expedientes de deslinde son actos meramente “declarativos” de una situación preexistente, y los de alteración de términos municipales pretenden justamente modificar los términos municipales ya deslindados. B) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Los acuerdos municipales que constituyen meras voluntades políticas, en la medida en que sean opiniones, escapan al control de legalidad. C) Organización municipal. El alcalde es el órgano competente para acordar la recuperación de oficio de bienes municipales. No cabe confundir Corporación con Pleno. **3. Colegios Profesionales.** A) No existe un derecho de los ciudadanos a que los poderes públicos creen Colegios Profesionales. Creación constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir a un interés público. B) La potestad disciplinaria corresponde a los Colegios. El Consejo General sólo tiene dicha potestad si la infracción ha sido cometida por miembros de las Juntas de Gobierno o del propio Consejo General. **4. Federaciones Deportivas.** A) Federación Española de Fútbol. Alcance de la exención tributaria por tratarse de entidades sin ánimo de lucro. Los contratos publicitarios derivados de contrato de patrocinio así como la venta de artículos profesionales son actividades no exentas. B) Suspensión improcedente de la Orden que regula los procesos electorales de las federaciones deportivas españolas.

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. DIRECTORES GENERALES. NOMBRAMIENTO EXCEPCIONAL DE NO FUNCIONARIOS. REQUISITOS

La STS de 4 de junio de 2008, Sección Tercera, confirma y completa la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos necesarios para que pueda ser nombrado Director General una persona que no sea funcionario público, de conformidad con el artículo 18.2 de la Ley 6/1997 (LOFAGE).

En este caso la impugnación se dirigía contra el Real Decreto de nombramiento del Director General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (en el año 2006) e indirectamente contra el Real Decreto 1554/2004, de 25 de junio, que desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, cuya Disposición Adicional Quinta permite que el titular de aquella Dirección General no ostente la condición de funcionario “en atención a las características específicas de esta Dirección General. Da la circunstancia de que el Tribunal Supremo, en STS de 21 de marzo de 2002, ya había anulado el anterior Real Decreto 696/2000, de 12 de mayo, que desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria y Tecnología, en el particular en que permitía que la misma Dirección General fuera desempeñada excepcionalmente por un no funcionario “en atención a las características específicas” de ésta.

Reitera ahora el Tribunal Supremo que la LOFAGE introdujo, como garantía de objetividad al servicio de los intereses generales, el principio de profesionalización (funcionarización, en realidad) de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal, por debajo de los Ministros y Secretarios de Estado. El artículo 18.2 de dicha Ley permite excluir, por excepción, que una determinada Dirección General sea servida obligatoriamente por un funcionario de carrera de nivel superior, siempre que el nombrado reúna los requisitos de profesionalidad y experiencia en todo caso exigidos por esa norma. Pero la citada excepción: a) ha de venir contemplada, precisamente, en el Real Decreto que estructura del Departamento; b) ha de tener como causa las “características específicas” de las funciones atribuidas a la Dirección General. No siendo incondicionada la potestad discrecional del Gobierno para determinar en qué Direcciones Generales concurre este último requisito, la decisión exige que se aporte una justificación objetiva que permita comprender las razones por las cuales se contempla la excepción. Esta justificación suficiente y razonable no concurre en el presente caso, máxime cuando unos meses antes de aprobarse el Real Decreto 1554/2004, que establecía la excepción mencionada, el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, que estableció la estructura básica del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, previó que el puesto de Director General de la Sociedad de la Información fuera provisto por el sistema ordinario, entre funcionarios superiores. El cambio de criterio al respecto en el espacio de pocos meses no ha sido explicado de manera mínimamente aceptable. Por ello el Tribunal Supremo estima el recurso y anula el Real Decreto de nombramiento impugnado y la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 1554/2004.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Alteración de términos municipales. En un pleito histórico de casi quinientos años el Tribunal Supremo confirma el deslinde practicado en 1739 de términos municipales pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas. Los expedientes de deslinde son actos meramente “declarativos” de una situación preexistente, y los de alteración de términos municipales pretenden justamente modificar los términos municipales ya deslindados

La STS de 9 de abril de 2008, Ar. 170246, desestima, con imposición de costas, los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Trucíos y la Diputación Foral de Vizcaya contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005, que estima los recursos presentados por la Comunidad de Cantabria y por el Ayuntamiento de Guriezo contra la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas APU/326/2003, de 4 de febrero, por la que se aprueba el expediente de deslinde entre los términos municipales de Guriezo (Cantabria) y Trucíos-Turtzioz (Vizcaya-País Vasco). La Sentencia de la Audiencia Nacional anula la citada Orden Ministerial de 4 de febrero de 2003, por no ser conforme a Derecho, y establece los límites jurisdiccionales entre los términos municipales de Guriezo (Cantabria) y Trucíos-Turtzioz (Vizcaya-País Vasco) señalados en el deslinde de 6 de mayo de 1739. El Tribunal Supremo también inadmite por extemporáneo el recurso interpuesto por el Gobierno Vasco contra esta sentencia.

Como refleja la Sentencia, nos encontramos ante un pleito de carácter histórico sobre límites territoriales, pues continúa casi quinientos años después de que se produjeran las desavenencias entre los vecinos de los concejos de Mioño, Ontón, Otañes, Sámano y Santullán (esto es, de los integrantes de la antigua Junta de Sámano, en Cantabria), por un lado, y los del Valle de Trucíos en las Encartaciones de Vizcaya, por otro. La solución al litigio implica establecer asimismo la línea divisoria entre las referidas provincias y, en esa misma medida, entre las dos Comunidades Autónomas colindantes. Los hitos sobre los que se basó tanto la Orden de deslinde de 2003 como la Sentencia de la Audiencia Nacional que la anula, de 2005, se remontan a una Sentencia de 15 de marzo de 1532, ejecutada el 22 de mayo de 1552, al deslinde practicado en 1739 a consecuencia de una Real Cédula de Felipe V, y al deslinde asimismo practicado en 1852 por Real Orden de Isabel II. La riqueza documental de los archivos españoles ha permitido encontrar testimonios de la controversia desde 1518.

En síntesis, la Audiencia Nacional consideró que el deslinde de 2003 no era conforme a Derecho en la medida en que se atenía a las determinaciones del deslinde de 1852 (y, derivadamente, a las de la carta ejecutoria de la sentencia de 1531) cuando, por el contrario, debió respetar las prescripciones del deslinde de 1739 que, a su vez, se avenía con la fijación de límites territoriales corroborados en las “visitas de jurisdicción” de 1528, 1557, 1586, 1610, 1624, 1660, 1674 y 1722. Recomendamos, por su interés histórico, la lectura de la Sentencia. Dada su extensión nos limitaremos a comentar aquí las cuestiones de naturaleza jurídica más importantes.

Con carácter previo, debe tenerse en cuenta que para el Tribunal Supremo la Administración aplicó correctamente el Real Decreto 3426/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de deslinde de términos municipales pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas, dictado en desarrollo del artículo 50.3 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen local.

Tras reiterar los hechos probados, el Tribunal Supremo va dando respuesta a cada uno de los motivos de casación planteados. Así, los recurrentes alegan la infracción de la jurisprudencia establecida en las Sentencias de 4 de junio de 1941, 23 de junio de 1941 y 16 de mayo de 1959, ya que dicha jurisprudencia afirma la presunción de acierto de los informes emitidos en materia de deslinde por el Instituto Geográfico Nacional, presunción que la Sala de instancia no habría respetado. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el motivo, pues aquella jurisprudencia permite a los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo considerar desvirtuada la presunción de acierto de los tan citados informes cuando la apreciación de las pruebas practicadas o de otros elementos jurídicos relevantes para la decisión judicial así lo aconsejen. En el presente caso, la Sala de instancia ha motivado de modo exhaustivo las razones en cuya virtud consideraba que no debía aceptar el deslinde en los términos sugeridos por aquel informe. “No basta, pues, propugnar la eficacia general de una presunción *iuris tantum* cuando de lo que se trata es de valorar las pruebas mediante las cuales la Audiencia Nacional la ha considerado desvirtuada en este caso concreto”.

De igual manera, los recurrentes consideran vulnerada la doctrina constante en materia de deslindes municipales, aplicada en los dictámenes del Consejo Real de 23 de abril de 1852 (aprobado por Real Orden de 19 de mayo de 1852) y de 23 de junio de 1853 y del artículo 7 del Real Decreto de 15 de diciembre de 2000, y la jurisprudencia establecida, entre otras, en Sentencias de 26 de febrero de 1983, 10 de diciembre de 1984 y 6 de mayo de 1936. A su juicio, “dicha doctrina y jurisprudencia constantes han reconocido que los deslindes consignados en un documento público no pueden modificarse por un nuevo deslinde y que no pueden suscitarse cuestiones sobre límites jurisdiccionales de municipios limítrofes cuando aquéllos han sido fijados y reconocidos de común acuerdo entre los representantes de los municipios interesados. También se establece que hay que estar en primer término a lo que resulte de los deslindes anteriores consentidos por los Ayuntamientos interesados”. Para el Tribunal Supremo, la síntesis efectuada por los recurrentes de la jurisprudencia de esta Sala puede considerarse correcta y, de hecho, no difiere sustancialmente de la que el Tribunal de instancia recoge en el sexto fundamento jurídico de su sentencia. Pero a continuación afirma que “dicho Tribunal, precisamente porque trata de aplicarla, analiza con rigor y detalle cuál de los diferentes deslindes practicados sobre este territorio a lo largo de la historia puede reputarse ‘fijado y reconocido de común acuerdo’ por los Ayuntamientos enfrentados. El resultado de su análisis, inevitablemente ligado al examen y valoración de las diferentes pruebas y testimonios históricos que constan en las actuaciones, le conduce a optar por uno de aquellos deslindes y no por otro. En la medida en que tal juicio no constituye sino un resultado de la apreciación de la muy abundante prueba documental que consta en los autos, su revisión casacional exigiría que dicha apre-

VI. Organización Administrativa

ciación resultase arbitraria, irracional o manifiestamente errónea, no siendo suficiente que quien recurre se muestre en desacuerdo con ella. Es bien sabido que el control del Tribunal Supremo en casación, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, no permite en principio un nuevo análisis de la prueba practicada ni partir de hechos distintos de los que el Tribunal de instancia haya considerado probados.

Por último, el Tribunal Supremo distingue entre los expedientes de deslinde, que por su propia naturaleza son actos meramente “declarativos” de una situación preexistente, y los de alteración de términos municipales en los que se pretende justamente modificar los términos municipales ya deslindados, por motivos de interés público. Lo que ocurre es que sí hubo un deslinde jurisdiccional practicado el 6 de mayo de 1739, en cuya virtud se fijó la demarcación del territorio de Sámano conforme a la línea tradicional entonces existente.

B) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Los acuerdos municipales que constituyen meras voluntades políticas, en la medida en que sean opiniones, escapan al control de legalidad

La STS de 23 de abril de 2008, Ar. 2480, desestima, con imposición de costas, el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2003, que desestimaba el recurso interpuesto por ésta contra el Acuerdo de 15 de diciembre de 1999, del Ayuntamiento de Llodio, por el que se aprobaba una moción de los Grupos Municipales Euskal Herritarrok, PNV y EV dirigida a adherirse a la asamblea de electos y municipios –Udalbiltza–.

La Sentencia del TSJ del País Vasco justificó su decisión en que el acuerdo adoptado no era más que una manifestación de voluntad política semejante a las que de manera frecuente adoptan los órganos municipales, aun en asuntos de naturaleza extramunicipal, y que tales manifestaciones escapan al control de legalidad. Añadiendo que otra cuestión distinta se produciría si como prolongación o consecuencia de tales declaraciones de adhesión se acordara llevar a cabo actuaciones que excedieran de las competencias de las Corporaciones Locales. Tal podría ser el caso de participar como Corporación, por ejemplo aportando fondos municipales para la subvención de ciertas actividades de Udalbiltza o de la Asociación Udalbide Elkarlanean Elkartea. Según la Sala, nos encontramos, por tanto, en un supuesto de “expresión de una opinión en el ejercicio de cargo público cuya libertad garantiza la propia Constitución (artículos 20 y 23), resultando que en lo que pudiera entenderse parte dispositiva del acuerdo el Ayuntamiento no ejercita una potestad administrativa que no tenga atribuida, ni tan siquiera trata de ejercitar potestad administrativa alguna, sino que se limita a manifestar un ‘deseo’, por utilizar palabras de la STS de 18 de mayo de 1998, lo que determina que no pueda estimarse la pretensión anulatoria ejercitada por la demanda”.

El recurso de casación se basa en que el acuerdo municipal vincula a la Corporación, pues representa algo más que un simple deseo corporativo. Según la Administración del Estado nos encontramos ante un verdadero acto administrativo mediante el cual el Ayuntamiento de Llodio expresamente se adhiere a la existencia, objetivos y proyectos de Udalbiltza,

para unos objetivos políticos que exceden de los que legalmente están atribuidos a las Corporaciones Locales. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el motivo, pues, aun admitiendo que se esté más bien ante un acto corporativo en que se manifiesta la actuación de la Corporación Local de Llodio como tal, y no ante la simple expresión de la voluntad de los concejales individuales que votaron a favor de la adhesión a Udalbiltza, sin embargo hay que entender que “la parte dispositiva del acuerdo no es otra cosa que la simple adhesión o incorporación a una entidad asociativa irregular, al no haber cumplido aquélla el requisito que para la publicidad de sus actos, se exige en la legislación vasca de asociaciones y carente por ello de efectos prácticos, máxime cuando en el acuerdo municipal en cuestión no se contienen declaraciones susceptibles de producirlos en concreto, con el fin último de favorecer las finalidades puramente políticas que persigue el ente asociativo en cuyo favor se realiza la manifestación de adhesión e incorporación”.

Ahora bien, el Tribunal Supremo advierte que si estas declaraciones se vuelven a producir en un momento posterior y si se mueven fuera de los ámbitos legalmente marcados por el artículo 25 de la LBRL, podrán ser objeto de la correspondiente impugnación jurisdiccional. En definitiva, según la Sala Tercera, lo que se impugna es una actividad municipal carente de efectos prácticos directos, que “esencialmente se limita a expresar una opinión política como manifestación de la voluntad concorde de los miembros de la Corporación, y, por tanto de los vecinos representados, en el ejercicio del derecho de participación y libertad de pensamiento de los artículos 23.1 y 20.1.a) de la Constitución, carente del contenido administrativo mínimo que la haría residenciable ante esta Jurisdicción. Todo ello en línea con la jurisprudencia de este Tribunal manifestada en las Sentencias de 18 de mayo de 1998 y 24 de marzo de 1999”.

C) Organización municipal. El alcalde es el órgano competente para acordar la recuperación de oficio de bienes municipales. No cabe confundir Corporación con Pleno

En su STS de 2 de abril de 2008, Ar. 1618, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2003, en un asunto relativo a la recuperación de bienes municipales de dominio público. La controversia se suscitaba en torno a la controversia del órgano competente para adoptar una resolución de recuperación de oficio de una porción de la vía pública.

Los recurrentes alegan la infracción de los artículos 70 y 71 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, en relación con los artículos 21 y 22 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, pues consideran que el Alcalde no es el órgano competente para acordar la recuperación de oficio, sino que lo es el Pleno de la Corporación. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que, cuando el artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales exige para ello acuerdo previo de la Corporación, lo que quiere decir es –insistimos– que se exige acuerdo de la Corporación y no del Pleno, pues no pueden asimilarse los conceptos de Corporación y Pleno.

En palabras del Tribunal Supremo,

“la Corporación es la entidad pública, y así se deduce del artículo 22.2.j) de la Ley de Bases de Régimen Local, cuando dice que corresponderá al Pleno ‘la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria’, distinguiendo la persona jurídica (la Corporación), y el órgano (el Pleno). Por ello, cuando el Reglamento de Bienes exige ‘acuerdo previo de la Corporación’ no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la Corporación, para lo cual hay que acudir a los artículos 21 y 22 de la LBRL, en el primero de los cuales se atribuyen al Alcalde ‘aquellas competencias que la legislación del Estado (...) asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales’, [artículo 21.1.s)]. Éste es el título de atribución a los Alcaldes de la competencia para ordenar la recuperación de oficio de bienes en vía administrativa, y no el del artículo 21.1.k) (‘el ejercicio de acciones judiciales y administrativas’); el ejercicio de una acción administrativa es cosa distinta a la recuperación de oficio, pues alude necesariamente a la comparecencia ante otras Administraciones en defensa de intereses municipales, sin lo cual no puede decirse que haya ‘ejercicio de acción administrativa’, lo que es distinto al puro ejercicio de potestades municipales (v. g., tributaria, de disciplina urbanística, de seguridad vial, expropiatoria, etc.); en todos estos supuestos existe ejercicio de competencias administrativas pero no ejercicio de acciones administrativas”.

3. COLEGIOS PROFESIONALES

A) No existe un derecho de los ciudadanos a que los poderes públicos creen Colegios Profesionales. Creación constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir a un interés público

La STS de 11 de abril de 2008, Ar. 1457, estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón, desestimando el recurso contencioso-administrativo de la Asociación de Ingenieros en Informática de Aragón contra la Orden de 17 de julio de 2000, que denegaba la solicitud de creación del Colegio Profesional de Ingenieros en esta Comunidad.

La sentencia del TSJ estimaba que la creciente importancia de la informática en la sociedad actual es palpable puesto que se trata de una ciencia en continuo avance y progreso en torno a la cual se mueve una compleja actividad industrial, comercial y social que está creando problemas de todo tipo. Puesto que se ha obtenido el reconocimiento académico oficial con la creación de los títulos de Ingeniero en Informática e Ingeniero Técnico Informático, en opinión de este Tribunal estaba justificado la creación de un Colegio Profesional como organización eficaz para la consecución de determinados fines de indudable interés público (además de los estrictamente privados) puesto que existe ya en diversas Comunidades Autónomas este Colegio Oficial (Murcia, País Vasco, Valencia, Asturias, Cataluña y Castilla-La Mancha).

La postura adoptada por la Dirección General de Aragón al desestimar su creación, y también en el propio recurso de casación, se basaba en que “la actividad informática ha venido y viene siendo ejercida por profesionales de variada titulación o sin ella, por lo que aventurarse en la creación del Colegio Profesional de Ingenieros en Informática adscribiendo

como exclusivas de este colectivo las funciones que ellos pretenden, sólo respondería a criterios corporativistas y perjudicaría seriamente los intereses de miles de personas, no siendo siquiera admitido por el propio mercado laboral, que fomentaría la desobediencia civil a este respecto”. Para el TSJ, sin embargo, la creación del Colegio solicitado en modo alguno supone la atribución de determinadas funciones con carácter exclusivo, por lo que la constitución del Colegio Profesional no supondría ninguna limitación.

El TS recuerda que los Colegios Profesionales constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión —que constituye un servicio al común— se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante. Como los Colegios Profesionales tienen delegadas por la Ley funciones públicas, los Estatutos del Colegio constituyen una norma de organización ajena a la libertad de asociación del artículo 22 de la CE, “por lo que no existe un derecho de los ciudadanos a crear o a que los poderes públicos creen Colegios Profesionales” (STC 194/1998). Esta misma sentencia del TC establece que al crear Colegios Profesionales “el legislador, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (artículo 22) como el de libre elección profesional y de oficio (artículo 35) y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público” (FJ 5º). Y es que la exigencia de adscripción forzosa a un Colegio Profesional supone la limitación al principio general de libertad, al libre ejercicio de la profesión y una excepción a la regla general de libertad negativa de asociación. El TS considera no procedente la creación del Colegio Profesional en Aragón puesto que el artículo 11 de su Ley de Colegios Profesionales establece que “únicamente podrá crearse un nuevo Colegio Profesional respecto a aquellas profesiones para cuyo ejercicio se exija estar en posesión de un título académico oficial, y a aquellas actividades profesionales cuyo ejercicio esté condicionado a la posesión de un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio”. Sin embargo, la profesión y la actividad profesional de la informática no han estado vinculadas a un título oficial, puesto que el título de Ingeniero en Informática es de reciente creación, muy posterior al inicio y al desarrollo de la informática, actividad que ha venido siendo desempeñada por otros profesionales con titulación o sin ella. Respecto a la apreciación del interés público concurrente en la creación del Colegio, entre los profesionales informáticos sólo existen, en la Universidad de Zaragoza, dos promociones con el título de Ingeniero en Informática, por lo que existe otro colectivo mucho más numeroso dedicado a la misma actividad desde su inicio que quedaría fuera de la posibilidad de integración en el citado Colegio, lo cual llevaría consigo el perjuicio irreparable para dicho colectivo. El hecho de que otras Comunidades hayan creado el Colegio Profesional de Ingenieros en Informática no vincula a Aragón, sin que ello tenga un significado ni en sentido positivo ni negativo, pues cada Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación vigente, puede adoptar las medidas que considere convenientes.

VI. Organización Administrativa

B) La potestad disciplinaria corresponde a los Colegios. El Consejo General sólo tiene dicha potestad si la infracción ha sido cometida por miembros de las Juntas de Gobierno o del propio Consejo General

La STS de 13 de febrero de 2008, Ar. 1830, desestima el recurso interpuesto por diversos Colegios de Médicos de España contra el Real Decreto 757/2006, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Los recurrentes suplican a la Sala que se declare la nulidad de determinados preceptos del Real Decreto entre ellos la nulidad del artículo 2.3.f). Aducen que el Consejo no puede ejercer potestad disciplinaria sobre los Colegios y menos aun sobre los miembros de los Consejos Autonómicos. Puesto que no es el Consejo General sino estos últimos quienes tienen potestades disciplinarias sobre los Colegios. En su apoyo cita la STS de 25 de febrero de 2002, Ar. 10973 y la de 4 de febrero de 2004, Ar. 2194.

El TS estima que el precepto cuestionado es coincidente con el del texto primigenio y, por lo tanto, conforme a Derecho. Las sentencias alegadas por los recurrentes afirman que “la propia Ley estatal reconoce que no existe causa alguna para atribuir esta facultad –disciplinaria– al Consejo General, excepto cuando la infracción ha sido cometida por miembros de las Juntas de Gobierno o del propio Consejo General”. Tal aserto no choca con el precepto cuestionado, pues, no establece una función disciplinaria amplia del Consejo General respecto de los Consejos Autonómicos y de los Colegios provinciales, mediante el inciso “en todo caso” sino que lo limita a “en su caso”; es decir, la competencia reside en el Consejo General exclusivamente cuando proceda. Si el Consejo General en lugar de limitarse a actuar en actuaciones que afecten a su ámbito interno, invadiera ámbitos respecto de los que carece de la titularidad de la potestad disciplinaria, será entonces el acto aplicativo el impugnabile, mas no puede cuestionarse la legalidad del precepto en abstracto.

4. FEDERACIONES DEPORTIVAS

A) Federación Española de Fútbol. Alcance de la exención tributaria por tratarse de entidades sin ánimo de lucro. Los contratos publicitarios derivados de contrato de patrocinio así como la venta de artículos profesionales son actividades no exentas

La STS de 19 de febrero de 2008, Ar. 1242, resuelve el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, de 28 de febrero de 2002, en materia del impuesto sobre sociedades. La sentencia de instancia desestimaba el recurso interpuesto por la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) contra la Resolución del TEAC de 18 de noviembre de 1998.

El TEAC denegaba la exención solicitada de las siguientes actividades en relación con el impuesto de sociedades (explotación publicitaria, nombre, logotipo, imagen e instalaciones de la RFEF así como venta de artículos deportivos promocionales, ingresos publicitarios derivados de la cesión del derecho a la explotación estática). El TS considera que la exención que en este proceso se solicita, exige una prueba determinante de que la actividad económica para la que se solicita la exención tiene un objeto y finalidad coincidente con

el de la fundación (coincidencia esencial, básica y fundamental de objeto, o, en su caso, de fines aunque no se requiera identidad absoluta). Sólo cuando el objeto y el fin llevados a cabo por la actividad económica y la “entidad interesada” sean coincidentes se podrá dar lugar a la exención. Es decir, los fines de la “entidad interesada” han de incrustarse en los de la actividad económica para la que se pretende la exención. Desde estos parámetros, estima improcedente la exención solicitada fundamentalmente, porque la coincidencia de fines a que se refiere el artículo 42.1.a) de la Ley entre los de la entidad y los de la actividad económica, para la que se pretende la exención, no se produce en la entidad demandante, en los términos que la interpretación conjunta de los preceptos citados exige. El artículo 4 de los Estatutos Federativos establece como actividad propia de la RFEF el gobierno, administración, gestión, organización y reglamentación del fútbol. En su virtud, es propio de ella: a) ejercer la potestad de ordenanza; b) controlar las competiciones oficiales de ámbito estatal, sin perjuicio de las competiciones propias de la Liga Nacional de Fútbol Profesional; c) ostentar la representación de la FIFA y de UEFA en España, así como la de España en las actividades y competiciones de carácter internacional celebradas dentro y fuera del territorio del Estado. A tal efecto es competencia de la RFEF la selección de los futbolistas que hayan de integrar cualesquiera de los equipos nacionales; d) autorizar la venta o cesión, fuera del territorio nacional, de los derechos de transmisión televisada de las competiciones oficiales de carácter profesional y, asimismo, cualesquiera otras de ámbito estatal; e) formar, titular y calificar a los árbitros y entrenadores en el ámbito de sus competencias; f) velar por el cumplimiento de las disposiciones por las que se rige; g) tutelar, controlar y supervisar a sus asociados, funciones que serán extensivas, excepto tratándose de clubes adscritos a la Liga nacional de Fútbol Profesional, a la actividad económica de los mismos; h) promover y organizar las actividades deportivas dirigidas al público; k) en general, cuantas actividades no se opongan, menoscaben o destruyan su objeto social”. El artículo 5 de los Estatutos Federativos recoge las funciones ejercidas por delegación. Es evidente que los fines de las actividades económicas para las que se solicita la exención nada tienen que ver con los fines explícitos que en el punto esencial de la controversia los Estatutos de la Federación establecen. Es decir, no basta con que una actividad económica incida en el campo del deporte, es necesario que la actividad económica despliegue su efecto en términos básicamente coincidentes con los que constituyen el “ser” y el “objeto” y el “fin” de la Federación en el punto controvertido, lo que evidentemente no es el caso. Es evidente que los fines de interés general tienen que ocupar un lugar esencial, básico y fundamental en la actividad económica que se pretende declarar exenta. Y para que no pueda existir duda sobre ello los fines de interés general de la actividad económica han de ser claros, patentes e inmediatos no bastando la mera coincidencia de la actividad con los que en el artículo 42.1.a) de la Ley se mencionan como tales.

B) Suspensión improcedente de la Orden que regula los procesos electorales de las federaciones deportivas españolas

La SAN de 28 de febrero de 2008, Ar. 79963, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre de 2007, por la

VI. Organización Administrativa

que se regulan los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas, introduciendo determinadas novedades respecto de la regulación que ya se contenía en la Orden anterior (ECD/452/2004, de 12 de febrero). En el otrosí del escrito de interposición, se solicitaba la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la Orden y, subsidiariamente, la suspensión únicamente respecto de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF).

La RFEF considera que de no estimarse la suspensión cautelar solicitada se produciría un perjuicio irreparable, y el recurso perdería su finalidad, dado que la finalidad que este persigue es celebrar el proceso electoral de la RFEF, conforme a su propia normativa interna y sin injerencias de la Administración Pública. A su juicio de celebrarse las elecciones a la Presidencia y Asamblea General de RFEF conforme a lo dispuesto en la Orden Ministerial impugnada, la eventual sentencia estimatoria que se dictase declarando no conforme a derecho dicha Orden, haría perder al recurso su finalidad legítima pues las elecciones ya se habrían celebrado. La Orden impugnada obliga en su artículo 2.3 a que los procesos electorales se inicien en el primer trimestre del presente Año Olímpico, esto es, antes del 31 de marzo de 2008, y el artículo 4.2 de ésta obliga a que las Federaciones presenten antes del 29 de febrero de 2008 a la Administración, para su ulterior aprobación por ésta, su Reglamento electoral. De no suspenderse cautelarmente tales previsiones, la posterior sentencia estimatoria que considerase tales previsiones no ajustadas a derecho no habría impedido que se celebrase el proceso electoral y se cumpliese con la obligación de presentar el reglamento electoral antes de dictar sentencia, por lo que dichos comicios se habrían celebrado en base a una disposición ilegal que tacharía de ilegítimos dichos comicios. Frente a ello considera que la Federación tiene derecho a celebrar sus procesos electorales conforme a su propia normativa electoral, como cualquier asociación privada sin injerencias de ningún tipo de la Administración incidiendo en la potestad de autoorganización de una asociación privada como es la RFEF. Por lo que, a su juicio, procede la suspensión de la citada Orden Ministerial al menos respecto de la Federación Española de Fútbol.

La AN considera a este respecto que, tal y como establece la conocida doctrina del TS (en Autos de 18 de julio y 10 de octubre de 2007, por citar de los más recientes), la suspensión de la ejecución de una disposición general ya supone un grave perjuicio del interés público. Además, la doctrina del *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación “lo que significa que en general sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito”. La AN desestima la medida cautelar solicitada pues, frente al interés general representado por la propia naturaleza de disposición general de la Orden impugnada, que regula los procesos electorales no sólo para la recurrente, sino para todas las federaciones deportivas españolas, de lo que derivan numerosos perjuicios con múl-

tiples afectados por la suspensión, los intereses particulares alegados por el demandante son puramente individuales.

JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Potestad sancionadora. A) Su ejercicio viene impuesto a la Administración por imperativo legal. B) Los principios que rigen las relaciones entre las Administraciones públicas no impiden que una Administración sancione a otra. **2. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.** A) Ordenanzas municipales: flexibilidad, pero no exclusión, de la reserva de ley. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) No procede cuando la sanción ya ha sido plenamente ejecutada, ni siquiera por medio de la revisión de oficio si la sanción fue confirmada jurisdiccionalmente. **4. Antijuridicidad.** A) Conducta sancionada cuando era antijurídica que se anula por desaparecer posteriormente la antijuridicidad. B) Estado de necesidad: requisitos. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Culpabilidad de una Administración que deriva de las competencias legalmente atribuidas. B) Extensión del deber de vigilancia de los administradores de una sociedad. C) Exclusión por confianza legítima. Requisitos para apreciar su existencia. D) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad. E) Error de derecho que, aunque vencible, atenúa la culpabilidad. **6. Sujetos responsables.** A) La responsabilidad subsidiaria de los administradores por sanciones tributarias. B) Garantías de defensa del responsable subsidiario del pago de sanciones. **7. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Concurso de normas: se admite la aplicación de la norma más beneficiosa para el imputado, aunque no sea ni la norma especial ni la posterior. B) Conductas relacionadas que no constituyen un concurso medial de infracciones. C) Infracción continuada. D) Hechos distintos que no permiten la aplicación del criterio de la subsunción. **8. Competencia territorial sancionadora.** A) Competencia sancionadora de los colegios profesionales: ámbito de repercusión de la infracción. **9. Competencia sancionadora.** A) El órgano competente para la imposición de una sanción debe estar predeterminado normativamente. B) La sanción impuesta por el superior del órgano competente no está viciada de incompetencia manifiesta. C) No afecta a la imparcialidad del órgano sancionador el obtener ingresos con las sanciones que impone. **10. Procedimiento**

administrativo sancionador. A) Derecho a ser informado de la acusación: lo vulnera la notificación edictal si fue posible la personal. B) Derecho a ser informado de la acusación durante las actuaciones preliminares. C) Derecho a la asistencia jurídica en el procedimiento disciplinario penitenciario. D) Irrelevancia de los posibles defectos de la denuncia. E) El denunciante carece de legitimación para solicitar judicialmente una mayor sanción. **11. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.** A) Prueba preconstituida: hechos declarados probados en un proceso civil. B) No dar traslado al imputado de copia de algunas de las pruebas reunidas en su contra no produce indefensión si tuvo conocimiento de su existencia y acceso a ellas mediante examen directo del expediente. C) Distribución de la carga de la prueba en las infracciones imputadas a los administradores de una sociedad. D) No hay una equivalencia entre la insuficiencia de prueba de un hecho y la suficiencia de prueba del hecho contrario. E) Valor probatorio de las actas de inspección y otros documentos administrativos. F) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos.

12. La resolución del procedimiento sancionador. A) Exigencias de motivación derivadas del principio de legalidad: expresar el precepto con rango de Ley en que se basa la sanción. **13. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) Una modificación normativa que amplía el plazo de caducidad es aplicable a un procedimiento sancionador en trámite. B) *Dies ad quem* del cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento en caso de notificaciones frustradas. C) No basta el simple transcurso del tiempo. D) En el plazo de duración máxima del procedimiento sancionador no se incluye la dedicada a la información previa que, además, no está sujeta a caducidad. E) *Dies ad quem* del cómputo del plazo. Regla general: el día de la notificación de la resolución. F) Se admite la ampliación del plazo para resolver de conformidad con el artículo 49.1 de la LAP, pero se exige su motivación.

14. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones. A) Aunque los hechos sean los mismos, la extensión de la sanción debe ser diferente en función del grado de responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes. **15. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) La prescripción de las infracciones tributarias: la interrumpe la iniciación de un procedimiento de comprobación e inspección. **16. Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.** A) Derecho a ser reembolsado del coste de la garantía aporta-

da para suspender la ejecución. **17. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.**

- A) Anulación de reglamentos sancionadores: no comportan la invalidez de las sanciones plenamente ejecutadas (artículo 73 LJCA). B) La imposibilidad de ejecutar una sanción no implica que no pueda ser recurrida por el sancionado. C) Anulación de una sanción por no aplicar la Administración el tipo que la sentencia considera correcto, sin que se retrotraigan las actuaciones o se imponga judicialmente la sanción correspondiente. D) El juez puede apreciar de oficio la inexistencia de las circunstancias agravantes, aunque la demanda no se refiera expresamente a ello.

1. POTESTAD SANCIONADORA

A) Su ejercicio viene impuesto a la Administración por imperativo legal

La STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2007, Ar. 295: “una vez apreciadas (situaciones que puedan ser sancionables) por la Administración actuante, el ejercicio de la potestad sancionadora no es discrecional para ella, no queda a su arbitrio sancionar o no, sino que ha de hacerlo por imperativo legal”.

B) Los principios que rigen las relaciones entre las Administraciones públicas no impiden que una Administración sancione a otra

El Ayuntamiento de Torrevieja es sancionado por la Ministra de Medio Ambiente con multa de 138 millones de pesetas como autor de la infracción muy grave de la Ley de Costas, consistente en la realización de obras en el dominio público marítimo-terrestre sin el correspondiente título administrativo (en concreto, por realizar obras de urbanización en su paseo marítimo). A su alegación de que no resultan constitucionalmente posibles las relaciones interadministrativas de carácter sancionador, la **STS de 7 de noviembre de 2007**, Sección Quinta, Ar. 1420 de 2008, declara que

“si la conducta municipal constituye una infracción administrativa no existe obstáculo constitucional alguno para el ejercicio de la potestad sancionadora por el órgano estatal o autonómico que la tenga atribuida, sin que el principio de autonomía local pueda impedir la tramitación del procedimiento sancionador en el que se resuelva sobre el incumplimiento imputado. Dicho de otra forma, los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento sancionador, no experimentan ninguna variación por el hecho de que el presunto responsable sea una Administración, ni ello determina que los principios que rigen las relaciones interadministrativas para garantizar la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas, deban ser observados en el procedimiento sancionador, por ir referidos a una relación distinta”.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Ordenanzas municipales: flexibilidad, pero no exclusión, de la reserva de ley

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de octubre de 2007, Ar. 121 de 2008, resuelve el recurso presentado contra el Reglamento Municipal del Servicio Urbano de Transporte de Vehículos turismo con aparato taxímetro del Ayuntamiento de Segovia. Parte de recordar la doctrina constitucional relativa a la relación entre ordenanzas municipales sancionadoras y reserva de ley. De este modo, la sentencia repite que “la exigencia de Ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por Ley de competencias a los Municipios (...) no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia (...). La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador”.

Con estos presupuestos, la sentencia analiza, con distinta suerte, si los tipos previstos en la Ordenanza tienen cobertura legal suficiente en la Ley 15/2002, de transporte urbano y metropolitano de Castilla y León. Así, por ejemplo, la sentencia anula las infracciones consistentes en “la comisión de delitos penales con ocasión del ejercicio de la profesión o la utilización por parte del titular de la licencia del vehículo afecto al mismo para dicha comisión” y en “negarse a prestar auxilio a heridos o accidentados”. La sentencia, aun aceptando la reprochabilidad de estas conductas, considera que “podrán determinar otras consecuencias, como la revocación de las licencias u otros reproches penales, pero no encuentra cobertura legal alguna en la tipificación de infracciones como leves, graves o muy graves establecidas en los artículos 40, 41 y 42 de la Ley 15/2002”.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) No procede cuando la sanción ya ha sido plenamente ejecutada, ni siquiera por medio de la revisión de oficio si la sanción fue confirmada jurisdiccionalmente

Se ocupa de ello la STS de 17 de diciembre de 2007, Sección Séptima, Ar. 496 de 2008. Es necesario dar una idea cabal de los hechos: en 1993, un policía fue condenado a prisión menor, multa y a seis años y un día de inhabilitación absoluta por delito relativo a la prostitución (financiaba un negocio de prostitución) tipificado en el artículo 452 bis.d) del anterior CP; en 1995, el Ministerio del Interior le impuso la sanción de separación del servicio por la falta muy grave consistente en “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”, y contra esta resolución interpuso recurso que fue desestimado por una SAN de 1997, confirmada, a su vez, por STS de 2001; entretanto, en 1996, la Audiencia de Barcelona acordó

VII. Derecho Administrativo Sancionador

dejar sin efecto la parte de pena pendiente de ejecutar pues el nuevo Código Penal de 1995 destipificaba la conducta por la que el policía había sido condenado.

Con esta base, el policía solicitó al Ministerio del Interior que quedara sin efecto la sanción administrativa de separación del servicio como consecuencia de la despenalización del delito. Sin embargo, el Ministerio del Interior, ya en 1997, rechazó la petición porque “la revisión de la sentencia afecta únicamente a la pena pendiente de cumplimiento, esto es, a la inhabilitación absoluta, y no comporta que se dejen sin efecto las sanciones impuestas en vía disciplinaria pues éstas no derivan de aquella pena de inhabilitación revisada por la Audiencia sino del hecho de haber incurrido el sancionado en conductas que estaban tipificadas como delito doloso”. Contra esta decisión ministerial no recurrió el policía. Pero tiempo después, en 2002, pide la revisión de oficio (artículo 102 LAP) de la sanción de separación del servicio dictada en 1995. El Consejo de Ministros inadmite a trámite la revisión de oficio y contra ello se interpone el recurso que desestima la STS reseñada. Hay en la sentencia dos líneas argumentales:

– De un lado, se mantiene que no cabe la revisión de oficio de actos que hayan sido confirmados por los jueces:

“(…) pues aunque la acción de nulidad regulada en el artículo 102 de la Ley 30/1992 no está sujeta a plazo, su ejercicio no resulta viable cuando el acto administrativo cuya nulidad se propugna ha sido ya enjuiciado en vía contencioso-administrativa y ha recaído con relación al mismo un pronunciamiento jurisdiccional desestimatorio de la impugnación. Dicho de otro modo, el efecto de cosa juzgada derivado de la Sentencia de esta Sala de (...) 2001 que desestimó el recurso de casación contra la (...) SAN de (...) 1997, impide que puedan formularse ahora, por el cauce del artículo 102 de la Ley 30/1992, nuevos argumentos de impugnación referidos a la resolución sancionadora de (...) 1995”.

En principio, parece correcto que el acto confirmado por la jurisdicción contencioso-administrativa no pueda ser después objeto de una acción de nulidad del artículo 102 LAP. Pero es más discutible que sea así si lo que se arguyen en esta vía posterior son vicios no alegados inicialmente en el recurso contencioso-administrativo y sobre los que no se pronunció la sentencia; máxime si, como sucede en el caso, los vicios se pusieron de manifiesto después de interponer los recursos. Quizá esto sea llevar el efecto de cosa juzgada material más allá de lo realmente decidido en la sentencia.

– De otro lado, el segundo argumento consiste en considerar que la sanción administrativa de separación de servicio estaba ya plenamente ejecutada y en que, cuando esto sucede, ya no hay forma de aplicar retroactivamente la norma punitiva más favorable. Así lo deduce de diversas SSTs de la Sala de lo Penal según las cuales “la pérdida de empleo y separación del servicio, de naturaleza permanente, una vez impuesta y cumplimentados los trámites correspondientes (...) han de entenderse definitivamente ejecutadas y, por lo tanto, no son susceptibles de rectificación por aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (...)”. Y lo corrobora con la jurisprudencia administrativa de la que deduce que la aplicación retroactiva de la norma favorable sólo cabe cuando la sanción no haya sido ejecutada y, en concreto, cuando se impugna precisamente la resolución sancionadora, no mediante una revisión de

oficio de una resolución sancionadora firme y confirmada. Refuerza estos argumentos con una aplicación analógica del artículo 73 LJCA que, en caso de anulación de disposiciones generales, sólo admite que afecte a las sanciones “aún no ejecutadas completamente”. Pese a todo, también estos fundamentos son cuestionables, sobre todo porque es muy discutible que una sanción de separación del servicio pueda considerarse plenamente ejecutada por el hecho de que ya quedaron “cumplimentados los trámites correspondientes”. Lo relevante es que los efectos de la sanción se siguen produciendo cuando ya hay una norma punitiva más favorable. Quizá merezca un juicio favorable el que la sentencia pretenda impedir que vuelva a ser policía quien ha realizado actos tan indignos. Pero lo cierto es que el Código Penal los despenalizó y, ante ello, resulta chocante que se mantenga la separación del servicio por comisión de delito doloso cuando ya la acción había dejado de ser delito.

4. ANTIJURIDICIDAD

A) Conducta sancionada cuando era antijurídica que se anula por desaparecer posteriormente la antijuridicidad

– Se sanciona a un particular por la utilización de un volumen de agua para riego superior al autorizado. Sin embargo, con posterioridad se anuló la resolución administrativa que había fijado el aprovechamiento de aguas privadas y se elevó el volumen por encima de la cuantía que había originado la sanción. Al respecto, la **STS de 23 de mayo de 2007**, Sección Quinta, Ar. 8357, entiende que “la aparente antijuridicidad de la utilización de un volumen de agua superior al reconocido en la Resolución de 6 de agosto de 1998, pero inferior al que debió reconocer, ha desaparecido, privando de sustento, consecuentemente, a la resolución sancionadora impugnada en este recurso contencioso-administrativo”. Y añade: “Que aquella resolución de 1998 fuera ejecutiva (...) no es más que un efecto derivado de su presunción de legalidad; pero desvirtuada ésta, no cabe ya seguir afirmando la antijuridicidad de la conducta, ni mantener la consecuente reacción sancionadora”.

– En la misma línea, aunque relacionando esto con la retroactividad de la norma sancionadora más favorable, la **STS de 12 de febrero de 2008**, Sección Quinta, Ar. 1360. En el caso de autos, un ciudadano rumano había sido sancionado con la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada durante tres años por la infracción tipificada en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, consistente en encontrarse en España careciendo de documentación válida para legitimar su permanencia en territorio nacional. Según la Sala, “habida cuenta que esa conducta ha dejado de ser desvalorada jurídicamente desde el momento que el país del que el actor es nacional ha ingresado en la Unión Europea, procede (...) (la) anulación de la sanción impuesta”. En concreto, explica la sentencia que “por obra de la evolución sobrevenida del Ordenamiento Jurídico, la específica conducta por la que el actor fue en su día castigado ha dejado de estar tipificada como infracción administrativa para él y para los ciudadanos de su misma nacionalidad (debido al ingreso de Rumanía en la UE), por lo que carece de sentido mantener una sanción referida a una conducta que ha dejado de merecer un juicio de desvalor para el legislador”. En idéntico sentido y respecto a ciudadanos no sólo rumanos sino también búlgaros se pronuncian las **SSTS de 13 de febrero y 6 de marzo de 2008**, Sección Quinta, Ar. 1362 y 1376.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) Estado de necesidad: requisitos

Un Ayuntamiento es sancionado por realizar obras en el dominio público marítimo-terrestre sin autorización. Alega como causa de justificación el estado de necesidad que sufrió pues “se vio obligado a tal actuación ante la tardanza estatal en la expedición de la autorización solicitada, sin haber causado daños al dominio público y ante el temor de perder la subvención obtenida a tal fin de la Comunidad Autónoma (...) y con la finalidad de proteger la costa”. Sin embargo, para la STS de 7 de noviembre de 2007, Sección Quinta, Ar. 1420 de 2008, es evidente que no concurren los requisitos exigidos por esta causa de justificación, “ya que, entre otros extremos, no admite comparación alguna la ‘obligada’ realización de obras no autorizadas –por muchas subvenciones que a tal fin se hubieran obtenido–, frente a la protección del dominio público”. Es decir, los bienes jurídicos supuestamente en conflicto (necesidad inminente de realizar las obras no autorizadas para aprovechar las subvenciones otorgadas a tal efecto y protección del dominio marítimo-terrestre) en absoluto son merecedores de una protección similar.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Culpabilidad de una Administración que deriva de las competencias legalmente atribuidas

El Ministerio de Medio Ambiente sanciona al ayuntamiento de Alcázar de San Juan por realizar vertidos de aguas residuales. El Ayuntamiento alega que no hay falta de diligencia pues esos vertidos tienen su origen en la inexistencia de una depuradora, cuya tercera fase debía haber ejecutado el propio Ministerio de Medio Ambiente, y que, en cualquier caso, los vertidos se realizaron en terrenos baldíos que no permitían la penetración en el subsuelo. A juicio de la STS de 31 de octubre de 2007, Sección Quinta, Ar. 8471, la diferencia con la Administración estatal en orden a la financiación de la obra de la depuradora y la realización de obras provisionales para realizar los vertidos no alteran la actuación tipificada como infracción, pues el vertido “se ha cometido a sabiendas de la ilicitud de la conducta que, sin embargo, el Ayuntamiento consideró preferible al cumplimiento de sus obligaciones legales”, derivadas de la LRBRL (recogida y tratamiento de residuos, y tratamiento de aguas residuales).

B) Extensión del deber de vigilancia de los administradores de una sociedad

El Sr. José, vocal del Consejo de Administración de la caja de ahorros Cajasur, fue sancionado con multa de 15.000 euros por la comisión de una infracción en materia de disciplina bancaria y de entidades de crédito. Frente a dicha sanción, se interpone recurso contencioso-administrativo alegando, entre otras cuestiones, la falta de culpabilidad, pues se le estaría exigiendo una diligencia que excede a la que le correspondía como mero vocal del Consejo de Administración, haciéndole responsable de hechos ajenos y de operaciones contables realizadas por terceros, que en modo alguno pudo advertir.

Frente a estas alegaciones, la SAN de 17 de enero de 2008, Sección Sexta, Ar. 6, parte de reconocer que “tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de

garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente”. Sobre esta base, la sentencia estima que concurre la culpabilidad del sancionado, en tanto que miembro del Consejo de Administración de la entidad, pues éstos “son responsables, salvo que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley, por las decisiones que puedan vulnerar la Ley”.

C) Exclusión por confianza legítima. Requisitos para apreciar su existencia

Repsol Butano, sancionada por abuso de posición dominante, alega que se vulneró su confianza legítima porque el mismo TDC había archivado antes un expediente sobre los mismos hechos. La **STS de 26 de diciembre de 2007**, Sección Tercera, Ar. 370 de 2008, rechaza el argumento porque realmente el expediente que se archivó no tenía por objeto unas conductas iguales a las ahora sancionadas. Pero, además de ello y con más interés general, se lee que la admisión de la confianza legítima exige que “la Administración haya dado al particular garantías concretas que fundadamente le hacen concebir esperanzas (...)” y “debe basarse en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes”. Pero en este caso “no existen esas garantías concretas o esos signos externos suficientemente concluyentes producidos por la Administración. No existe ninguna autorización de la Administración concreta o recomendación expresa por parte de la Administración para la realización de la conducta sancionada, sino únicamente el precedente de una resolución administrativa dictada en un procedimiento sancionador distinto al que ahora nos ocupa (y) que llega a conclusiones diferentes”.

D) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad

Se había impuesto una sanción tributaria a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, por no haberse dado de alta en el epígrafe del IAE correspondiente a sus actividades como “agente de entidad de crédito” respecto a Deutsche Bank, SAE. La entidad sancionada alegaba como justificación que entendía que tales actividades se encontraban incluidas en la Cuota Nacional que ya venía satisfaciendo como consecuencia de su asimilación (equivocada) a los giros postales. La **STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2007**, Ar. 297 de 2008, considera que tales circunstancias “evidencian la inexistencia de mala fe u ocultamiento de datos o información con el fin de eludir el pago de los correspondientes derechos tributarios y ponen de manifiesto, asimismo, que nos encontramos ante un supuesto problemático en su interpretación (...) lo que impide estimar la concurrencia del necesario elemento de culpabilidad y excluye toda responsabilidad en el ámbito sancionador”.

E) Error de derecho que, aunque vencible, atenúa la culpabilidad

La empresa Medycsa fue sancionada como autora de una infracción muy grave en materia de protección de datos, consistente en la cesión de datos personales fuera de los casos previstos por la Ley. En los hechos, Medycsa, que había contratado con el Ministerio de Defensa la prestación de sus servicios como Servicio de Prevención Ajeno de Riesgos

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Laborales, realizó un reconocimiento psicológico a uno de los trabajadores civiles del Ministerio, entregando posteriormente el informe psicológico íntegro a los profesionales médicos del mismo Ministerio encargados de la salud de los trabajadores. Todo ello sin mediar consentimiento del trabajador examinado.

De conformidad con el artículo 22.4 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, el acceso a la información médica de carácter personal se limita “al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador”. A juicio de la SAN de 31 de enero de 2008, Sección Primera, Ar. 10, la actuación de la entidad sancionada “se produjo (...) en la creencia de que estaba amparada por una norma legal, al incluir no sólo a los médicos encargados de la salud de los trabajadores, sino también al personal de prevención de riesgos, cuando, además, mediaba una relación contractual entre la recurrente y el Ministerio de Defensa, al entender que tal acuerdo prestaba cobertura a su actuación. Y, si bien (...), estas circunstancias no pueden, en modo alguno, amparar una cesión no autorizada por la Ley 31/1995 que, además, la recurrente debía conocer, si tenemos en cuenta la actividad que presta dicha sociedad anónima, lo cierto es que se aprecia una trascendente atenuación de la culpabilidad”.

6. SUJETOS RESPONSABLES

A) La responsabilidad subsidiaria de los administradores por sanciones tributarias

La STS de 21 de diciembre de 2007, Sección Segunda, Ar. 69 de 2008, realiza un análisis de la extensión a los administradores del pago de las sanciones impuestas al deudor principal. Parte de que el artículo 41.4 de la Ley General Tributaria de 2003 excluye, con carácter general, la posibilidad de que se reclame al responsable el pago de las sanciones impuestas al deudor principal. Sobre esta base, añade que “la cuestión resulta clara en aquellos supuestos en que la responsabilidad no deriva de la comisión de una infracción tributaria”, pues ello supondría una vulneración del principio de personalidad de la pena. “Sin embargo, puede pensarse (...) que el establecimiento de una responsabilidad subsidiaria respecto de las sanciones no lesiona aquel principio en los casos en que el presupuesto de hecho de la responsabilidad está constituido por la participación en un acto ilícito. Si ello es así, cabe que un precepto de rango legal contradiga lo dispuesto en el artículo 41.4 de la LGT/2003, estableciendo la exigencia de sanciones al responsable. Pues bien, la LGT de 2003 ha optado por acoger esta posición de manera muy explícita. Así su artículo 182 señala que exigirán las sanciones, entre otros supuestos, cuando la responsabilidad derive de la colaboración activa en un ilícito –artículo 42.1.a)– y en el caso de los administradores de personas jurídicas que participen en la infracción cometida por la entidad –artículo 43.1.a)–”. Y concluye: “en los casos de colaboración en alguna infracción, la LGT/2003 entiende que en estos casos pueden exigirse las sanciones porque no se produce ningún tipo de vulneración del principio de personalidad de la pena, toda vez que el responsable ha colaborado en el ilícito”.

Sobre estos fundamentos teóricos, la STSJ de Murcia de 19 de mayo de 2006, Ar. 28 de 2008, estima que procede “excluir de la derivación de responsabilidad impugnada las

sanciones impuestas a la sociedad, al no constar que el actor tuviera participación alguna en la comisión de dichas infracciones”. La conclusión de la sentencia resulta un tanto sorprendente, por cuanto el actor había sido el administrador único de la sociedad desde su constitución hasta el cese efectivo de la actividad de la empresa.

B) Garantías de defensa del responsable subsidiario del pago de sanciones

La STS de 29 de enero de 2008, Sección Segunda, Ar. 376: “la posición jurídica del administrador responsable subsidiario (de las sanciones) no es estrictamente la de un sancionado, por lo que la protección de sus derechos no puede enmarcarse dentro del sistema del artículo 24.2 CE”, aunque ello no suponga que esté indefenso sino que tendrá las garantías propias de un administrado que sufre actos de gravamen.

7. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: NON BIS IN IDEM

A) Concurso de normas: se admite la aplicación de la norma más beneficiosa para el imputado, aunque no sea ni la norma especial ni la posterior

Contra la entidad Agrícola del Acebuche, SA se incoó procedimiento sancionador con motivo de unas actuaciones consistentes en la eliminación de la vegetación y roturación del terreno sin autorización en una finca incluida en el Parque Nacional de Cabañeros. Estas actuaciones se consideraron constitutivas de la infracción tipificada como “la ejecución, sin la debida autorización administrativa, de obras, trabajos, tratamientos selvícolas, siembras o plantaciones en el interior del parque”, infracción que, con esta misma redacción, aparece en dos leyes distintas e igualmente aplicables: en el artículo 38.12 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de protección de la Fauna y Flora Silvestre, y en el artículo 11.2.b) de la Ley 33/1995, de 20 de noviembre, de Declaración del Parque Nacional de Cabañeros. La diferencia entre ambas tipificaciones se encuentra en que en la primera de ellas se califica como infracción grave y en la segunda como infracción muy grave.

Aunque una aplicación analógica de las reglas del Derecho Penal para la resolución de los concursos de leyes hubiera llevado a una aplicación de la segunda, la resolución sancionadora optó por calificar la infracción de conformidad con la primera de las leyes y, por tanto, como grave. Se actuó así “en atención a las circunstancias concurrentes y al principio de proporcionalidad”. Ante esta situación, la SAN de 18 de enero de 2008, Sección Primera, Ar. 142, estima correcto que “la Administración, para favorecer al recurrente, acudiera a la norma que preveía una sanción más favorable, la 4/1989, en vez de aplicar la que por razones de especialidad resultaba más procedente, la 33/1995, además de ser posterior en el tiempo”. Y aclara que “tal proceder de la Administración eligiendo la norma que prevé una sanción más favorable no constituye en modo alguno la infracción que se denuncia [del principio de tipicidad]”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) Conductas relacionadas que no constituyen un concurso medial de infracciones

Un establecimiento de envío de dinero es sancionado, entre otras conductas, por una infracción consistente en carecer de procedimientos de control frente al blanqueo de capitales y por otra consistente en no examinar, no comunicar y no abstenerse de ejecutar las órdenes de transferencia en las que existieran indicios de blanqueo de capitales. La entidad sancionada alega que se trata de un concurso medial, por lo que sólo procedía una sanción. Sin embargo, la STS de 21 de noviembre de 2007, Sección Tercera, Ar. 8482, concluye que las dos conductas “tienen sustantividad propia, sin que una infracción derive necesariamente de la otra”:

“Una sociedad como la de autos puede tener los procedimientos y órganos adecuados de control interno y, sin embargo, no examinar, no comunicar y ejecutar operaciones sospechosas. Y, viceversa, aunque no haya establecido con carácter general unos procedimientos regulares y sistemáticos de control (...) no por ello deja de estar obligada al examen, comunicación y abstención de ejecución de las operaciones singulares que sean sospechosas de blanqueo de capitales, incurriendo en responsabilidad si no lo hace.”

C) Infracción continuada

En la STS de 27 de diciembre de 2007, Sección Quinta, Ar. 1502 de 2008, se enjuicia favorablemente la sanción impuesta a Lafarge Asland, SA por la infracción de carácter continuado consistente en realizar dieciocho traslados de residuos (cenizas volantes de carbón) sin autorización.

D) Hechos distintos que no permiten la aplicación del criterio de la subsunción

La Agencia de Protección de Datos impuso a una empresa de marketing y publicidad dos sanciones como autora de dos infracciones. En el recurso, alegó vulneración del *non bis in idem*, lo que la STS de 20 de noviembre de 2007, Sección Sexta, Ar. 667 de 2008, rechaza con este razonamiento: “Ambas infracciones describen conductas distintas, la primera trata automatizadamente datos de carácter personal con conculcación del principio de previo consentimiento del afectado; y, la segunda, se refiere a ceder datos de carácter personal. Por tanto, las dos sanciones impuestas castigan conductas distintas, sin que una pueda entenderse subsumida en la otra (...) ya que no existe la identidad fáctica que se requiere para apreciar la concurrencia del citado principio. (...) En este sentido, se pueden tratar datos sin realizar una posterior cesión a un tercero, sin consentimiento del afectado; y también se pueden ceder datos sin haber realizado con anterioridad el tratamiento automatizado (...)”. Se transcribe, además, extensamente la STS de 7 de marzo de 2006, Ar. 1799, de la que ya dimos noticia [JA, núm. 34, apartado 6.A)].

8. COMPETENCIA TERRITORIAL SANCIONADORA

A) Competencia sancionadora de los colegios profesionales: ámbito de repercusión de la infracción

El Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid, vocal nato del Consejo General de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, fue sancionado por

este último en virtud de diversas declaraciones contra miembros de éste que fueron consideradas constitutivas de “graves desconsideraciones a una Autoridad” y de “falta de probidad”. De conformidad con los Estatutos del Consejo General, éste es competente para “ejercer las funciones disciplinarias con respecto a los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios y del propio Consejo”. No obstante, el sancionado alegó que, de conformidad con la Ley 19/1997, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid, el ejercicio de las funciones disciplinarias respecto de los miembros de los órganos de gobierno de los Colegios Profesionales de Madrid corresponde a los propios Colegios. De este modo, la sanción impuesta sería nula por haber sido acordada por órgano manifestamente incompetente por razón del territorio.

Frente a esta alegación, sin embargo, la **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2008**, Ar. 223, argumenta que “la incoación del expediente disciplinario al Vocal del Consejo General deriva del alcance y repercusión nacional de las manifestaciones contenidas en las cartas y comunicaciones que integran el amplio expediente”. Sentado lo anterior, aclara que “los miembros de los órganos de gobierno de los Colegios de Madrid pueden ser sancionados por los Consejos de Colegios de Madrid, pero, como es obvio, por los hechos cometidos dentro del ámbito territorial de Madrid. Cuando lo que se hace es fuera de este ámbito, como aquí sucede, al realizarse dentro del ámbito del Estado español, y, en virtud del cargo que se tiene en un cargo en este último (sic), la competencia es del Consejo General”.

9. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) El órgano competente para la imposición de una sanción debe estar predeterminado normativamente

La **STS de 16 de mayo de 2007**, Sección Quinta, Ar. 8353, afirma que no basta que el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias atribuya a esta Comunidad Autónoma la competencia sancionadora en materia de aguas intracomunitarias, “sino que es necesario que una norma autonómica, legal o reglamentaria, atribuya esa potestad a un órgano determinado de la propia Comunidad Autónoma”, y sobre esa base concluye: “No se trata, pues, de si han sido o no traspasados los servicios, sino de si hay o no atribución de potestad a órganos autonómicos concretos y determinados, lo que aún no ha ocurrido en el caso de Asturias”.

B) La sanción impuesta por el superior del órgano competente no está viciada de incompetencia manifiesta

En el caso ya comentado [*supra*, 7.A)] de la sanción a la entidad Agrícola del Acebuche, SA, la resolución sancionadora fue adoptada por el Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales, a pesar de que, al tratarse de una sanción grave, y no muy grave, debía haber sido impuesta por el Director del Parque. La confusión se debió a una superposición de normas y modificaciones de éstas, que dificultaban sensiblemente la determinación del órgano competente. Ante esta situación, la entidad sancionada impugna la resolución sancionadora por estar viciada con nulidad de pleno derecho, al entender que ha sido dictada por órgano

VII. Derecho Administrativo Sancionador

manifiestamente incompetente. La SAN de 18 de enero de 2008, Ar. 142, considera, sin embargo, que “la complejidad del razonamiento de definición de la conducta y en consecuencia de asignación de competencia al órgano correspondiente revela que, en todo caso, la incompetencia orgánica nunca pudo ser manifiesta, patente o notoria, sino simplemente cuestionable jurídicamente, siendo la incompetencia jerárquica subsanable, debiendo prevalecer el principio del *favor acti*, máxime cuando el órgano que ha resuelto es el superior jerárquico, circunstancia que hace innecesaria la figura de la convalidación”.

C) No afecta a la imparcialidad del órgano sancionador el obtener ingresos con las sanciones que impone

La recurrente alega que el sistema de financiación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y el sistema de retribución de los inspectores contravienen el artículo 103 CE, privatizando funciones públicas. A juicio de la STS de 11 de abril de 2007, Sección Segunda, Ar. 8470, “la afectación de una parte de la recaudación obtenida a la financiación de la Agencia se justifica por el nuevo esquema organizativo que se crea y el modelo de gestión que se le asigna. Deducir de ello un falta de imparcialidad (...) es una afirmación ajena a la defensa objetiva de los intereses generales, por lo que no existe vulneración del artículo 103 de la Constitución”. Y añade: “la percepción por los funcionarios de un complemento relacionado con el resultado del trabajo no puede hacer presumir que por ello tienen un interés personal en los asuntos en que intervienen”.

10. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Derecho a ser informado de la acusación: lo vulnera la notificación edictal si fue posible la personal

Don Manuel, sancionado por infracciones consistentes en realizar “actividad de publicidad dinámica sin licencia”, alega en amparo que ha sufrido indefensión como consecuencia de la falta de notificación de los acuerdos de incoación y de las propuestas de resolución de los procedimientos sancionadores seguidos en su contra. En concreto, argumenta que la Administración conocía su domicilio a efecto de notificaciones, donde realizó correctamente la notificación de las resoluciones sancionadoras. Al respecto, la STC 70/2008, de 23 de junio (recurso de amparo, Sala Segunda), tras reiterar la doctrina conforme a la 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 (...)”, razona que “la Administración debió, (...), intentar una nueva notificación de dichos actos (denuncia, acuerdo de incoación y propuesta de resolución) y no acudir directamente a practicarla a través de edictos; siendo reprochable asimismo que la Administración, además de no realizar un segundo intento de notificación personal, no dejara aviso de llegada en la dirección donde intentó la notificación. Debe señalarse, además, que la notificación correctamente efectuada de las resoluciones sancionadoras se llevó a cabo por la Administración en el mismo domicilio en el que, hasta entonces, el demandante era ‘desconocido’ para el Ayuntamiento”. A partir de ahí, concluye que “la sanción se ha impuesto sin respetar procedimiento contradictorio alguno y, por tanto, privando al demandante de toda posibilidad de defensa durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador”.

B) Derecho a ser informado de la acusación durante las actuaciones preliminares

Se queja la sancionada de que el Servicio de Defensa de la Competencia le requirió, durante la información reservada, datos y documentos bajo apercibimiento de sanción sin darle traslado de la denuncia presentada contra ella. La **STS de 26 de diciembre de 2007**, Sección Tercera, Ar. 370 de 2008, rechaza que haya vulneración del derecho a conocer la acusación pues el SDC comunicó al menos que había una denuncia y sus aspectos fundamentales y porque “se trata de una mera diligencia inicial para disponer de datos generales a partir de los cuales el Servicio estaría en condiciones de incoar, o no, el expediente (...)”.

C) Derecho a la asistencia jurídica en el procedimiento disciplinario penitenciario

Ocho presos pertenecientes a la banda terrorista ETA entregaron al jefe de servicio una instancia manifestando que harían una concentración en el centro penitenciario a las 12 horas como protesta por el fallecimiento de una compañera etarra en una prisión francesa. A dicha hora los internos se colocaron frente a la oficina de un funcionario portando una ikurriña con un crespón negro, permaneciendo en silencio durante diez minutos, tras lo cuales cesaron en su actitud. A continuación, se les requirió la entrega de la bandera, a lo que se negaron, por lo que se procedió al cacheo de uno de los internos, al que se le retiró la bandera. Se impuso sanción de tres fines de semana de aislamiento en celda por falta muy grave del Reglamento penitenciario, consistente en desorden colectivo. El recurrente alega en amparo que se ha vulnerado su derecho de defensa, pues la Administración denegó su solicitud de entrevistarse personalmente con un interno etarra de otro módulo para recibir asesoramiento, aunque se admitió que el asesoramiento se recibiera por escrito. De acuerdo con la doctrinal constitucional existente, la **STC 71/2008, de 23 de junio** (recurso de amparo, Sala Primera), recuerda que el asesoramiento al interno puede ser realizado no sólo mediante abogado, sino también por cualquier persona que el interno designe, siempre que, en este último caso, la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las medidas que garanticen la seguridad del establecimiento penitenciario. En atención a lo expuesto, la sentencia desestima el motivo de amparo pues “lo denegado no fue en sí mismo el hecho del asesoramiento, sino la forma concreta en que propuso su realización (entrevista personal)”.

D) Irrelevancia de los posibles defectos de la denuncia

STS de 26 de diciembre de 2007, Sección Tercera, Ar. 370 de 2008:

“poco importa que la denuncia tenga defectos formales y que el denunciante los subsane o no (...) No existe inconveniente ni objeción legal para que los órganos administrativos (...) hagan uso de la información contenida en una denuncia para, por su propia autoridad, convertir el procedimiento en actuación de oficio, si los intereses generales lo demandan”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

E) El denunciante carece de legitimación para solicitar judicialmente una mayor sanción

Un ciudadano había denunciado ante la Confederación Hidrográfica del Ebro el vertido de aguas residuales por parte de un hotel sin contar con la preceptiva autorización. La Confederación impuso una multa de 300 euros. Planteado recurso contencioso-administrativo, la **STS de 16 de mayo de 2007**, Sección Quinta, Ar. 8354, rechaza la legitimación activa pues “ni el derecho genérico al medio ambiente adecuado que proclama el artículo 45.1 de la Constitución Española, ni la necesaria interpretación de las normas procesales conforme al principio *pro actione*, ni la profesión médica del demandante, ni, en fin, el valor prevalente de defensa del medio ambiente que la jurisprudencia proclama en la adopción de medidas cautelares, pueden otorgar al demandante un interés en una mayor sanción”. Más aún, la Sala concluye que esa falta de legitimación del mero denunciante en expedientes sancionadores tiene “un hondo designio social a fin de evitar que la potestad sancionadora de la Administración se pueda convertir en una mera disputa entre personas privadas”.

11. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Prueba preconstituida: hechos declarados probados en un proceso civil

Se sanciona a unos sujetos por no haber liquidado el IVA de una determinada mercancía. En concreto, se trataba de una mercancía electrónica que habían introducido en España sin declarar. Pero el camión que la transportaba sufrió un accidente por colisión con otro vehículo y su contenido quedó destruido. Se abrió entonces un juicio verbal civil donde quedó fijado el valor de la mercancía transportada a los efectos de la indemnización que hubo de pagar la compañía aseguradora. La **STS de 15 de noviembre de 2007**, Sección Segunda, Ar. 98 de 2008, afirma que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia supone una prueba preconstituida, de lo que se sigue que su eficacia probatoria se extiende a los hechos que relata y que fueron el fundamento de la decisión judicial, “salvo prueba en contrario”.

B) No dar traslado al imputado de copia de algunas de las pruebas reunidas en su contra no produce indefensión si tuvo conocimiento de su existencia y acceso a ellas mediante examen directo del expediente

La entidad Agrícola del Acebuche, SA, fue sancionada por la comisión de una infracción grave en materia de espacios naturales protegidos cometida en el Parque Nacional de Cabañeros. La entidad alega indefensión, por cuanto no se le dio traslado durante la tramitación del expediente administrativo de un informe técnico solicitado por el instructor al Parque Nacional de Cabañeros, así como de cuatro ortofotos, pese a que dichas fotografías habían sido empleadas como prueba de cargo del expediente sancionador y pese a constar que se solicitó reiteradamente la entrega de copia de estos documentos. La **SAN de 18 de enero de 2008**, Sección Primera, Ar. 142, considera, sin embargo, que no cabe alegar indefensión, “sin que el hecho de que no se le diera traslado de copia de determinadas pruebas practicadas suponga que se ha limitado su derecho de defensa, pues no consta que no tuviera acceso a las mismas mediante examen directo del expediente”.

C) Distribución de la carga de la prueba en las infracciones imputadas a los administradores de una sociedad

En relación con la sanción impuesta a un miembro del Consejo de Administración de Cajasur, cuya culpabilidad vendría determinada, según señalamos más arriba, por no haber desplegado la diligencia necesaria y exigible en el ejercicio de sus funciones, la **SAN de 17 de enero de 2008**, Sección Sexta, Ar. 6, aclara que “ello no supone que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia: al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de una actividad necesaria y racionalmente posible, para la evitación de un concreto resultado —en este caso la comisión de una infracción administrativa—, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir, con arreglo a los criterios de la sana crítica, que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido”. Ello no obsta a que puedan existir “especiales circunstancias, que hicieran imposible la actuación de quien es garante”. No obstante, “tales circunstancias han de ser alegadas de forma racional y fundada por quien omitió la conducta expresamente impuesta por la norma jurídica; y ello, porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien la alegue”.

D) No hay una equivalencia entre la insuficiencia de prueba de un hecho y la suficiencia de prueba del hecho contrario

La entidad Formol y Derivados, SA fue objeto de una regularización por impago de IVA durante tres ejercicios. Durante el procedimiento de inspección se determinó la incapacidad de la entidad para probar que ciertas instalaciones en las que se habían realizado inversiones y reparaciones estuvieran destinadas a la realización de su actividad económica, extremo al que la propia entidad dio su conformidad al aceptar el acta de regularización. Sobre esta misma base fáctica (la falta de prueba que permita aplicar la deducción del IVA soportado), la entidad fue también objeto de una sanción por infracción tributaria grave. Sin embargo, la **STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2007**, Ar. 295 de 2008, considera que la Administración no ha aportado prueba de cargo alguna para destruir la presunción de inocencia de la sancionada.

A estos efectos, señala que “le bastará a la Administración tributaria, para llevar a cabo la correspondiente regularización y girar la liquidación por cuotas e intereses, la consideración de que el contribuyente no ha logrado demostrar la afectación a la actividad de unos gastos para su deducción en el impuesto que grava las rentas de las personas físicas o los beneficios de las entidades jurídicas o para la deducción del IVA soportado por ellos; pero, para poder ejercer la potestad sancionadora, será necesario que, además de tal consideración, recaiga o no la conformidad sobre ella, lleve a cabo las comprobaciones pertinentes que acrediten que los gastos quedaron afectados a otras finalidades diferentes y que, por tanto, dolosa o negligentemente, se ha producido la conducta constitutiva de la infracción”. En definitiva, “no hay una correspondencia o equivalencia mimética entre la insuficiencia de prueba de un hecho y la suficiencia de prueba del hecho contrario”.

E) Valor probatorio de las actas de inspección y otros documentos administrativos

La SAN de 18 de enero de 2008, Sección Primera, Ar. 142, afirma, refiriéndose a la denuncia presentada por los agentes medioambientales de un Parque Nacional, que “estas observaciones iniciales resultan incontestables como datos que sustentan la imputación de los hechos efectuada posteriormente por la Administración, puesto que el artículo 137.3 de la LPA 30/1992 admite la presunción de certeza de los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, debiendo destruir su fuerza probatoria la parte imputada a través de los medios impugnatorios oportunos”. Cabe recordar, no obstante, que el artículo 137.3 LRJPAC no concede a estos documentos, frente a lo que afirma la sentencia, presunción de certeza, sino, más modestamente, simple valor probatorio.

F) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos

— El Sr. José, vocal del Consejo de Administración de Cajasur, fue sancionado como responsable de una infracción cometida en materia de cajas de ahorro. Según acreditó el Banco de España, Cajasur realizaba, los días 31 de diciembre y 30 de junio de cada ejercicio, un elevado número de transferencias correspondientes a muchos clientes de sus saldos en cuentas de crédito no dispuestos a esa fecha para su abono en las cuentas corrientes de éstos. El siguiente día hábil posterior a estas fechas (2 de enero y 1 de julio), se retrocedían los importes abonados con fecha valor de 31 de diciembre y 30 de junio, respectivamente, por lo que no se devengaba interés alguno. Estas prácticas alcanzaron importes cuantitativos de gran relevancia, superior a los cien y los doscientos millones de euros, y se llevaron a cabo de forma generalizada en todas las divisiones territoriales de la entidad. Dada la ausencia de beneficio derivado de estas prácticas para la entidad, el Banco de España estimó que tenían como única finalidad incrementar de modo artificial las cifras del negocio crediticio de la entidad, proyectando hacia los distintos actores del sector financiero, los depositantes y los clientes y, de modo particular, el propio Banco de España, una imagen que no se correspondía con la realidad de la evolución del negocio de Cajasur.

Sobre esta base, el Banco de España sancionó a los miembros del Consejo de Administración al entender que “la dispersión con la que se realizaron las distintas operaciones y su encaje en la operativa ordinaria de la entidad, con un escrupuloso respeto de las facultades de los empleados que las ejecutaban así como de los límites de riesgo de los distintos clientes, y el interés por evitar que la misma supusiera el más mínimo perjuicio a la clientela, ponen de manifiesto el carácter sistemático, premeditado y consciente de la práctica seguida por la entidad y su origen último en las más altas instancias de gobierno”.

Impugnada por D. José la falta de prueba de cargo suficiente para destruir su presunción de inocencia, la SAN de 17 de enero de 2008, Sección Sexta, Ar. 6, recuerda, con una extensa cita de la STC 172/2005, de 20 de junio, que el Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de que la convicción del órgano sancionador sobre la culpabilidad del imputado se logre a través de la prueba indiciaria. De conformidad con la doctrina constitucional, para la validez de esta prueba “es imprescindible acreditar, no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en

las reglas de la experiencia común”. Y, a juicio de la Sala, ambos requisitos concurren en el presente supuesto.

– La SAN de 27 de diciembre de 2007, Sección Sexta, Ar. 94, también acepta la validez de una prueba indiciaria como prueba de cargo suficiente para la imposición de una sanción en materia de defensa de la competencia a varias autoescuelas de la provincia de Badajoz por concertar el precio de sus clases teóricas. La sentencia señala que “la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa”. Apuntado lo anterior, la sentencia considera determinante el hecho de que la sancionada fijara “los precios de sus clases teóricas en el año 2003 en la cantidad de 278,86 euros, que es exactamente el mismo precio que cobraban por clases teóricas las otras autoescuelas de Mérida, y tal coincidencia es (...) algo más que un indicio, es una evidencia de un acuerdo de fijación de precios, pues es impensable que dicha coincidencia, incluso en céntimos, se deba al azar”.

12. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Exigencias de motivación derivadas del principio de legalidad: expresar el precepto con rango de Ley en que se basa la sanción

La STS de 10 de diciembre de 2007, Sección Tercera, Ar. 577 de 2008, reconoce, siguiendo al TC, que la frontera entre lo típico y lo no típico “es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa –por razones ya de carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje– ...”. De otra parte, insiste en que “resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionadora”; es decir, que “impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué normas se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma”. No obstante, admite como “excepción aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida”.

13. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Una modificación normativa que amplía el plazo de caducidad es aplicable a un procedimiento sancionador en trámite

STS de 16 de mayo de 2007, Sección Quinta, Ar. 8353.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) *Dies ad quem* del cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento en caso de notificaciones frustradas

El 18 de diciembre el Consell Insular de Mallorca adoptó acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador por la posible comisión de una infracción grave en materia urbanística. El 10 de diciembre de 2004 se dictó resolución sancionadora. La notificación de esta resolución fue intentada por el Vigilante-Inspector del Consell Insular el 17 y el 20 de diciembre de 2004, a horas distintas, en el domicilio del sancionado, sin que pudiera ser entregada por encontrarse cerrado. Como resultado, la notificación se practicó por correo certificado con acuse de recibo, con resultado positivo, el 29 de diciembre siguiente.

El sancionado impugnó la sanción por haber sido notificada fuera del plazo máximo de 12 meses. Sin embargo, la **STSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 29 de mayo de 2007**, Ar. 98 de 2008, considera que resulta aplicable al caso el artículo 58.4 LRJPAC *in fine*, que establece que “a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificación dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente (...) el intento de notificación debidamente acreditado”. Como recuerda la sentencia, este “intento de notificación” debe ser entendido, de conformidad con la doctrina legal sentada por la STS de 17 de noviembre de 2003, Ar. 597, como “un intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado”. En consecuencia, puesto que “en el expediente consta (...) que el agente notificador efectuó en fecha de 17 de noviembre de 2004 el primer intento de notificación de la resolución sancionadora al actor, dando un resultado infructuoso, pero debidamente acreditado, debe estimarse suficiente a los efectos de entender concluso un procedimiento sancionador dentro del plazo máximo que la Ley le asigne”.

C) No basta el simple transcurso del tiempo

La **STSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 29 de mayo de 2007**, Ar. 98 de 2008, que se acaba de comentar, a mayor abundamiento, recuerda, de conformidad con la STS de 20 de mayo de 1997, que “no puede apreciarse la caducidad por el solo hecho del transcurso del tiempo, sino que es necesario además constatar la inactividad y dejadez de facultades para la Administración de las que se pueda inferir la renuncia al ejercicio de la potestad sancionadora y una perturbación del derecho a la tramitación del procedimiento sancionador sin dilaciones indebidas”. Ello le permite añadir al razonamiento anterior, ex artículo 58.4 LRJPAC, que no resulta admisible la caducidad alegada, “máxime, si el segundo intento lo fue a las cuarenta y ocho horas, y la notificación edictal (*sic*) lo fue en breve espacio de tiempo. Ello es conforme con el principio de seguridad jurídica y la inexistencia de inactividad de la Administración”.

D) En el plazo de duración máxima del procedimiento sancionador no se incluye la dedicada a la información previa que, además, no está sujeta a caducidad

Según la LDC de 1989, tras la reforma de 1997, el procedimiento ante el SDC puede durar un máximo de 18 meses. La empresa sancionada alega que desde la presentación de la de-

nuncia hasta que se elevó el asunto al TDC pasaron 29 meses y que se utilizó deliberadamente la información reservada para realizar actuaciones instructoras. Pero la **STS de 26 de diciembre de 2007**, Sección Tercera, Ar. 370 de 2008, sostiene que “en la medida en que (las) diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a plazo y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad”. En el caso considera que, aunque se pidieron datos al denunciante y al denunciado durante once meses, “en el curso de la información reservada no se llevaron a cabo actuaciones que sólo en éste (en el procedimiento propiamente dicho) fueran posibles, por lo que la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad (...)”. Y concluye que el plazo de caducidad hay que contarlo desde que se inicia formalmente el procedimiento sancionador, no desde la denuncia ni desde que comienzan las actuaciones previas.

E) *Dies ad quem* del cómputo del plazo. Regla general: el día de la notificación de la resolución

La **STSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 29 de mayo de 2007**, Ar. 98 de 2008, recuerda que debe atenderse a la fecha de la notificación al interesado del acuerdo sancionador porque “es la única manera en que se ‘garantiza la seguridad jurídica del administrado y la diligencia debida de la actividad de la Administración’. Se conjura así la tentación de antedatar una resolución tardía”. En la misma línea, la **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2008**, Ar. 223, añade que no cabe que “sobre la base de una presunción de legalidad en el actuar de la Administración, se conceda efecto interruptivo a una resolución de la misma sin proyección *ad extra* y consiguiente puesta en conocimiento del interesado, a excepción del especialísimo supuesto (...) de que fuese apreciable una actitud injustificada claramente obstativa por parte del administrado en el recibo de la notificación”.

F) Se admite la ampliación del plazo para resolver de conformidad con el artículo 49.1 de la LAP, pero se exige su motivación

Mediante acuerdo de 31 de agosto de 2004 se inició un expediente sancionador contra la entidad British American Tocacco España, SA, por una presunta infracción en materia de movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior. La terminación del expediente tuvo lugar mediante la adopción de dos resoluciones sancionadoras de fecha 26 de abril de 2005. Previamente, sin embargo, la instructora del expediente acordó, con fecha de 19 de noviembre de 2004, y en virtud del artículo 49 LRJPAC, la ampliación por tres meses más del plazo máximo de resolución. La entidad sancionada denuncia la posible caducidad del expediente por haber sobrepasado el plazo máximo de seis meses para su resolución y notificación, al entender que el artículo 49 LRJPAC no está previsto para esta situación.

La **SAN de 17 de julio de 2007**, Sección Sexta, Ar. 153 de 2008, recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la **STS de 20 de marzo de 2007**, “la existencia de la regulación específica para ampliar el plazo máximo de resolución

VII. Derecho Administrativo Sancionador

y notificación de un procedimiento que se contiene en el artículo 42.6 LRJPAC, no es un obstáculo para la aplicación de la previsión genérica del artículo 49 LRJPAC”. En consecuencia, rechaza la interpretación “respecto a que la posibilidad de ampliación de plazos contemplada en el artículo 49 LRJPAC no pueda ser aplicada al plazo máximo de duración de un procedimiento, pues ni tal exclusión se establece de manera directa y expresa en el precepto señalado, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma de la LRJPAC operada en 1999, ni existen razones para deducirla en un análisis sistemático de la Ley”.

No obstante, la sentencia estima la alegación de la entidad sancionada relativa a la falta de motivación del acuerdo por el que se decide la ampliación del plazo. A este respecto, se admite que, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 42.6 LRJPAC, en “el artículo 49 LRJPAC no se exige expresamente la motivación del acuerdo”. No obstante, añade que “la voluntad expresa del legislador es que la Administración motive sus decisiones de prorrogar los plazos establecidos por las normas de procedimiento”, según se deduciría del artículo 54.e) LRJPAC. En consecuencia, y a la vista de la falta de motivación de la Resolución de 19 de noviembre de 2004 por la que se acordó la ampliación, concluye “la disconformidad a Derecho del Acuerdo de ampliación del plazo y la consiguiente caducidad del expediente (...)”.

14. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Aunque los hechos sean los mismos, la extensión de la sanción debe ser diferente en función del grado de responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes

Ante la comisión de una infracción en materia de disciplina bancaria y de cajas de ahorro por parte de la entidad Cajasur, el Banco de España sancionó a los miembros de su Consejo de Administración, imponiendo sanciones más graves a aquellos que, además, pertenecían a la Comisión Ejecutiva Delegada del Consejo de Administración. La **SAN de 17 de enero de 2008**, Sección Sexta, Ar. 6, haciendo suyo el razonamiento de la resolución sancionadora, considera correcto que se atribuya mayor responsabilidad a los miembros de la Comisión Ejecutiva Delegada, dado que “la asistencia a dicha Comisión permite tener un conocimiento de primera mano de la gestión global de la entidad, y (...), en la medida en que desde dicho Comité se obtiene, o se está en condición de obtener con un detalle superior al que recibe un simple vocal del Consejo de Administración, la información contable de la entidad, tal y como se deduce de sus funciones”.

15. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) La prescripción de las infracciones tributarias: la interrumpe la iniciación de un procedimiento de comprobación e inspección

Frente a lo sostenido por otras sentencias que hemos recogido en crónicas anteriores, la STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2007, Ar. 295 de 2008, afirma que las actuacio-

nes de comprobación tributaria con conocimiento del sujeto pasivo interrumpen tanto la prescripción de la deuda tributaria como la prescripción de las posibles infracciones que aquél haya podido cometer. La sentencia señala que “el concepto de infracción grave (...) está indisolublemente ligado al de cuota tributaria, cuya falta de ingreso, en todo o en parte, es su *prius* lógico”, lo que exige “una actividad administrativa comprobadora, que no sólo va dirigida a la regularización tributaria estricta que proceda, sino también a la corrección de las infracciones que se puedan descubrir”. La sentencia continúa razonando que “la postura contraria colocaría a la Administración en una situación bastante absurda, pues se encontraría con que, realizada en tiempo y forma la actividad comprobadora, cuyo carácter previo es ineludible para establecer, en su caso, la comisión de una infracción grave (...) no tendría efectos interruptivos de la prescripción de la acción sancionadora, siendo así que, además, es la única actividad que la Administración puede realizar al fin de conocer si hubo o no infracción y presupuesto ineludible para poder abrir un expediente sancionador”. En idéntico sentido, la STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008, Ar. 361.

16. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

A) Derecho a ser reembolsado del coste de la garantía aportada para suspender la ejecución

La STS de 11 de abril de 2007, Sección Segunda, Ar. 8470, reconoce “el derecho de la sociedad recurrente a ser reembolsado, previa acreditación de su importe, del coste de la garantía aportada para suspender la ejecución de la deuda tributaria (incluyendo la sanción) en cuanto ésta es declarada improcedente (total o parcialmente)”.

17. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Anulación de reglamentos sancionadores: no comportan la invalidez de las sanciones plenamente ejecutadas (artículo 73 LJCA)

Dimos cuenta en la anterior crónica de la STS de 3 de julio de 2007, Ar. 6606. Se añaden a ella en este período otras: SSTS de 8 de julio de 2007, Ar. 744 de 2008 y de 13 y 18 de diciembre de 2007, Ar. 743 y 507 de 2008, que también traen causa de la anulación del reglamento de la denominación de origen “Rioja” por el Tribunal Supremo por falta del dictamen del Consejo de Estado. En concreto, en la STS de 18 de diciembre de 2007, que se sirve de la argumentación de las dos anteriores, se desestima el recurso contra la decisión del Consejo de Ministros de inadmitir a trámite la petición de revisión de oficio (artículo 102 Ley 30/1992) de la multa impuesta y devolución de su importe con intereses, más gastos de aval, a una empresa en aplicación del citado reglamento que había sido declarado nulo. Importa aclarar que la sanción fue confirmada en 2002 por STSJ de La Rioja y que en 2003 el sancionado pagó la multa. Ante ello, la sentencia comentada utiliza dos argumentos:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

– Deduce del artículo 73 LJCA que no cabe la revisión de oficio de las sanciones completamente ejecutadas, aunque haya sido anulado el reglamento en que se basaron. Supone esto una interpretación del artículo 73 LJCA discutible pues este precepto podría entenderse en el sentido de que la simple anulación del reglamento no comporta la nulidad de las sanciones firmes completamente ejecutadas y que ello no se puede declarar, por ejemplo, en ejecución de la sentencia; pero sin que impida conseguir después la nulidad de esa resolución por la vía del artículo 102 Ley 30/1992. De hecho, lo que dice el artículo 73 es que estas sentencias que anulen una disposición general “no afectarán por sí mismas a la eficacia (...)”. Pero que esa sentencia no produzca directamente ese efecto no significa que no lo produzca en otro proceso o en otro procedimiento administrativo. Más bien, por el contrario, el artículo 72.2 LJCA, al decir que “la anulación de una disposición (...) producirá efectos para todas las personas afectadas”, inclina a pensar que tiene que haber alguna forma para que la anulación de un reglamento favorezca a todos los que han sufrido su aplicación y esa otra forma no puede ser nada más que la revisión de oficio del acto que aplicó el reglamento.

– Considera, de otra parte, que no cabe la revisión de oficio de actos que hayan sido confirmados por resolución judicial pues “existe cosa juzgada”. A este respecto invoca y cita extensamente la interesante y discutible STS de 21 de julio de 2003, Ar. 6048. Pero quizá cabe objetar que cuando una sentencia desestima un recurso contencioso-administrativo no declara realmente que el acto sea legal y válido sino que no se dan los vicios invocados por la parte, de modo que tal vez la cosa juzgada no deba abarcar una causa de nulidad sobre la que la sentencia no se pronunció y que se ha puesto de manifiesto después (al anularse el reglamento aplicado).

B) La imposibilidad de ejecutar una sanción no implica que no pueda ser recurrida por el sancionado

El Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España impuso a uno de sus afiliados varias sanciones de suspensión del ejercicio de sus derechos colegiales por un período total de 21 meses y un día. Impugnada la resolución sancionadora por el afectado, se alegó por el Consejo la pérdida de objeto del proceso, dado que la sanción no podía tener efectos sobre el sancionado ni, por tanto, causarle perjuicio alguno, al haberse jubilado y no ejercer ya la profesión. Sin embargo, la **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2008**, Ar. 223, considera que “una sanción siempre afecta al prestigio y honorabilidad de una persona que, de ser inocente, no tiene que ver manchados. Por eso puede desear que se le declare inocente y, como consecuencia de ello, el presente proceso no ha perdido su objeto”.

C) Anulación de una sanción por no aplicar la Administración el tipo que la sentencia considera correcto, sin que se retrotraigan las actuaciones o se imponga judicialmente la sanción correspondiente

La entidad QDQ Media fue sancionada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, con multa de 160.000 euros, por aplicar un precio once veces superior al permitido en su servicio de consulta telefónica sobre números de abonados. Estos hechos fueron cali-

ficados por la Administración como constitutivos de la infracción tipificada en el artículo 54.o) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de obligaciones de servicios público.

La SAN de 1 de febrero de 2008, Sección Octava, Ar. 11, anula la sanción al entender que se ha vulnerado el principio de tipicidad, “ya que no se ha incumplido ninguna obligación de servicio público, en todo caso una obligación de carácter público, ajena a la previsión del artículo 54.o) de la Ley 32/2003, y cuya adecuada tipificación podría rastrearse, *prima facie*, en su apartado q), (...) que incluso parece ser el criterio que ha adoptado la Administración en casos similares recientes”. Sin embargo, y a pesar de determinar el tipo que considera correcto, la sentencia se limita a anular la sanción sin retrotraer las actuaciones ni imponer la sanción adecuada.

D) El juez puede apreciar de oficio la inexistencia de las circunstancias agravantes, aunque la demanda no se refiera expresamente a ello

La asociación Aero Club Barcelona-Sabadell fue sancionada por la comisión de una infracción tributaria sobre el IVA. La sanción impuesta fue incrementada en un 50% al entender la Administración tributaria que concurría la circunstancia agravante de ocultación. La asociación impugnó la sanción por diversos motivos, que fueron desestimados, pero no cuestionó la aplicación de la agravante. A pesar de ello, la STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008, Ar. 361, entra a conocer de oficio sobre la validez de esta circunstancia argumentado que “nada dice la demanda sobre la aplicación en el acuerdo sancionador impugnado de la agravante de ocultación (...) pero la materia sancionadora de que se trata nos obliga a examinar su conformidad a derecho, al tiempo que impugnada en su totalidad la sanción, no hay incongruencia alguna en examinar los criterios de graduación agravatorios aplicados, después de desestimar la pretensión principal”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M^a. BUENO ARMÍJO
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Sujetos de la expropiación. A) Consideración de propietario a quien con tal carácter conste en registros públicos. **3. Garantías formales.**

A) La información pública del proyecto de trazado de una autovía es un trámite esencial del procedimiento cuya omisión constituye una vía de hecho expropiatoria. **4. Garan-**

tías jurisdiccionales. A) Improcedencia de recurrir el acta previa de ocupación con la sola pretensión de impugnar a través de este acto de trámite actos anteriores, definitivos y firmes, referidos a la procedencia de la expropiación. **5. Garantías sustanciales.**

A) Intereses de demora del justiprecio retasado en supuestos de mutuo acuerdo. *Dies a quo* para el cómputo del plazo. B) La aceptación del pago del justiprecio por el expropiado, hecha sin reservas y de plena conformidad, excluye el ulterior ejercicio del derecho de retasación por aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet*.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos en esta crónica la jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo en materia expropiatoria durante los tres meses que median entre el 1 de marzo y el 31 de mayo de 2008. En esta ocasión no hay doctrina realmente novedosa ni destacable, aunque acaso sea de interés señalar preliminarmente la sentencia que se comenta en relación con las garantías jurisdiccionales de la expropiación, que se pronuncia sobre la improcedencia de recurrir el Acta previa de ocupación con la exclusiva pretensión de impugnar a través de ella actos expropiatorios anteriores, definitivos y firmes; aunque, en realidad, el mayor mérito de esta sentencia es el de constituir un hito más, menor en este caso, en la discutida legalidad del procedimiento seguido para la construcción del polémico embalse de Itoiz, lo que aprovechamos para recordar, compiladamente, la doctrina del Tribunal Supremo sobre distintos perfiles de este asunto. Finalmente, merece la pena consignar aquí las dos sentencias que se comentan en materia de garantías sustanciales que, desde

perspectivas diferentes, asientan la doctrina jurisprudencial en torno a ciertos límites del ejercicio del derecho de retasación.

2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

A) Consideración de propietario a quien con tal carácter conste en registros públicos

Según dispone el artículo 3 de la LEF, las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación. A tal efecto, “se considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente”.

Para que caso en que se produzca un cambio de titularidad en los bienes o derechos sujetos a expropiación, el artículo 7 de la LEF prevé que “las transmisiones de dominio o de cualesquiera otros derechos o intereses no impedirán la continuación de los expedientes de expropiación forzosa, de modo que el nuevo titular se considerará subrogado en las obligaciones y derechos del anterior”. Para que se opere formalmente la subrogación del adquirente de un bien o derecho en curso de expropiación, el artículo 7 del REF precisa “deberá ponerse en conocimiento de la Administración el hecho de la transmisión y el nombre y domicilio del nuevo titular. A estos efectos únicamente serán tomadas en consideración las transmisiones judiciales, las *inter vivos* que consten en documento público y las *mortis causa* respecto de los herederos o legatarios”.

La STS de 11 de abril de 2008, Ar. 1456, resuelve el recuso de casación deducido contra la Sentencia del TSJ de Asturias de 18 de febrero de 2004, Ar. 105031, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el adquirente de unos terrenos expropiados contra la resolución de una Mancomunidad de Concejos municipales por la que se denegaba la incoación de un expediente de nulidad de pleno derecho de la expropiación de dichos terrenos, originariamente afectos a un antiguo ferrocarril minero, para su transformación en vía verde. El procedimiento expropiatorio se siguió contra la antigua propietaria de los terrenos, por lo que el nuevo propietario entendía vulnerado el artículo 3 de la LEF al haberse ignorado por la Mancomunidad expropiante al titular real de la finca, que la había adquirido tres años antes de la expropiación al primitivo dueño, existiendo –según el recurrente– constancia registral, catastral y fiscal de dicho cambio de titularidad. Asimismo ponía de manifiesto que el expediente expropiatorio se siguió sin haberse efectuado las notificaciones personales pertinentes, que se limitaron a la notificación edictal en la que se aludía al antiguo propietario, situando en indefensión del nuevo. La Mancomunidad se opuso a la demanda argumentando que cuando la recurrente compareció en el expediente expropiatorio éste ya había finalizado, por lo que no pudo tener noticia de su condición. Además, alegó que no se acreditaba registralmente la propiedad de la finca por el recurrente, que seguía inscrita a favor del primitivo dueño

VIII. Expropiación Forzosa

y, que de probarse tal circunstancia, tampoco procedía la declaración de nulidad de la expropiación, sino la subrogación del recurrente en los derechos del anterior titular para percibir el correspondiente justiprecio.

El Tribunal de instancia desestima el recurso aduciendo, en lo esencial, que en la fecha de inicio del expediente expropiatorio y posteriores trámites no existía en los registros públicos a los que se alude en el artículo 3 de la LEF ninguna indicación que diera constancia de que la finca expropiada había sido válidamente transmitida a un tercero. Atendiendo a este hecho probado el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación recordando su doctrina sobre el artículo 3 de la LEF que prima al titular inscrito frente al real, pues hacer prevalecer el derecho de éste

“equivale a que se prescinda de unos asientos registrales, amparados por el principio de legitimación, el cual atribuye al titular registral competencia exclusiva respecto de una cosa o un derecho inscrito, dotando, al mismo tiempo, al contenido del Registro, de una apariencia de verdad y de una presunción de exactitud, mientras no se demuestre la inexactitud, lo que obliga a mantener la titularidad de quien aparezca inscrito. Esto y no otra cosa es lo que resulta de la relación entre los artículos 38.1 y 97, en relación con el artículo 1.3, todos ellos de la Ley Hipotecaria, según el último de los cuales los asientos del Registro ‘en cuanto se refieren a los derechos inscribibles están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán todos los efectos mientras no se declare su inexactitud’, lo que significa que debe darse por existente el derecho real que figura inscrito mientras no exista contradicción, en cuyo caso prevalecerá el título o la causa de adquirir eficaz. Ciertamente, nos hallamos ante una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida, pero no en un recurso contencioso-administrativo, sino en un proceso civil donde se ventile el derecho de las partes y éstas obtengan, en su caso, una sentencia contradictoria a la inscripción o asiento registral; mientras ésta no se produzca, y no se obtenga una sentencia que declare la inexactitud del asiento, esta Sala no puede desconocer la presunción de exactitud del asiento, y debe mantenerlo”.

3. GARANTÍAS FORMALES

A) La información pública del proyecto de trazado de una autovía es un trámite esencial del procedimiento cuya omisión constituye una vía de hecho expropiatoria

La STS de 28 de marzo de 2008, Ar. 1769, resuelve el recurso para la unificación de la doctrina interpuesto por la empresa adjudicataria de un contrato de concesión de obra pública y beneficiaria de la expropiación para la construcción de una autovía de peaje.

Los hechos en los que trae causa el litigio se remontan a la aprobación del “Plan Director de Infraestructuras 1994-2007” por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 1994. En cumplimiento de este Plan, el Ministerio de Fomento aprobó, el 25 de febrero de 1997, el “Programa de Autopistas de Peaje” que contemplaba entre sus medidas la ejecución del tramo Madrid-Arganda de la autopista radial Madrid-Levante. La Orden de Ministerio de Fomento de 26 de mayo de 1997 declaró urgentes y de excepcional

interés público diversas actuaciones en materia de carreteras, entre las que se encontraba la ejecución del citado tramo, acordándose ésta al amparo del artículo 14.2 del Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras. Por Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre, se adjudica la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación del tramo Madrid-Arganda de la autopista de peaje Madrid-Levante. Anteriormente, en junio de 1997, la Dirección General de Carreteras había aprobado provisionalmente el Estudio Informativo de las expropiaciones a ejecutar, que fue sometido a un período de información pública tras su publicación oficial. Este estudio informativo no incluía la relación concreta e individualizada de bienes y derechos afectados. En marzo de 2000, la Dirección General de Carreteras aprobó el Proyecto de Trazado del tramo Madrid-Arganda del Rey sin someterlo previamente a información pública pese a ser esta actuación la que contenía la relación individualizada de fincas a expropiar. Con fecha 19 de julio de 2000 se levantó acta previa a la ocupación, sin la asistencia del titular de la finca ni del representante del Ayuntamiento, consignándose en la Caja General de Depósitos el depósito previo a la ocupación. El 17 de octubre de 2000 se levantó acta de ocupación, sin que compareciera el titular de la finca y sin que firmara el representante del Ayuntamiento, ingresándose en la Caja General de Depósitos la cantidad derivada de la rápida ocupación. Efectuada la ocupación de la finca, la Administración requirió al titular para que formulara hoja de aprecio y, ante la desavenencia en el justiprecio, la correspondiente pieza separada fue remitida al Jurado Provincial de Expropiación Forzosa que resolvió el justiprecio en las resoluciones que son objeto de impugnación judicial.

En el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo que fijaba el justiprecio, la parte expropiada alegó indefensión derivada de una actuación en vía de hecho consistente en la falta de sometimiento a información pública de la declaración de necesidad de expropiación y la relación de bienes a expropiar del proyecto de ejecución de la autovía. La Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, en Sentencia de 12 de enero de 2007 (recurso 2572/2002), apreció la existencia de la vía de hecho alegada y estimó el recurso en este extremo con el siguiente razonamiento:

“debe resolverse sobre la cuestión aquí planteada, a saber, si la omisión del trámite de información pública del proyecto de trazado, constituyó o no una actuación administrativa conforme a Derecho. Para dar una adecuada respuesta, deben diferenciarse los requisitos que a estos efectos señala la normativa de carreteras (artículos 32 y siguientes del Reglamento), sobre la necesidad de someter a información pública los estudios informativos y en su caso, de los proyectos de trazado en el siguiente caso: ‘No obstante, en el caso en que, siendo necesario un estudio informativo, las circunstancias concurrentes aconsejen que su función se asuma por un anteproyecto, proyecto de trazado o de construcción, éste se someterá a información pública en la misma forma y con el mismo régimen jurídico que si de un estudio informativo se tratara’ (artículo 34.3).

Que en este caso, reiteramos, a efectos de la normativa de carreteras, no resultaba preciso el cumplimiento de los requisitos de publicidad que se exigen a efectos del proceso

VIII. Expropiación Forzosa

de expropiación forzosa. Esto se debe a que el objeto de la información pública de los estudios informativos lo es en el sentido que ‘Las observaciones en este trámite deberán versar sobre las circunstancias que justifiquen la declaración de interés general de la carretera y sobre la concepción global de su trazado (artículo 10.4, párrafo primero)’, por lo que resulta imprescindible determinar si existe o no obligación de someter a información pública el proyecto de trazado (único que contiene la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados por el proyecto expropiatorio urgente que se inicia con su aprobación) a los efectos expropiatorios. La respuesta viene dada por el artículo 56 del Reglamento de Expropiación Forzosa, según el cual, ‘1. El acuerdo en que se declare la urgente ocupación de bienes afectados por una expropiación, deberá estar debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican el excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley y conteniendo referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta o al proyecto de obras en que se determina, así como al resultado de la información pública en la que por imposición legal, o en su defecto, por plazo de quince días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se trate. 2. En estos casos no será procedente recurso alguno, pero los interesados, una vez publicada la relación y hasta el momento del levantamiento del acta previa, podrán formular por escrito ante el Organismo expropiante, alegaciones a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación.’

Así pues, si bien en el presente caso la información pública del proyecto de trazado no era necesaria por imposición legal derivada de la Ley de Carreteras, de ello no se deriva la omisión de tan esencial trámite a los efectos del proceso expropiatorio por un plazo de quince días (así lo exigen en proyecto expropiatorio de urgencia las SSTs de 29 de marzo de 1996 y 19 de enero de 1999), sin que tal omisión pueda ser sustituida, de un lado, ni por la información pública de los estudios informativos ni, de otro, por la ofrecida en la resolución de convocatoria al levantamiento de actas previas, posterior a la aquí omitida (artículo 56.2 REF) y con una limitación de alegaciones importante, a saber, para subsanar posibles errores en la relación de bienes y derechos afectados, que en modo alguno permitió al demandante oponerse a la concreta necesidad de ocupación de su parcela y/o a la extensión de la superficie afectada. Por todo ello, resultando esencial dicho trámite de información pública y habiendo sido omitido, lo que ciertamente causó indefensión material al recurrente, quien en modo alguno pudo articular alegaciones frente a la concreta necesidad de ocupación de la finca en la forma en que se hizo, esta alegación del recurrente debe prosperar.

La consecuencia jurídica derivada de lo anteriormente afirmado, como consecuencia de haberse estimado la petición de nulidad del procedimiento por omisión del trámite de información pública y, también por ello, del de declaración de necesidad de ocupación, como solicita el recurrente, consistirá en una indemnización de daños y perjuicios habida cuenta la imposibilidad material de restituir el terreno a su propietario, que consistirá, según reiterada jurisprudencia sobre la materia, en el importe del justiprecio que se señale incrementado en un 25% más de su valor por la ilegal ocupación, así como los intereses legales de tal cantidad desde la fecha de la ocupación (...) hasta su completo y efectivo pago”.

La información pública del proyecto de trazado de la autovía es considerada por esta sentencia como un trámite esencial del procedimiento por contener la relación individualizada de los bienes y derechos a expropiar, cuya omisión equivale a una vía de hecho expropiatoria por *manque de procedure* que da lugar a indefensión de los interesados; indefensión que no queda enervada por la información pública a la que fueron sometidos los estudios informativos previos a la ejecución del proyecto, que no contienen dicha relación individualizada, ni por la ofrecida en la convocatoria del levantamiento de las actas previas a la ocupación, que es un trámite posterior a la aprobación del proyecto. El Tribunal Supremo confirma este razonamiento de instancia declarando no haber lugar al recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la entidad concesionaria por no existir la triple identidad requerida respecto de las posiciones de las partes, hechos y pretensiones con los casos dilucidados en las sentencias de contraste esgrimidas por la recurrente.

4. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

A) Improcedencia de recurrir el acta previa de ocupación con la sola pretensión de impugnar a través de este acto de trámite actos anteriores, definitivos y firmes, referidos a la procedencia de la expropiación

En números anteriores de esta Revista hemos ido dando cuenta de la legalidad del procedimiento seguido para la expropiación de la presa de Itoiz y la construcción del llamado “Canal de Navarra”, discutida en varias ocasiones por los Tribunales desde que la Audiencia Nacional anulara, en su Sentencia de 29 de septiembre de 1995, la resolución ministerial por la que se aprobó el proyecto de construcción de la mencionada presa. El principal problema que presentaba este procedimiento expropiatorio era que carecía formalmente del requisito de la previa declaración de utilidad pública de una obra pública que requería una Ley específica *ad hoc* para su aprobación, tal y como exigía el entonces vigente artículo 44 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, en cuyo tenor “las obras públicas de carácter hidráulico que sean de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma habrán de ser aprobadas por Ley e incorporadas al Plan Hidrológico Nacional”. Se recordará que el Tribunal Supremo declaró en su STS de 14 de julio de 1997, Ar. 6094, la necesidad de Ley formal del Estado para ejecutar una obra pública hidráulica de interés general (precisando, no obstante, que no era necesario que se hubiese aprobado el Plan Hidrológico Nacional), y que dicha Ley no se aprobó hasta el 8 de julio de 1997.

Posteriormente, la STS de 31 de marzo de 2001, Ar. 5752, declaró la legalidad del acuerdo de expropiación de los terrenos para la construcción de la presa adoptados por el Gobierno de la Comunidad de Navarra en noviembre de 1990, por entender que en dicho acuerdo se hallaba implícitamente declarada la utilidad pública de la obra conforme al artículo 10 de la LEF. En este caso, la cuestión sometida al Tribunal Supremo se centraba en saber si el defecto de aprobación por una Ley estatal de la obra de la presa de Itoiz

VIII. Expropiación Forzosa

constituye un vicio invalidante del procedimiento expropiatorio o, por el contrario, si su aprobación por Ley constituye simplemente un requisito de eficacia del proyecto, en cuyo caso, promulgada la Ley, quedaría subsanado el defecto y, por consiguiente, el expediente expropiatorio. El planteamiento de la cuestión en estos términos y su resolución por el Tribunal Supremo estuvo inevitablemente condicionada por la aprobación legal, de conformidad con el artículo 44 de la Ley de Aguas, de la expropiación de la presa de Itoiz y el Canal de Navarra por la Ley 22/1997, de 8 de julio. La legalización de la obra inclinó el razonamiento del Tribunal Supremo en favor de la conservación de las actuaciones, haciendo reverdecer el decimonónico principio de la intangibilidad de la obra pública ya construida. De tal modo, el Tribunal Supremo sostuvo que si la LEF contempla determinados supuestos en los que la declaración de utilidad pública ha de entenderse implícita, entre ellos la aprobación de los planes de obras del Estado, no hay razón para excluir de esta regla general los planes de obras hidráulicas. No obstante, como la Ley de Aguas requería que esas obras fueran aprobadas por Ley formal *ad hoc*, habrá que entender que la eficacia de la previa declaración de utilidad pública legitimadora de la expropiación implícita en el proyecto de la obra queda en estos casos supeditada a que dicha obra se apruebe mediante Ley estatal. De ese modo, aun cuando el Gobierno de Navarra acordó incoar el expediente expropiatorio de la presa de Itoiz sin haberse promulgado la requerida Ley *ad hoc*, el Tribunal Supremo concluyó que tal requisito de eficacia se cumplió con la aprobación de la mencionada Ley 22/1997, de 8 de julio, que subsanaba el defecto formal existente al incoarse el expediente expropiatorio.

Otro importante aspecto de la construcción de la presa de Itoiz que ha sido objeto de discusión judicial es el que afectaba a la altura que alcanzarían las aguas embalsadas y la anegación que produciría la presa sobre los terrenos colindantes que tenían la consideración de reserva natural. En este otro orden de problemas, la STS de 14 de julio de 1997, Ar. 6094, anuló el Proyecto de la presa de Itoiz en su previsión de que las aguas embalsadas alcanzaran una altura tal que inundaran 500 metros de anchura de las zonas o bandas periféricas de protección de las reservas naturales colindantes. Sin embargo, por Autos de la Audiencia Nacional de 29 de mayo y 11 de septiembre de 2002 se declaró la imposibilidad material de ejecución de aquella sentencia debido a que el proyecto técnico había sido ya realizado en aquellos términos; y tal criterio fue confirmado por el propio Tribunal Supremo en STS de 31 de mayo de 2005, Ar. 2016, que desestimó los recursos de casación interpuestos contra dichos autos, por lo que cabía ejecutar el Proyecto inicialmente anulado en la forma en que fue concebido respecto de la altura posible de las aguas embalsadas. Igual criterio había sostenido el Tribunal Constitucional en su STC 73/2000 de 14 de marzo, conforme a la cual ya no cabe apreciar la ilegalidad de dicho Proyecto en lo que respecta a las zonas periféricas de protección de las reservas naturales afectadas por la construcción de la presa.

A la vista de todos estos antecedentes, la **STS de 23 de abril de 2008** (recurso 6881/2004), se enfrenta otra vez a una expropiación derivada de la construcción de la Presa de Itoiz. En esta ocasión se combate en casación una Sentencia del TSJ de Navarra de 24 de mayo de 2004, Ar. 198771, que inadmite el recurso interpuesto contra diversas Órdenes Forales aprobatorias del pago de justiprecios relativos a diversos bienes y derechos afectados por el embalse de Itoiz, se convocaba a los propietarios para el levantamiento de las actas de

pago y ocupación y se comunicaba la consignación del justiprecio y la ocupación de las fincas. Según la Sala de instancia, la inadmisión se fundamenta en que

“al socaire de unos actos meramente instrumentales y ejecutivos de otros (...) que se limitan a aprobar respectivamente el pago de justiprecios relativos a diversos bienes y derechos afectados por el embalse de Itoiz, y a convocar a los propietarios para el levantamiento de las actas de pago y ocupación, así como a comunicar la consignación del justiprecio y la ocupación de las fincas, se nos está trayendo a colación toda la temática de la debida o indebida expropiación con base a la pretendida nulidad del PSIS del Pantano de Itoiz. Esto, además de constituir una clara desviación procesal, da lugar a la inadmisibilidad del recurso debidamente apreciada y que la Sala estima procedente (...). Y es que una cosa es que la nulidad de unas resoluciones o actos anteriores (v.g., la nulidad de la *causa expropiandi* o la determinación del justiprecio) pudiera arrastrar la nulidad de los actos de trámite y/o ejecutivos posteriores y otras cosa distinta (e inaceptable jurídicamente) es que mediante la impugnación de estos actos de trámite se puedan alegar motivos de nulidad referentes a actos distintos que pudieron ser impugnados con el resultado que sea en cada caso (como es el caso presente). (...) Una cosa es que la nulidad de las resoluciones anteriores, como la referente a la necesidad de ocupación de las fincas o a su urgente ocupación, arrastre la nulidad de resoluciones de trámite como la recurrida (artículo 64.1 Ley 30/1992) y otra cosa es que mediante su impugnación se puedan alegar motivos de nulidad referentes a actos distintos. El recurrente trata de justificar la impugnabilidad de la susodicha resolución de trámite por la comisión de infracciones ajenas a ese acto, y que no pueden acarrear su nulidad sino mediante la impugnación de los actos anteriores que adolezcan de tales defectos.

Debemos reiterar que se están combatiendo actos meramente instrumentales y de ejecución de otros que nacen o son consecuencia de todo el Procedimiento de Justiprecio llevado a cabo. El Jurado de Expropiación se ha pronunciado sobre el tema, pronunciamiento que fue recurrido o impugnado definitivamente en sede judicial y que ha dado lugar precisamente al recurso contencioso 691/2000 (Sentencia de esta Sala desestimatoria de fecha 7 de febrero de 2003), por lo que resulta ocioso decir que este tema ni podemos tocarlo ni es objeto de este pleito”.

Así, pues, el Tribunal de instancia estima que las Órdenes Forales recurridas son actos de trámite meramente instrumentales de un procedimiento de justiprecio ya solventado judicialmente, por lo que no son recurribles conforme a los artículos 25.1 y 69.c) de la LJCA. La improcedencia de revivir el procedimiento de justiprecio y de discutir de nuevo la legalidad del Proyecto de construcción de la presa es confirmada por el Tribunal Supremo al resolver, en sentido desestimatorio, el recurso de casación deducido contra esta sentencia del TSJ de Navarra, subrayando el sinsentido jurídico de

“la argumentación de los recurrentes que pretenden recurrir actos meramente instrumentales, o incluso la ocupación al oponerse el requerimiento para levantamiento del acta de ocupación, con el solo argumento de la nulidad del citado proyecto, lo que ya no se

VIII. Expropiación Forzosa

acomoda a la legalidad declarada por esta Sala y confirmado por el Tribunal Constitucional, existiendo ya pronunciamientos jurisdiccionales confirmatorios de la legalidad de la actuación administrativa, e incluso de los pronunciamientos del Jurado, que confirman la legalidad de lo actuado en los actos administrativos por los que se convoca a los propietarios para el levantamiento de las actas de pago y ocupación así como la consignación del justiprecio y la ocupación misma que, como decimos, no puede ser cuestionada, como el recurrente hace, invocando la disconformidad a derecho del proyecto legitimador de las obras en cuanto a inundaciones superiores a 500 metros de cota de embalse, pues ello está en contradicción con los antes mencionados pronunciamientos de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

En definitiva, no existe fundamento para el acogimiento del primero de los motivos casacionales en que se denuncia la improcedencia de la inadmisión acordada en cuanto a la impugnación de actos de trámite o de la misma ocupación con fundamento en la contravención de pronunciamientos de la anterior Sentencia de 14 de julio de 1997 en relación con un proyecto que resulta superado por la Sentencia de 31 de mayo de 2005 de esta Sala.

No existe tampoco fundamento que justifique el motivo segundo, en que el recurrente denuncia la aplicación de la cosa juzgada, dado que ello se hace en función de la misma argumentación, basada en la Sentencia de 14 de julio de 1997, partiendo de la imposibilidad de inundación del vaso del embalse; ni tampoco procedería en ningún caso la estimación del motivo tercero sobre cumplimiento de resoluciones judiciales firmes por el mismo motivo, ni el motivo cuarto por una supuesta infracción del derecho de los recurrentes a residir en Itoiz en contra de la ocupación de las fincas acordada por los actos administrativos, pues ello igualmente se intenta justificar en base al pronunciamiento de la Sentencia de 14 de julio de 1997, ni es, por último, atendible el quinto motivo de casación en que se alude a infracción de diversas normas relacionadas con la protección de derechos humanos ya que, por Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004, se rechazó tal argumentación”.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Intereses de demora del justiprecio retasado en supuestos de mutuo acuerdo. *Dies a quo* para el cómputo del plazo

La STS de 30 de abril de 2008 (recurso 2540/2005), resuelve el recurso de casación deducido por la Comunidad Autónoma de Castilla y León frente a la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 4 de marzo de 2005, Ar. 96690, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Orden de la Consejería de Fomento de dicha Comunidad Autónoma que desestimaba la reclamación de intereses relativos al justiprecio de retasación de una expropiación. La petición a la Administración se formuló tras que el Tribunal Supremo, en apelación, declarara el derecho de los recurrentes a la retasación por Sentencia de 17 de mayo de 1994, Ar. 4267. En cumplimiento del fallo,

la Comunidad Autónoma expropiante inició el procedimiento contradictorio de aprecio sobre la retasación, que concluyó en un Acuerdo en el que los expropiados aceptaban el justiprecio propuesto por la Comunidad Autónoma. Posteriormente, la Administración levantó un acta de pago parcial que en una de sus cláusulas decía expresamente que “el resto del justiprecio se satisfará durante el primer semestre del próximo ejercicio, con cargo a las partidas presupuestarias consignadas al efecto, levantándose la oportuna Acta de Pago, con renuncia expresa de la parte expropiada a los intereses de demora que se pudiera haber devengado desde la fijación del justiprecio de la retasación y hasta que se proceda a su pago”.

Lo que se debate en este proceso es la procedencia o no, en vista de esta cláusula, de poder reclamar los intereses de demora sobre el justiprecio de retasación. Pese a la renuncia que expresa la cláusula transcrita, que es lo que argumentaba la Administración expropiante para no pagar los intereses, la Sala de instancia entendió que sí había lugar al abono de éstos, pues dicha cláusula

“Debe ser interpretada junto con el conjunto de las cláusulas del acuerdo, y así lo recoge el artículo 1285 del Código Civil al determinar que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas con las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas; debiéndose añadir a esto lo recogido en el artículo 1281 y en los dos artículos siguientes del mismo cuerpo legal, pues el artículo 1281 determina que si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas, prevaleciendo la intención evidente de los contratantes sobre el parecer de las palabras contrarias a esta intención, para determinar el artículo siguiente que para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato y, según el artículo 1283, cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deben entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Puesto que esta cláusula debe ser integrada con la cláusula VIII, se concluye que las partes prestaron su conformidad a la cuantificación del justiprecio, solicitando el pago de dicha suma, por tal concepto; es decir, cuando las partes fijaron el justiprecio de la retasación (...) lo era por el concepto de justiprecio; y el convenio (...) se debe referir al acuerdo de pago de precisamente esta cantidad de justiprecio. Del contenido del mismo, y especialmente de estas dos cláusulas indicadas se desprende que las partes (y en concreto la expropiada) en ningún caso renunciaron a los intereses de demora, con la excepción de la parte referida a los intereses de demora que se pudieran haber devengado desde la fijación del justiprecio de la retasación y hasta que se proceda a su pago; es decir, los intereses devengados desde que se fijó el justiprecio y hasta el pago de este justiprecio no devenga interés alguno, pero en ningún caso se establece que se renuncie a los intereses devengados con anterioridad. Ninguna cláusula de este acta de pago parcial (...) puede llevarnos a considerar que la parte haya renunciado al cobro de los intereses. En todo momento este acta de pago parcial se refiere al convenio sobre el pago del justiprecio a cuyo acuerdo habían llegado las partes, pero en ningún caso se refiere a los intereses que el importe del justiprecio pueda producir, salvo el apartado indicado de

VIII. Expropiación Forzosa

los intereses devengados por el principal (justiprecio) desde la fijación del justiprecio de la retasación y hasta que se proceda a su pago. No debe la parte expropiada dejar a salvo los intereses de demora para que éstos se devenguen, pues estos intereses de demora se producen conforme a las responsabilidades por demora que establecen los artículos 56 y 57 de la Ley de expropiación forzosa. Es precisamente al contrario, para que no dé lugar a estos intereses, se debió renunciar expresamente a los mismos, como en parte se renuncia a estos intereses por lo dispuesto en la cláusula X del acta de pago parcial (...). Por consiguiente este convenio (...) no afecta para nada a los intereses que se puedan devengar (...) con anterioridad a la fijación del justiprecio de retasación.”

De esta forma, el Tribunal *a quo* concluye que habiéndose iniciado un procedimiento contradictorio de aprecio para retasar los bienes expropiados no puede estimarse en puridad que estemos ante un supuesto de fijación del justiprecio de retasación por mutuo acuerdo de los que prevé el artículo 24 de la LEF, en cuyo caso el derecho a reclamar los intereses se pierde salvo que las partes hagan expresa alusión al mismo. Y aun en el supuesto que se estimara que el justiprecio fue fijado de mutuo acuerdo tampoco quedaría excluido en este caso el reconocimiento parcial de los intereses de demora, ya que en el acuerdo alcanzado entre las partes sólo se renuncia expresamente a los intereses de demora que se pudieran haber devengado desde la fijación del justiprecio de retasación hasta que se procediese a su pago.

Por otra parte, la Sala de instancia también rechaza el argumento de la Administración según el cual el día inicial del cómputo para el cálculo de los intereses sobre el justiprecio retasado no se inicia hasta que se presenta la hoja de aprecio por los interesados, sin que pueda entenderse solicitada la retasación hasta tal fecha. No comparte la Sala tal argumentación, ya que la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en esta materia señala que el justiprecio primitivo es el que ha de tenerse en cuenta para calcular los intereses de demora de los artículos 52.8, 56 y 57 de la LEF a partir de los seis meses de haberse iniciado el expediente expropiatorio por demora en su tramitación (o desde el día siguiente a la ocupación en los casos de expropiación urgente cuando la ocupación hubiera tenido lugar antes del transcurso de dicho plazo, hasta el día anterior a la solicitud de retasación), calculándose sobre el justiprecio los devengados desde la fecha de la presentación de la solicitud de retasación, por lo que habiendo solicitado los recurrentes la retasación ha de estarse a esa fecha de solicitud con independencia de cuando presenten la hoja de aprecio. Y ello es así, ciertamente, porque la retasación tiene su fundamento en la caducidad del justiprecio originario cuando transcurren dos años sin satisfacerse o consignarse eficazmente. Consecuentemente, estamos ante un nuevo justiprecio que no debe tener más entronque con el anterior que el de estar referido a los mismos bienes y derechos, debiendo referirse esta nueva valoración al momento en que se solicite por el expropiado, o a aquel en el que la Administración de oficio —o el beneficiario— abran un nuevo expediente de retasación.

En el recurso deducido contra esta sentencia ante el Tribunal Supremo, la Administración expropiante formula dos motivos de casación: el primero, por considerar vulnerados los artículos 56 de la LEF y 26 de su Reglamento, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los intereses de demora cuando media de mutuo acuerdo; en

el segundo motivo alega vulneración del artículo 74.2 del REF y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el momento en que debe tenerse por efectuada la solicitud de retasación a efectos de calcular los intereses de demora, argumentando la recurrente que los intereses de demora se calculan sobre el justiprecio en retasación desde que ésta se solicita sólo si en ese momento se formula una hoja de aprecio, ya que de lo contrario faltarían las bases para su cálculo.

El Tribunal Supremo desestima ambos motivos. El primero, porque

“esta Sala viene declarando reiteradamente que en los supuestos de fijación del justiprecio por mutuo acuerdo del artículo 24 de la Ley expropiatoria no se producen los intereses de demora en la tramitación y determinación de dicho justiprecio por la vía del artículo 56 de la mencionada Ley, y ello, sustancialmente, por cuanto siendo el precio así determinado resultado de la voluntad acorde de las partes con intereses encontrados (beneficiario y expropiado), aquéllas al fijarlo con el concepto de partida alzada por todos conceptos que dice el artículo 26 del Reglamento de Expropiación pudieron tener en cuenta, para valorarlo e incluirlo en la cantidad convenida el retraso o demora producidos desde la incoación de expediente (...). La exclusión de los intereses de demora, sin embargo, no tiene lugar cuando ‘expresamente se hubiera incluido en (el justiprecio acordado) la percepción de los intereses, habiendo de estarse por ello a los términos del convenio’ (Sentencia de 7 de julio de 1984), o, como dice la Sentencia de 19 de julio de 1983, entre otras muchas que podrían citarse, en el caso de que ‘expresamente se manifieste en el acta formalizadora del convenio que además de la cantidad fijada haya de añadirse la correspondiente a intereses de demora ya devengados o cualquier otro concepto’, de tal suerte que no procede reconocerlos si ‘no hicieron los litigantes en la comparecencia en que fue convenido el precio referencia alguna a la inclusión o exclusión en el mismo de los intereses de demora en la fijación del justiprecio’”.

Del desarrollo cronológico que se ha expuesto resulta evidente que no nos hallamos en presencia de un justiprecio fijado por mutuo acuerdo, en los términos a que se refiere el artículo 24 de la LEF (...) y por ello es necesario acudir al examen de la cláusula X antes transcrita que únicamente puede ser interpretada en el sentido que lo hace el Tribunal a quo, con referencia a los preceptos del CC que cita relativos a la interpretación de los contratos, estimando que la renuncia se refiere exclusivamente a aquellos intereses de demora que se devengasen desde la fijación del justiprecio de la retasación hasta su pago, que es la renuncia que se hace expresamente, lo que evidencia la voluntad de quienes suscribieron el convenio de no excluir el resto de los intereses de demora.

El segundo motivo casacional, relativo al *dies a quo* en el que ha de tenerse por efectuada la solicitud de retasación para el cálculo de los intereses de demora, es rechazado con el siguiente argumento:

“El artículo 74 de la REF que se considera infringido por la recurrente establece que la nueva evaluación prevista en el artículo 58 de la Ley (regulador de la retasación) se hará a instancia

VIII. Expropiación Forzosa

del expropiado, por quien se formulará nueva hoja de aprecio en los términos establecidos en el artículo 29 de la Ley. Del tenor de tales preceptos resulta evidente que la solicitud de retasación debe ir necesariamente acompañada de la hoja de aprecio formulada por el solicitante de aquélla, que es la que permite a la Administración tener conocimiento no sólo de la petición que se le formula, sino también del justiprecio que se le reclama.

Es cierto que la solicitud de retasación formulada por los expropiados (...) no fue acompañada de la necesaria hoja de aprecio, como señalan los preceptos citados, pero también lo es que la Administración ni les dio el oportuno plazo para subsanar ese defecto, ni aceptó su pretensión de retasación, lo que obligó a aquéllos a acudir a la vía jurisdiccional, sin que hasta que se dictó por esta Sala más de seis años después (...) sentencia reconociendo su derecho a la retasación, la Administración accediera a la pretensión a la que aquéllos tenían derecho.

No puede por tanto, ampararse la Administración en su propia actuación, que claramente generó indefensión a los expropiados, a los que no solicitó subsanaran la omisión de la presentación de hoja de aprecio y obligó a acudir a un largo procedimiento judicial, pretendiendo ampararse ahora en una omisión de aquellos a los que ninguna posibilidad dio de subsanación.”

B) La aceptación del justiprecio, hecha sin reservas y de plena conformidad, excluye el derecho de retasación por aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet*

La jurisprudencia viene afirmando que la aceptación del pago del justiprecio por el expropiado, hecha sin reservas y de plena conformidad, excluye el ulterior ejercicio del derecho de retasación por aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet* (véanse, por ejemplo, las SSTs de 7 de junio de 2006, Ar. 3098, de 27 de junio de 2006, Ar. 6340, o la más reciente de 6 de febrero de 2008, Ar. 727).

Reiterando esta doctrina, la STS de 8 de abril de 2008, Ar. 2415, resuelve el recurso de casación contra una STSJ de Canarias que rechazó la solicitud de retasación efectuada ante el Ejército del Aire por los propietarios de terrenos expropiados a favor de la base militar de Gando. En el caso de Autos, los propietarios recurrentes habían aceptado el justiprecio al suscribir el acta de pago, en la que explícitamente se decía que “el cobro de dicha cantidad es recibido por los comparecientes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y siguientes de la Ley de 16 de diciembre de 1954, dando los comparecientes por efectuado el pago del justiprecio de la finca expropiada y por tanto saldadas y liquidadas las correspondientes obligaciones manifestando que no tienen nada más que reclamar”. Al efecto, la Administración entregaba la cantidad total en talones nominativos. Sin embargo, en el tiempo que transcurre entre el acta de pago y el cobro efectivo de dichos talones, los propietarios solicitan la retasación de los terrenos al tener conocimiento de que los Tribunales estaban revisando al alza el justiprecio de las expropiaciones producidas en la zona, alegando mala fe por parte de la Administración, sabedora de la revisión judicial de los justiprecios, de un lado, y, de otro, que la retasación se solicita con anterioridad a la materialización del pago.

El Tribunal de instancia desestima el recurso por entender que

“lo decisivo en el caso es que los aquí recurrentes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, no contraria a precepto legal alguno, aceptaron el justiprecio con anterioridad a formular la solicitud de retasación, aunque no es menos cierto que dicha petición se hizo también antes de recibir el justiprecio por talones nominativos, lo cual no constituye más que la instrumentación del pago y no enerva la eficacia de la voluntad manifestada”.

Frente a esta sentencia formulan recurso de casación, que también es desestimado por el Tribunal Supremo, para quien no es admisible la retasación

“cuando los actos propios del expropiado manifiesten una voluntad de acomodación al quantum de la valoración, aceptando ésta sin manifestaciones de las que pudiera deducirse disconformidad con la subsistencia de tal valoración, tal como sostienen las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1979, y 26 de diciembre, y 18 de marzo de 1983. Jurisprudencia que justifica las apreciaciones de la Sala de instancia atendiendo al contenido de las actas de pago (...), en las que no se contiene reserva ni reparo alguno sobre el justiprecio o su subsistencia, e incluso se dan por saldadas y liquidadas las correspondientes obligaciones, manifestando que no tienen nada más que reclamar, lo que constituye una inequívoca postura ante la liquidación del justiprecio que no puede contradecirse con la posterior solicitud de fijación de un nuevo justiprecio, que es lo que en definitiva se persigue con la retasación”.

Y también rechaza el Tribunal Supremo la alegación de los recurrentes que amparaban su derecho retasacional en haber formulado su solicitud con anterioridad al pago aduciendo que las actas de pago se suscribieron en mayo de 1997, los cheques no se hicieron efectivos hasta julio y la retasación se solicitó en junio del mismo año 1997. Frente a ello, el Tribunal Supremo señala que

“lo que enerva el derecho de retasación no es la efectividad o materialización del pago del justiprecio una vez transcurrido el plazo de caducidad establecido en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, lo que por sí mismo no impediría el ejercicio de tal derecho, sino la aceptación de dicho pago sin reservas y de plena conformidad en cuanto implica la renuncia a la retasación y por lo tanto su ejercicio con posterioridad a dicha aceptación resulta contrario a sus propios actos, como se desprende de la jurisprudencia de esta Sala (...) Sentencias de 2 de junio de 1984, 22 de junio de 1991, 14 de noviembre de 1995 y 14 de junio de 1997, según las cuales, el pago posterior a los dos años de la fijación del justiprecio no es obstáculo para que proceda la retasación, si se ha solicitado la misma con anterioridad a dicho pago (...).

En este caso la parte recurrente aceptó el pago en las actas de 14 y 27 de mayo de 1997 de plena conformidad y no sólo sin hacer reserva alguna sino dando por saldadas y liquidadas las correspondientes obligaciones y manifestando que no tienen nada más que reclamar, lo que la Sala de instancia consideró como manifestación de ‘la voluntad inequívoca de

VIII. Expropiación Forzosa

renunciar a la tasación', impidiendo el posterior ejercicio del derecho con fecha 10 de junio siguiente, apreciación que se acomoda a la referida jurisprudencia que interpreta el alcance del invocado artículo 58 de la LEF”.

Junto a ello, dando respuesta a la alegación de los recurrentes por la que invocaban los artículos 1173 y 1157 del Código Civil para reforzar su interpretación de que no se había producido el pago del justiprecio por faltar también los intereses sobre éste, el Tribunal Supremo recuerda que

“es constante la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que el pago o consignación a que se refiere el artículo 58 de la LEF es el justiprecio sin que sea preciso el abono de los intereses para impedir el derecho a la retasación (SS. 26 de octubre de 1993, 24 de junio de 1996, entre otras), al considerar ‘el justiprecio como un valor de sustitución conmutativo del derecho expropiado, por lo que no pueden estar comprendidos en el contenido material de aquél los intereses expropiatorios, al ser conceptos diferentes, de naturaleza distinta y que responden a causas diversas. Estos intereses fueron conceptuados por Sentencias de esta Sala, de 29 de enero y 5 de febrero de 1990, como un crédito accesorio del justiprecio y una obligación por demora en el pago de éste’.

Por otra parte y como señala la Sentencia de 23 de mayo de 2000, ‘La cuestión relativa a la imputación de los pagos parciales durante el expediente de expropiación ha sido resuelta por esta Sala a partir de la Sentencia de 28 de febrero de 1997 (recurso de casación número 760/1992) en los siguientes términos:

- a) El mandato del Código Civil (artículo 1173) que ordena la imputación preferente de los pagos a los intereses frente al capital no es obstáculo para que deban imputarse a éste cuando así lo exige el tenor de la obligación (artículo 1258 del Código Civil) o se desprende del acuerdo con el acreedor en el momento del pago (artículo 1172.2 del Código Civil).
- b) El pago o depósito del justiprecio constituye requisito necesario para proceder a la ocupación de los bienes, sin necesidad de incluir los intereses. En virtud de ello, la Administración pueda imputar los pagos al justiprecio y no a los intereses de demora.
- c) Revela la voluntad inequívoca de la Administración de imputar los pagos realizados al justiprecio, entre otras circunstancias, el hecho de que aquéllos se verifiquen en concepto de justiprecio o de cantidad concurrente; de que así se desprenda de las liquidaciones preparatorias; o de que las cantidades satisfechas o consignadas asciendan precisamente a la cantidad exacta que resulta de descontar del total del justiprecio el depósito previo y los pagos anteriores”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Responsabilidad sanitaria. *Lex artis ad hoc* y consentimiento informado. Carga de la prueba. B) Responsabilidad por omisión. Necesaria acreditación de una obligación legal de actuar. C) Teoría del margen de tolerancia. **3. Daño indemnizable. 4. Responsabilidad por infracción del Derecho comunitario.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Incluimos en esta entrega interesantes sentencias en materia de responsabilidad sanitaria, responsabilidad por omisión, teoría del margen de tolerancia, prueba del daño indemnizable y, destacadamente, responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, tema este en que la doctrina del Tribunal Supremo sigue, a nuestro juicio, necesitada de perfeccionamiento.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD**A) Responsabilidad sanitaria. *Lex artis ad hoc* y consentimiento informado. Carga de la prueba**

Una vez más, traemos a estas páginas algunos pronunciamientos en materia de responsabilidad sanitaria, que siguen líneas maestras ya conocidas por el lector de estas crónicas: el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* —que incluye el consentimiento informado— como clave para enjuiciar la procedencia de indemnización, y los matices a la regla general según la cual la prueba de la causalidad corresponde al reclamante derivados de la facilidad de prueba que en muchos casos tiene la Administración en el ámbito sanitario y la correlativa cuasi-imposibilidad probatoria para el recurrente.

– La STS de 2 de noviembre de 2007, Ar. 463, enjuicia un nuevo caso de responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria, en este caso, por defectos en la asistencia en el parto que originan graves secuelas al recién nacido.

Comienza sentando el criterio de la *lex artis* y desterrando el mito de la responsabilidad objetiva pura:

“(…) cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.”

“(…) Desde estas consideraciones no puede acogerse un planteamiento de la responsabilidad patrimonial fundado únicamente en la objetiva relación de causalidad entre la prestación sanitaria y el resultado lesivo, sino que resulta determinante al efecto el examen de la adecuación de dicha prestación, atendiendo a la utilización de las técnicas y realización de actuaciones profesionales procedentes, según el caso, de acuerdo con la *lex artis*, teniendo en cuenta que es constante la jurisprudencia (...) en el sentido de que la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible”.

El Tribunal de instancia había considerado que, ante la falta de registros de monitorización, no podía establecerse la existencia de una desviación de la *lex artis* respecto a la prontitud exigible en la detección de un caso de sufrimiento fetal. Pese a la limitación al alcance de la valoración de la prueba en casación, el Tribunal Supremo considera, en este caso, que la falta de registros no puede favorecer a la Administración que estaba obligada a aportarlos, criterio que enlaza con el de facilidad de la prueba. Y es que, en efecto,

“(…) la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica”.

El Tribunal de instancia, pese a reconocer la trascendencia de la prueba en cuestión, había considerado que podía solventarse con la valoración de las declaraciones de la matrona y

ginecólogo intervinientes, presumiendo que un especialista de un Hospital de la Sanidad Pública no puede cometer el error de no apreciar la existencia de sufrimiento fetal al ser llamado y evaluar la situación, error que consideraba incompatible con la suficiencia técnica que se le presume. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que no puede acogerse esta presunción efectuada en favor de la Administración que no aportó tan importantes elementos de prueba y que no puede justificarse en la suficiencia técnica del médico interviniente, pues de seguir ese criterio se excluiría el error en sus actuaciones, atribuyéndole una infalibilidad que ni siquiera depende de la formación técnica sino de la actitud personal ante un concreto supuesto.

Además, considera que de los autos se desprendía que, en efecto, había existido un mal funcionamiento.

Todo ello le lleva a considerar que concurren los presupuestos de la responsabilidad administrativa. Teniendo en cuenta los padecimientos de la menor, tretraparesia e hipoacusia bilateral, su incidencia y limitaciones en el desenvolvimiento de su vida, la asistencia precisa de otras personas tanto profesionales sanitarios, de formación, entre otros, como para la realización de sus actividades funcionales diarias y los daños morales, fija una indemnización comparativamente elevada, en la cantidad de 500.000 euros, que comprende todos los daños físicos y morales, a la que ha de añadirse la cantidad de 50.000 euros por daños morales en favor de sus padres, que reclaman conjuntamente, atendiendo a la situación en que queda la menor y la afectación que ello supone para tales familiares.

— La **STS de 1 de febrero de 2008**, Ar. 1349, analiza también un caso de responsabilidad sanitaria. Se trata, en este caso, de una mujer aquejada de cáncer de mama, a la que se interviene sin éxito para tratar de evitar una paraplejía, con complicaciones por infección de heridas quirúrgicas que requieren nuevas intervenciones. La paciente no había sido informada acerca de los posibles tratamientos alternativos a dicha intervención.

El Tribunal de instancia había denegado las pretensiones por no tener como acreditadas las citadas incorrecciones en la actuación médica.

El Tribunal Supremo considera probado que se informó sólo sobre los riesgos, pero no sobre los posibles tratamientos alternativos, aspecto que forma parte del contenido necesario de la información que ha de darse al paciente, siendo así que en este caso se trataba de tratamientos que los propios estudios médicos consideraban más seguros, como el tratamiento con radioterapia, y más, si como la propia Inspección Médica reconocía en su Informe, la paraplejía hubiera sido en todo caso inevitable con o sin intervención quirúrgica, inevitabilidad de la que no se informó a la paciente, que precisamente se sometió a aquélla para tratar de evitarla, asumiendo la paraplejía como un riesgo y no una consecuencia de la operación. Entiende, pues, que si la propia Administración sanitaria visto el Informe de la Inspección, consideraba inevitable la paraplejía, con mucha más razón hubiera debido informar a la recurrente sobre los tratamientos alternativos, no limitándose a la prescripción del más agresivo de ellos, que no hubiera podido conseguir

los objetivos para cuya práctica dio aquélla su consentimiento. De este modo, se vulneró la *lex artis ad hoc*.

Para cuantificar la indemnización, tiene en cuenta que la indemnización procedente debe resarcir la imposibilidad que se derivó para la paciente de poder optar ante distintos tratamientos alternativos para hacer frente a la afectación que padecía, eligiendo libre y voluntariamente aquel que ella, una vez conocedora de los riesgos y expectativas de resultados de todos ellos, hubiera considerado el más conveniente. Ha de tomarse en consideración igualmente en cuenta la edad de la paciente, 59 años, y el propio estado de la evolución de sus padecimientos. A la vista de todas estas circunstancias estima ponderado fijar en 60.101,21 euros la cantidad a otorgar a la demandante.

B) Responsabilidad por omisión. Necesaria acreditación de una obligación legal de actuar

Para que pueda imputarse a la Administración responsabilidad por omisión, ha de existir una obligación legal de actuar.

Una muestra de este postulado nos la brinda la **STS de 12 de febrero de 2008**, Ar. 1358, en la que una empresa vasca de astilleros reclama responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos en el mantenimiento del dominio público marítimo-terrestre, concretamente el cauce una ría, que llevó a dicha entidad a ejecutar obras de dragado para el mantenimiento de su actividad, con el consiguiente perjuicio por los importes indicados.

El Tribunal de instancia consideró que sin perjuicio de que la Administración tiene un deber general de conservación del dominio público marítimo-terrestre, adoptando medidas de protección y restauración que garanticen el uso y la defensa de los valores ecológicos de las costas, no existe una obligación de mantener estable y sin alteración las costas en beneficio de una especial actividad industrial, sin perjuicio de que siempre sin lesión de los valores ecológicos y con las debidas garantías la Administración autorice el dragado. En ausencia de dicha obligación, no puede imputarse a la Administración responsabilidad por omisión.

El Tribunal Supremo hace suyo este razonamiento.

C) Teoría del margen de tolerancia

La **STS de 31 de enero de 2008**, Ar. 1347, enjuicia una reclamación patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la denegación de homologación en España del título de Médico Especialista en Cirugía Cardiovascular expedido por una universidad argentina, denegación declarada ilegal por los tribunales contencioso-administrativos. Reincide en una teoría aplicada cada vez con más frecuencia: la del margen de tolerancia, según la

IX. Responsabilidad Administrativa

cual hay ilegalidades disculpables a los efectos de la responsabilidad patrimonial. Esta teoría, como hemos insistido tantas veces, afecta a la sustancia misma del régimen de responsabilidad, que no puede predicarse como objetivo, no ya porque exija con carácter general la existencia de una anormalidad sino porque, aún más lejos, en ocasiones exige una anormalidad agravada.

Reproducimos el tenor literal de esta teoría, de potencial difícilmente magnificable. Para el Tribunal Supremo, en el caso de la responsabilidad derivada de la aplicación de actos administrativos posteriormente declarados ilegales, han de concurrir los requisitos de la responsabilidad,

“(…) requisitos cuya concurrencia, si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión.

Avanzando en esta línea argumental, en principio parece claro que los efectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, funcionamiento de servicios públicos y anulación de resoluciones administrativas, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo invariable en ambos supuestos y la determinación de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a los mismos criterios valorativos; en consecuencia el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo, la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, a la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

El tema, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.

Lo hasta aquí razonado permite que en la valoración del caso concreto, función que necesariamente han de efectuar los Tribunales para poder dar una respuesta acorde a los intereses de la justicia en consonancia con las peculiaridades que concurren en cada supuesto sometido a su decisión, puedan operar, para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuridicidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la

IX. Responsabilidad Administrativa

valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado”.

3. DAÑO INDEMNIZABLE

La STS de 31 de enero de 2008, Ar. 1347, que acabamos de comentar, en materia de homologación de títulos, descarta la existencia de responsabilidad por entender no acreditada la existencia de daño. El Tribunal Supremo parte de la apreciación del Tribunal de instancia, conforme al cual no estaba acreditado el daño material ni moral, ya que el recurrente partía erróneamente del presupuesto de hacer coincidir la obtención del título de Especialista y el acceso a un puesto de trabajo y la consiguiente percepción de ingresos, presupuesto que el Tribunal Supremo no comparte pese a que el recurrente había sido incluso excluido del concurso de acceso a una plaza en un hospital público por no poseer la titulación requerida. Entiende que ello no supone que de haber sido admitido hubiera sido el seleccionado. Afirma que

“(…) la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros ‘sueños de ganancias’ (...) ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (...)”

El razonamiento peca a nuestro juicio de gran formalismo, y ya ha sido aplicado en la generalidad de casos de homologación de títulos. Desde el momento en que su denegación ilegal impidió al reclamante desempeñar su profesión en España, no puede acreditar daño cierto. El resultado al que conduce parece muy poco satisfactorio desde el punto de vista de la efectividad del Derecho y de la garantía de los derechos individuales, máxime cuando ni siquiera va acompañado del reconocimiento de una cantidad a tanto alzado en concepto de daño moral.

4. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Traemos finalmente a este Crónica dos sentencias sobre responsabilidad por infracción del Derecho comunitario.

El principio de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario tiene ambiguos precedentes en la jurisprudencia anterior a los años noventa. Ahora bien, sólo en esta década el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lo estableció sin ambages, y precisó su alcance general y el régimen aplicable. La garantía indemnizatoria deriva de la propia lógica jurídica del sistema comunitario, como necesario complemento de los derechos que a los particulares confiere dicho ordenamiento. Otorgamiento de un derecho y garantía de su reintegración patrimonial en caso de incumplimiento se presentan, de este modo, como las dos caras de la misma moneda. Sin embargo, a esta fundamentación se le añade otra basada en la garantía de la eficacia de la normativa comunitaria. Al respecto, resulta significativo que en 1991 se estableciera la obligación

de indemnizar a los particulares ante la reiterada omisión de un Estado miembro de transponer una directiva. En un momento posterior, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió transponer al campo de la responsabilidad estatal el régimen de responsabilidad de la Comunidad por actos normativos que implican opciones de política económica, pero con una importante matización: en materia de responsabilidad estatal, se exige siempre una violación suficientemente caracterizada. Ahora bien, el elemento clave es el margen de apreciación que deja la normativa comunitaria aplicable. Mientras menor sea, menor también será la posibilidad de “exculpar” la actuación estatal y viceversa. Hasta el punto que, si la norma infringida es clara y terminante, el sistema se comporta, en la práctica, como un régimen de responsabilidad por ilegalidad de corte objetivo, pues toda ilegalidad se considera manifiesta y grave. Como resultado, no toda violación del derecho de un particular es indemnizada, sino sólo las que resultan más reprochables desde el punto de vista de la conducta del sujeto público autor de ella. Es en este sentido en el que puede afirmarse que se trata de un régimen de responsabilidad “penalista” o “culpabilista”. Por encima del propio control de legalidad, se diseña un sistema jurisdiccional en el que se aumenta la disuasión de los incumplimientos más graves mediante su penalización económica. El prisma de la situación patrimonial efectiva del particular no es, en consecuencia, el criterio determinante, puesto que un daño cuantioso pero fruto de un error “disculpable” no es indemnizado, mientras que sí lo es un daño poco elevado fruto de una violación manifiesta de una norma precisa.

Es necesario hacer una consideración fundamental que permite valorar el sistema instaurado en sus justos términos. El régimen expuesto constituye tan sólo un estándar mínimo. En virtud del principio de equivalencia, debe aplicarse el régimen nacional de responsabilidad si es más favorable respecto de infracciones análogas del ordenamiento interno. Esta precisión está llamada a tener un peso decisivo respecto de la responsabilidad derivada de actos administrativos, dado que, en numerosos Derechos nacionales, la ilegalidad es en estos casos suficiente para generar la responsabilidad administrativa. A ello se le une el principio de efectividad, según el cual, en los ámbitos en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha establecido este estándar mínimo (señaladamente, en materia procesal), las condiciones a las que se someten las acciones nacionales para reclamar la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario no pueden ser tan rigurosas que impidan una garantía efectiva de los particulares. Este concepto es abstracto y amplio, pero supone una reserva por parte del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de la cual puede llegar a descartar la aplicación de requisitos de regímenes nacionales excesivamente restrictivos.

Es preciso analizar cuál ha de ser el juego de los principios de equivalencia y efectividad en la aplicación del régimen de responsabilidad por el orden contencioso-administrativo.

Centrándonos ahora en los casos de responsabilidad del legislador, por acción o por omisión, habría que distinguir entre la responsabilidad por leyes inconstitucionales (léase aquí, contrarias al Derecho comunitario) y la responsabilidad por leyes constitucionales,

IX. Responsabilidad Administrativa

basada en consideraciones en torno a la protección de la buena fe y de la confianza legítima, y en el sacrificio anormal no expropiatorio pero asimilable del derecho de propiedad. Respecto de la primera, el Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a indemnización sin condicionarlo a ningún requisito culpabilístico, y hecha salvedad de la posibilidad del Tribunal Constitucional de limitar el alcance de sus declaraciones de inconstitucionalidad. Se trata, pues, de un régimen que va más allá del estándar mínimo comunitario y que, por tanto, habría de extenderse, por mor del principio de equivalencia, a la responsabilidad del legislador español por infracción del Derecho comunitario. En cuanto a la responsabilidad por leyes constitucionales, ha de destacarse que sus fundamentos se hallan también entre los principios generales del Derecho reconocidos por el Derecho comunitario, de modo que el régimen diseñado por el Tribunal Supremo es exportable a los daños derivados de leyes que atenten contra dichos principios en ámbitos regidos por el Derecho comunitario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra aún en una fase inicial, con unos pronunciamientos más acertados que otros, y, sobre todo, con una notable resistencia a hacer efectivo el principio de equivalencia, acudiendo por el contrario invariablemente al criterio de la “violación suficientemente caracterizada”, lo que unido, entre otros, a un recurso excesivo a la teoría (marginal) del acto claro como medio de evitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lleva una remarcable y censurable tendencia a la restricción en el reconocimiento de indemnizaciones.

Dos ejemplos de este período sirven de clara muestra.

– La **STS de 11 de enero de 2008**, Ar. 585, tiene como presupuesto unas reclamaciones de responsabilidad por retraso en la transposición de una Directiva comunitaria relativa a la homologación de títulos de médicos especialistas, que impide a los demandantes durante casi una década homologar su título francés con el español y ejercer en nuestro país. El incumplimiento del Derecho comunitario había sido reconocido por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pues bien, para el Tribunal de instancia concurre el requisito de la infracción manifiesta y grave, pero considera que no se acredita relación de causalidad dado que la homologación no es automática:

“En consecuencia, la transposición de una Directiva comunitaria referente al reconocimiento de títulos, puede crear una expectativa de derecho en determinados ciudadanos comprendidos en su ámbito, pero no equivale a un derecho cierto, ni cabe apreciar la existencia de un derecho adquirido previo. El derecho se obtendrá una vez reconocido su título, pero no antes, siendo el supuesto diferente al caso de que estándose en posesión de una autorización administrativa para el ejercicio de una profesión se suspendiera o anulara la misma por acto administrativo declarado posteriormente nulo. Tampoco resulta posible conectar directamente la transposición al desempeño y retribución de un determinado puesto de trabajo, pues se trata de un hecho contingente.”

El Tribunal Supremo da por bueno este razonamiento.

— La STS de 30 de enero de 2008, Ar. 1344, analiza una reclamación de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, análoga a la que se ventila en la STS de 29 de enero de 2004, de la que dimos cuenta, de forma crítica, en el número 26 de esta Revista. Se alega que el daño deriva en un incumplimiento por el Estado español de determinados preceptos de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, por errónea transposición, que le impidió determinadas deducciones en el IVA.

El Tribunal Supremo comienza haciendo un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que desde comienzos de los noventa afirmó decididamente el principio de responsabilidad estatal por infracción del Derecho comunitario y determinó pretoriamente su régimen jurídico. Ahora bien, el Tribunal Supremo, tal y como había hecho precedentemente en sus Sentencias de 29 de enero de 2004, Ar. 1379 y de 24 de mayo de 2004, Ar. 3788, en supuestos semejantes al presente, afirma que es posible limitar el alcance en principio *ex tunc* de las sentencias que declaran la nulidad de una norma, lo cual es plenamente aplicable al ejercicio del derecho a obtener la devolución de ingresos tributarios indebidos, cuando se derive de la incompatibilidad del tributo interno con el Derecho comunitario. Corresponde al ordenamiento interno regular los requisitos procesales de dichas acciones de devolución, entre ellos los temporales.

Aplicados estos principios al caso de autos, el Tribunal Supremo toma en consideración que las liquidaciones no fueron impugnadas, quedando firmes y consentidas, de manera que la situación jurídica resultante de tal actuación administrativa no era susceptible de controversia o revisión, cuando se dictó la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005.

La diferencia con la solución alcanzada en materia de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, desarrollada con el caso testigo del gravamen complementario de la tasa de juego, es tan evidente que el Tribunal Supremo, como hiciera en las Sentencias de 29 de enero de 2004, Ar. 1379 y de 24 de mayo de 2004, Ar. 3788, sobre este mismo supuesto, se ve obligado a subrayar la diferencia entre ambos casos. Considera que dicha doctrina no es trasladable a los supuestos en que una norma es contraria a la legislación europea

“(…) ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después al acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario.

La recurrente en este caso, al contrario de lo que acontece en los supuestos de gravamen complementario de la tasa de juego, sí era titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario que debía ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado

IX. Responsabilidad Administrativa

expresamente, por tanto la doctrina del acto firme y consentido unida al principio de seguridad jurídica justifica en este caso, al contrario de lo que hemos establecido en las sentencias citadas sobre ingreso indebido del gravamen complementario, la no aplicación al caso de autos de la doctrina sentada en aquellas sentencias y la desestimación de la pretensión indemnizatoria ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado al no concurrir en el caso que nos ocupa la misma circunstancia que en las sentencias de esta sala anteriormente citadas”.

El argumento es sumamente discutible, ya que obliga al ciudadano a un juicio de conformidad de la legislación española con la comunitaria, técnicamente complejo, al hilo de la aplicación de la primera a un caso singular. Va en contra de la presunción de “legalidad de la ley” y debilita extraordinariamente la efectividad de los derechos conferidos al ciudadano por el Derecho comunitario, máxime unida a la práctica perversa tan frecuente en los tribunales nacionales de hacer un uso abusivo de la doctrina del “acto claro” para no plantear ante el Tribunal de Luxemburgo cuestiones prejudiciales en las que pueda analizarse la conformidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario. Resulta, además, manifiestamente contradictorio con la identificación de la fecha de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo que declara el incumplimiento como *dies a quo* para ejercitar la acción, y navega en sentido opuesto a la jurisprudencia sobre responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, por muchos –y poco convincentes– elementos diferenciales que el Tribunal Supremo –con mala conciencia– trate de aportar.

Al igual que hiciera en las Sentencias de 29 de enero de 2004, Ar. 1379, y de 24 de mayo de 2004, Ar. 3788, añade que tampoco hay relación directa entre la infracción del Derecho comunitario y el daño, ya que éste

“(…) no es consecuencia directa de la norma estatal, el daño surge como consecuencia de un acto de aplicación y del no ejercicio por la recurrente de la acción de reintegro en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades anteriormente expuesto. En modo alguno estamos ante una norma autoaplicativa, en terminología del Tribunal Constitucional, ya que no estamos ante una Ley singular que tenga efectos retroactivos sobre situaciones producidas con anterioridad”.

Se trata de una doctrina formalista que, a nuestro juicio, va frontalmente en contra de la jurisprudencia comunitaria y española sobre responsabilidad derivada de leyes contrarias al Derecho comunitario o a la Constitución, cuando el acto es mera aplicación de una ley tal.

Finalmente desestima la invocación del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, que regula los supuestos de responsabilidad patrimonial por la anulación de actos o disposiciones administrativas y fija el *dies a quo* del plazo de prescripción en la sentencia definitiva que declare tal nulidad. Considera que no concurre el supuesto, ¡si bien ello no supone cuestionar la formulación en tiempo de la reclamación de responsabilidad, que ha tenido lugar dentro del plazo de un año desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005! (sic). Como antes apuntamos, la contradicción es palmaria: si la ilegalidad deriva de una

ley que transpone incorrectamente una Directiva, y el plazo para reclamar computa desde que se dicta sentencia por el Tribunal de Luxemburgo, ello implica reconocer que la responsabilidad lo es del legislador y que no puede imponerse como fecha otra que la declaración de dicha ilegalidad por el único llamado a hacerlo, el Tribunal de Luxemburgo, por lo que no cabe a la vez sostener que los demandantes pudieron impugnar las liquidaciones —llamados de este modo a un análisis individual de conformidad de una ley con el Derecho comunitario— y que por ello ahora no es viable la pretensión.

El Tribunal Supremo considera que

“Tampoco es obstáculo para el pronunciamiento que resulta de todo lo expuesto, la alegación de infracción del principio de igualdad y de seguridad jurídica en razón del distinto régimen normativo aplicado respecto de los ciudadanos de los demás países miembros, pues tales infracciones han de hacerse valer propiamente en la impugnación de los actos en los que se plasmen, teniendo un distinto alcance cuando se trata de resolver sobre la reclamación de responsabilidad del Estado, que han de ponerse en relación con quienes se encuentren en la misma situación y atender a la actuación de cada perjudicado en relación con la defensa de su derecho.”

Argumento de nuevo poco convincente, lo que pone más aún en evidencia lo injustificado de descartar el planteamiento de cuestión prejudicial solicitado por el demandante, alegando la manifiesta violación del principio de equivalencia respecto a la jurisprudencia sobre responsabilidad por leyes inconstitucionales, y ello pese a ser un tribunal contra cuyas decisiones no cabe recurso y ser la solución sumamente polémica, apelando a la doctrina del acto claro tantas veces objeto de deplorable uso abusivo por las jurisdicciones nacionales.

En fin, una sentencia que incide en una línea argumental que juzgamos desacertada.

EMILIO GUICHOT REINA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Clases de empleados. Los puestos de trabajo reservados a funcionarios no pueden ser ocupados por personal laboral, ni siquiera de forma temporal. 3. Gestión de los recursos humanos. Relación de puestos de trabajo. Anulación por falta de motivación de la decisión de provisión por el sistema de libre designación de determinados puestos de trabajo. 4. Acceso. Los contratos de asistencia técnica celebrados en fraude de ley son considerados de naturaleza laboral por la jurisdicción social y, por tanto, deben ser valorados como mérito los servicios prestados al amparo de éstos. 5. Carrera administrativa. A) Adscripción indistinta de determinados puestos de trabajo a varios Cuerpos o Escalas. B) Promoción interna. Promoción horizontal basada en la analogía de funciones existente entre los puestos de procedencia y las plazas a proveer. 6. Derechos colectivos. A) Negociación colectiva. a) Materias que no son susceptibles de negociación con la representación sindical. b) La convocatoria de un proceso selectivo no está sometida a la obligatoriedad de la negociación. c) No son negociables las decisiones organizativas que no tengan un contenido sustantivo y una incidencia directa en la ordenación de las condiciones de trabajo. B) Consulta. Debe ser objeto de consulta la determinación de la cuantía del complemento específico correspondiente a los distintos puestos de trabajo. 7. Derechos funcionariales. El funcionario transferido no tiene derecho a ser mantenido en un puesto con exactamente las mismas funciones que le correspondían antes del traspaso. 8. Derecho a la reubicación del funcionario. Una vez consagrado legalmente este derecho, prevalece sobre las potestades de organización de la Administración. 9. Derechos retributivos. A) Cuestiones generales. El principio de igualdad retributiva de los funcionarios transferidos debe operar desde el momento mismo del traspaso. B) Complemento específico. Su atribución debe basarse exclusivamente en el contenido del puesto de trabajo y no en su pertenencia a un determinado cuerpo o escala. C) Complemento de productivi-

dad. La discrecionalidad técnica efectuada en la valoración de los sexenios es revisable cuando no se exteriorizan las razones ni se justifican los criterios determinantes de la calificación otorgada.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica incluye una selección de resoluciones judiciales sobre diversos aspectos del régimen de empleo público.

2. CLASES DE EMPLEADOS. LOS PUESTOS DE TRABAJO RESERVADOS A FUNCIONARIOS NO PUEDEN SER OCUPADOS POR PERSONAL LABORAL, NI SIQUIERA DE FORMA TEMPORAL

Así lo declara la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, por tratarse de puestos (Jefe de Sección de Intervención y Director de la Oficina Municipal de Información al Consumidor) en los que son relevantes la notas de objetividad, imparcialidad e independencia, que necesariamente han de ser encomendados a personal funcionario, tal como hace la Relación de Puestos de Trabajo que los contempla, reservándolos a funcionarios del Grupo A. Por ello, además de constituir una previsión impropia e innecesaria, no es conforme a derecho que la misma RPT permita que, en caso de vacantes, por razones de urgente necesidad tales puestos puedan ser cubiertos provisionalmente por personal laboral. En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos en cuestión deberán ser cubiertos mediante los sistemas legalmente previstos para la provisión de puestos de trabajo con funcionarios que reúnan los requisitos establecidos para su desempeño.

3. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. ANULACIÓN POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DE PROVISIÓN POR EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN DE DETERMINADOS PUESTOS DE TRABAJO. ES NECESARIO UN RAZONAMIENTO SOBRE LA ESPECIAL RESPONSABILIDAD O CARÁCTER DIRECTIVO DE TALES PUESTOS

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, anula las previsiones de la Relación de Puestos de Trabajo relativas a la provisión por el sistema de libre designación de determinados puestos de trabajo, por considerar que no han sido motivadas adecuadamente. Para que resulte legítima la provisión por el sistema de libre designación, según sostiene la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de mayo de 2008, no es suficiente la simple enumeración de las funciones propias de los puestos en cuestión, sino que la motivación del Acuerdo admi-

X. Función Pública

nistrativo impugnado exige a la Administración un juicio de valor que, partiendo del dato objetivo de las funciones asignadas a los puestos de trabajo, concluya sobre su especial responsabilidad o su carácter directivo, de modo que las personas que vayan a ocuparlos deben ser designadas libremente. Por tanto, siguiendo la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, contenida en Sentencias de 19 de marzo, 28 de mayo y 13 de junio de 2008, señala la Sala de Burgos que no basta afirmar que las funciones propias de un puesto de trabajo son expresivas de especial responsabilidad o dirección, sino que debe expresarse el adecuado razonamiento y, en su caso, el soporte probatorio en que se basa tal conclusión.

4. ACCESO. LOS CONTRATOS DE ASISTENCIA TÉCNICA CELEBRADOS EN FRAUDE DE LEY SON CONSIDERADOS DE NATURALEZA LABORAL POR LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y, POR TANTO, DEBEN SER VALORADOS COMO MÉRITO LOS SERVICIOS PRESTADOS AL AMPARO DE ÉSTOS

Diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia han afirmado la naturaleza laboral de los contratos administrativos suscritos por la Xunta de Galicia con veterinarios, para la realización de actos clínicos de las campañas de saneamiento ganadero, aplicando el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, en cuya virtud han de presumirse por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley; circunstancia que es predicable de la mencionada contratación de veterinarios en las campañas de saneamiento ganadero, realizada al amparo de normas administrativas, pero persiguiendo un resultado propio de la contratación laboral como es atender a necesidades permanentes relacionadas con la sanidad animal. En consecuencia, la **STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, declara que los veterinarios contratados por la Xunta mediante contrato administrativo declarado judicialmente en fraude de ley se encuentran en la misma situación que aquellos otros contratados como personal laboral en otros programas como el relativo a la encefalopatía espongiforme bovina y, por tanto, tienen derecho a que la prestación de tales servicios se les reconozca en el proceso selectivo de acceso, so pena de infracción del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

5. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Adscripción indistinta de determinados puestos de trabajo a las Subescalas Técnicas de Administración General y Administración Especial

De conformidad con el Real Decreto Legislativo 781/1986 (artículo 167), en la función pública local se distinguen dos Escalas: la Escala de Administración General, a cuyos miembros se asigna la provisión de los puestos predominantemente burocráticos, y la Escala de Administración Especial, a cuyos miembros se asignan las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera. Pero, de conformidad con el criterio general de la LMRFP, de no adscripción de puestos de trabajo a cuerpos o escalas determinados, la **STSJ de Castilla y León de 2 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, con-

sidera conforme a derecho la previsión efectuada por la Relación de Puestos de Trabajo de una entidad local, que declara de adscripción indistinta a las Subescalas Técnicas de Administración General y Administración Especial los puestos de Jefe de Sección de Intervención y Director de la Oficina Municipal de Información al Consumidor. A tal efecto, se basa la Sala en que las funciones de los puestos mencionados no se corresponden en exclusiva con las funciones propias de ninguna de esas dos escalas, y que dichos puestos pueden ser desempeñados por funcionarios pertenecientes tanto a la Subescala Técnica de Administración General como a la Subescala Técnica de Administración Especial.

B) Promoción interna. Promoción horizontal basada en la analogía de funciones existente entre los puestos de procedencia y las plazas a proveer

Para poder participar en las pruebas de acceso por promoción interna a dos plazas de Gobernante en el Complejo San Salvador de Oña, pertenecientes al Grupo D, Escala de Administración Especial, Subescala Servicios Especiales, Clase Cometidos Especiales, y Nivel 18, en la Convocatoria correspondiente se exigía ser funcionario de carrera del Grupo E de la Entidad convocante y pertenecer a la Escala de Administración Especial, Subescala Servicios Especiales, o ser funcionario de carrera de los Grupos D o E y pertenecer a la Escala de Administración Especial o General desempeñando funciones sustancialmente coincidentes o análogas a las correspondientes a las plazas convocadas, con una antigüedad mínima de dos años, en cualquiera de los dos casos.

Los aspirantes únicamente debían manifestar que reunían todas las condiciones exigidas para participar en la provisión de las plazas mencionadas, correspondiendo a la Administración convocante valorar y motivar adecuadamente la concurrencia de los requisitos exigidos.

En virtud de lo expuesto, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, estima conforme a derecho la resolución del procedimiento de promoción efectuada por la Administración convocante. La Sala rechaza los argumentos del apelante, entendiéndolo que, de seguir esa tesis y considerar que para valorar el desempeño de actividades sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional, debe tenerse en cuenta la Subescala de pertenencia, la titulación requerida, el temario de acceso y las funciones en abstracto de tales puestos, sólo podrían participar en el procedimiento selectivo los funcionarios que ocupasen puestos integrados en las Subescalas de Servicios Especiales de la escala de Administración Especial para cuyo ejercicio no se exija la posesión de títulos académicos o profesionales determinados, y que desempeñen actividades sustancialmente coincidentes o análogas con las de Gobernante. No debe olvidarse, tal como señala la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de mayo de 2008, que la actividad propia de un Gobernante es la de ordenación de recursos humanos y materiales en su ámbito de aplicación, por lo que, en sentido estricto, sólo existiría coincidencia de funciones con otras plazas de Gobernante, en cuyo caso, no se estaría ante un proceso de promoción interna, sino de un concurso de traslado, que no es el supuesto examinado.

6. DERECHOS COLECTIVOS

A) Negociación colectiva

a) Materias que no son susceptibles de negociación con la representación sindical

La STS de 20 de febrero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2008\2123, ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de instancia que había declarado la validez del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Coria del Río, por el que se aprobó el Acuerdo regulador de las condiciones de Trabajo de los funcionarios de carrera de dicha Corporación Local. Dado el carácter clarificador de la Sentencia, pasmos a reproducir el listado de artículos de dicho Acuerdo que se anulan por haber excedido el marco de la negociación colectiva funcional y por haber dotado de contenido laboral a las relaciones que vinculaban al Ayuntamiento con sus funcionarios de carrera. En concreto, el TS anula los siguientes artículos del Acuerdo regulador:

“– Artículo 5. En él se establece una Comisión de seguimiento para garantizar el cumplimiento de lo acordado y, para el caso en que no exista acuerdo sobre los conflictos que puedan surgir, hay una derivación para entender de los mismos al Órgano Social competente. El artículo parece remitir a la jurisdicción social determinados litigios funcionariales, y esa remisión es contraria a lo que sobre el ámbito del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo establecen los artículos 1 a 5 de la Ley 29/1998, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción.

– Artículo 13. Dispone, en sus apartados 3 y 4, unas cantidades lineales que no se ajustan a lo que el artículo 24 de la Ley 30/1984 establece sobre que las cuantías retributivas serán las que reflejen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (precepto legal, el que acaba de mencionarse, que guarda relación con lo establecido en el artículo 149.1.13 de la Constitución sobre la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).

– Artículo 16.3. Regula la fecha de inicio del devengo de los trienios, incidiendo así en una materia que no está incluida entre las que, según lo establecido en el artículo 32 de la Ley 9/1987, pueden ser objeto de negociación.

– Artículo 19. Sus apartados 4, 5 y 6 incluyen dentro del complemento de productividad unas circunstancias que son distintas a las que son contempladas para este concepto retributivo por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública (LMRFP).

– Artículo 21. Incluye una regulación que en algunos de los aspectos a que se refiere (los desplazamientos) se aparta de lo establecido en el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo.

– Artículo 23. Se refiere a la jornada laboral, materia cuya regulación realiza directamente el artículo 94 de la LBRL de 1985, disponiendo que será la misma que se fije para los fun-

cionarios de la Administración Civil del Estado, por lo que ha de estarse a lo que establece dicho precepto legal.

– Artículo 27. En su último párrafo sienta la posibilidad de anular un descanso obligatorio mediante su compensación económica, lo que puede contrariar el régimen de la jornada o el de las vacaciones.

– Artículos 28 y 29. Regulan las vacaciones y los permisos, que son materias no negociables por tener que estarse a lo dispuesto en el artículo 142 del TRRL.

– Artículo 33. Dispone una entrega económica que se aparta de la regulación retributiva establecida en el artículo 23 de la LMRFP.

– Artículo 37. Al premio a los servicios prestados que establece para las situaciones de jubilación forzosa o invalidez permanente absoluta le es de aplicación lo que acaba de señalarse en relación al anterior artículo 33. Sin embargo, el premio que regula para los que se jubilen antes de los 65 años estaría amparado por la habilitación, dispuesta por la Disposición Adicional Vigésimoprimera de la Ley 30/1984, para el establecimiento de incentivos a la jubilación anticipada como medio de racionalización de recursos humanos.

– Artículo 39. Regula el alcance de una situación funcional en la que ha de estarse a lo regulado en el artículo 29 de la Ley 30/1984 (LMRFP).

– Artículo 40. Dispone unos conceptos económicos que también se apartan de la regulación retributiva establecida en el artículo 23 de la LMRFP.

– Artículo 63. Sin perjuicio del carácter genérico de su contenido, aborda una materia, como es la clasificación de las faltas disciplinarias, en la que también ha de estarse a lo legalmente establecido.”

La argumentación textualmente reproducida permite al TS anular todos los preceptos mencionados del Acuerdo funcional.

b) La convocatoria de un proceso selectivo no está sometida a la obligatoriedad de la negociación

La STS de 21 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2008\2617, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el sindicato CCOO contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que había desestimado su recurso contra la Orden Ministerial que convocaba pruebas selectivas para ingreso o acceso en Cuerpos de la Administración General del Estado y se encargaba su realización a una Comisión Permanente de Selección. En concreto, el sindicato alega la infracción de su derecho a la libertad sindical, toda vez que la convocatoria de las pruebas selectivas no había sido ob-

jeto de negociación colectiva, tal como dispone el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, en relación con los artículos 6.3.c) y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Argumenta la vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, al entender que la convocatoria de unas pruebas selectivas, en tanto se integra en los sistemas de ingreso en la función pública que contempla el apartado g) de aquel artículo 32, debe ser objeto de negociación.

El TS rechaza dicha argumentación, toda vez que el acto de convocatoria de unas pruebas selectivas no forma parte de los sistemas de ingreso en la función pública a los que se refiere el artículo 32. g) de la Ley 9/1987. “La obligación de negociar se refiere a la definición de dichos sistemas, no a los actos que materializan una determinada convocatoria. A este respecto, es preciso advertir que lo que pudiera haberse dicho por un Juzgado Central y confirmado por la Audiencia Nacional sobre el particular, supuesto que se hubieren pronunciado en el sentido pretendido por la recurrente, no vincula a esta Sala. Por el contrario, la jurisprudencia se viene manifestando de la forma que acabamos de indicar y no ha exigido que se someta a negociación colectiva el acto de convocatoria de un proceso selectivo (Sentencias de 4 de febrero de 2002 y 1 de marzo de 1999)”.

c) No son negociables las decisiones organizativas que no tengan un contenido sustantivo y una incidencia directa en la ordenación de las condiciones de trabajo

La STS de 25 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2008\2622, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Gijón frente a la STSJ de Asturias que había anulado un Acuerdo de dicho Ayuntamiento que modificaba su Relación de Puestos de Trabajo para el personal eventual, en la medida en que no había sido previamente objeto de negociación con los representantes sindicales. El Ayuntamiento basaba su recurso en que la medida adoptada no suponía una modificación de la Relación de Puestos de Trabajo sino la determinación del número, características y retribuciones del personal eventual, personal que está excluido del ámbito de aplicación de la Ley 9/1987.

Pues bien, el TS rechaza dicha argumentación por considerar inaceptable que la Ley 9/1987 deje fuera de su ámbito de aplicación al personal eventual, pues una cosa es que dicho personal no tenga la consideración de elector ni elegible (artículo 16), y otra que resulte excluido de dicho ámbito, exclusión que sólo se produce respecto del personal laboral en el artículo 2.1.d). En este sentido, la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, viene a confirmar esta interpretación pues si bien el artículo 13.4 excluye de las materias objeto de negociación colectiva la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo, no ocurre lo mismo con el personal eventual que, como integrante del concepto de empleado público, tiene entre los derechos que se ejercen colectivamente el de la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo [artículo 15.b)].

Ahora bien, aun siendo esto así, considera el TS que las modificaciones operadas en la RPT se insertan en el ejercicio de la potestad organizativa de la entidad local recurrente y

así se deduce del contenido del Acuerdo, que se limita a ratificar el número de personal eventual o de confianza establecido en la RPT aprobada por acuerdo plenario de 23 de diciembre de 2002. Si tenemos en cuenta que no se discute la naturaleza de los puestos como de personal eventual, las modificaciones realizadas afectan más a la organización de los servicios (en cuanto al cambio de denominación, reforzamiento del carácter directivo de algunos puestos, asignación de funciones de coordinación de otros y creación de dos Direcciones de Área, tras asignar los puestos de Inspección General de Servicios y Oficina de organización y sistemas inicialmente cubiertos por personal eventual, a funcionarios) que a las condiciones de trabajo de éstos. Es verdad que el artículo 32 de la Ley 9/1987 somete el incremento retributivo entre las condiciones sujetas a negociación, pero aquí no se ha acordado tal sino que, como consecuencia del reforzamiento del carácter directivo de algunos puestos de personal eventual se ha homologado su retribución al nivel correspondiente de los puestos respectivos en la estructura municipal, consecuencia de la reorganización efectuada, en particular en el puesto de Director de Recursos Humanos.

La Sala de instancia entiende que era procedente la negociación colectiva al igual que en el caso examinado por esta Sala en la Sentencia de 6 de marzo de 1997 en la que se enjuició la resolución de determinada Consejería de la Junta de Andalucía que tenía por objeto la “fijación de funciones y la responsabilidad del personal al servicio de la Comunidad Autónoma durante la campaña de lucha contra incendios”; pero como se deduce del propio enunciado, la resolución administrativa examinada en aquel caso tenía un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo, pues fijaba funciones y responsabilidades, mientras que en el caso que ahora nos ocupa ya hemos visto que la sentencia recurrida no indica en qué aspecto ni en qué medida las condiciones de trabajo de los funcionarios podrían verse afectadas por las modificaciones efectuadas, más allá del “agravio” que el incremento de nivel y, consiguientemente, el retributivo puede suponer y que no se establece unilateralmente para el personal eventual, sino por razón de la homologación con el personal funcionario. Toda esta argumentación permite a la Sala casar la sentencia de instancia.

B) Consulta. Debe ser objeto de consulta la determinación de la cuantía del complemento específico correspondiente a los distintos puestos de trabajo

La STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2008\123627, ha estimado el recurso contencioso interpuesto por el sindicato recurrente. Para ser más precisos, la Federación Sindical de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras de Castilla y León había impugnado el Acuerdo del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León de 18 de septiembre de 2003, por el que se concreta y determina la dotación de personal del Consejo, y solicitado su anulación por haberse efectuado al margen de cualquier procedimiento de negociación y consulta con los sindicatos.

Pues bien, tras declarar la Sala que al personal del Consejo Consultivo le resulta aplicable la normativa sobre función pública, aplica la línea jurisprudencial establecida al respecto

X. Función Pública

por la STS de 13 de marzo de 2006, según la cual, el establecimiento y la modificación de las relaciones de puestos de trabajo, incluso del personal laboral, es una potestad organizativa que corresponde en exclusiva a esa Administración y que no es objeto de negociación colectiva. El artículo 34 de la Ley 9/1987 precisa que quedan excluidas de la negociación colectiva las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. A propósito de ellas solamente reconoce a los sindicatos un derecho de consulta cuando puedan tener repercusiones sobre las condiciones de trabajo. Por tanto, como se ha dicho, la relación de puestos de trabajo en cuanto instrumento de ordenación del personal mediante el que se realiza la potestad organizativa queda fuera de la negociación colectiva aunque no de la obligación de consultar a las organizaciones sindicales.

Ahora bien, en el caso del Acuerdo Plenario que se impugna por el sindicato recurrente, aunque las partes se refieran a él como si de una relación de puestos de trabajo se tratase, debe decirse que “tiene en realidad un doble alcance pues, además del contenido que es propio a dicho instrumento de ordenación de personal, contiene una delimitación de las necesidades (“la dotación”) en materia de puestos de trabajo de personal funcionario y laboral –Anexos I y III, respectivamente–, extremos que son claramente integradores de una neta facultad de organización que, por sí mismos, están excluidos de toda negociación y consulta. Con ello tratamos de evidenciar que en función de la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente citada, todo lo que no es propiamente fijación de la dotación de personal queda excluido, no sólo de la obligación de negociación, sino también de la consulta que, sin embargo, sí era exigible para la aprobación de las demás determinaciones del Acuerdo Plenario que conformarían lo que las partes califican como relación de puestos de trabajo y, por supuesto, el Anexo II, por el que se fija el complemento específico”. En definitiva, por esa ausencia de consulta previa, debe ser anulado el Acuerdo Plenario del Consejo Consultivo en cuanto que, al aprobar la dotación de personal funcionario y laboral, incluye menciones ajenas a lo que es la mera enumeración de los diferentes tipos de empleados –la dotación de personal– y en la medida en que fija la cuantía del complemento específico correspondiente a los distintos puestos incluidos en la dotación de personal funcionario.

7. DERECHOS FUNCIONARIALES. EL FUNCIONARIO TRANSFERIDO NO TIENE DERECHO A SER MANTENIDO EN UN PUESTO CON EXACTAMENTE LAS MISMAS FUNCIONES QUE LE CORRESPONDÍAN ANTES DEL TRASPASO

La STS de 28 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Jur 2008\176471, ha desestimado el recurso interpuesto por la funcionaria recurrente y a través del cual pretendía ser mantenida en un puesto con exactamente las mismas funciones de responsabilidad y mando que tenía asignadas antes del traspaso. En concreto, antes de las transferencias ocupaba el puesto de Secretaria de la Dirección Territorial del INSALUD en Zaragoza y, una vez efectuado el traspaso, había sido adscrita a un puesto de Asesor Técnico en el Servicio de Obras del SAS.

Entiende el TS que la actora ha visto respetados sus derechos funcionariales y económicos y que la Administración aragonesa no está obligada a replicar la estructura orgánica de la Administración General del Estado, pues los derechos estatutarios de los funcionarios no comprenden el de permanecer ejerciendo idénticas funciones una vez traspasados a la Comunidad Autónoma. Por otra parte, subraya, no se le ha vulnerado ningún derecho adquirido. Al contrario, lo que ha sucedido es que la Administración ha organizado los puestos de responsabilidad del modo que ha considerado más conveniente en virtud de sus potestades autoorganizatorias. En definitiva, pues, afirma la Sala que no forma parte de los derechos que como funcionaria le asisten el de ser adscrita a lo que la funcionaria denomina “alto cargo”, ni a puestos cuyo ejercicio implique “mando”. Si se le han de respetar, en virtud de los preceptos en los que se funda, los derechos de cualquier naturaleza que le correspondieran en el momento del traspaso. Y ese respeto se ha dado, toda vez que el puesto al que se le adscribió estaba reservado a funcionarios del grupo A, su forma de provisión era la misma (concurso-oposición), tenía un nivel 27 de complemento destino, precisamente el grado que ella tenía consolidado en su Administración de origen, y entre las reglas que se establecieron para el traspaso figuraba la aplicación de un complemento personal transitorio absorbible para evitar mermas retributivas como consecuencia de aquél.

8. DERECHO A LA REUBICACIÓN DEL FUNCIONARIO. UNA VEZ CONSAGRADO LEGALMENTE ESTE DERECHO, PREVALECE SOBRE LAS POTESTADES DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

La STSJ de la Región de Murcia de 25 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2008\105951, ha estimado la pretensión del funcionario recurrente y, con ello, su derecho a ser reubicado en otro puesto de trabajo de la Administración Murciana. Para ello, la Sala aplica el artículo 40 del Texto Refundido de su Ley de la Función Pública, conforme al cual, en el caso de funcionarios pertenecientes a Cuerpos de la Administración Pública de la Región de Murcia que, por exigencias especiales de las funciones que tengan encomendadas, requieran unas aptitudes físicas determinadas que se pierden, por lo general, en edades anteriores a la de jubilación, se preverán reglamentariamente los mecanismos para que puedan prestar servicios dentro de los que corresponden a su Cuerpo o dentro de los pertenecientes a otros Cuerpos o Escalas, en la misma localidad y siempre que se correspondan con su nivel de titulación y aptitudes.

El problema se planteaba porque el desarrollo reglamentario del artículo no se ha efectuado, y en ello apoya la Administración sus argumentaciones encaminadas al rechazo de las pretensiones del apelante. Sin embargo, la Sala ha considerado que es suficiente el rango legal de la norma, que establece un derecho a la reubicación en caso de pérdida de aptitud física, y que éste no se puede ver cercenado por el incumplimiento de la Administración de su deber de desarrollar reglamentariamente el mandato legal. Tampoco admite el argumento de que las reubicaciones no pueden prevalecer sobre la potestad autoorganizatoria de la Administración, ya que a ésta no se le puede obligar a crear en la Relación de Puestos de Trabajo un puesto si no resulta necesario para la organización y buen funcionamiento

del servicio. A este respecto, considera la Sala que la potestad de autoorganización administrativa no habilita a la Administración a dejar sin efecto mandatos legales sustantivos so pretexto de la falta de regulación reglamentaria de los procedimientos para hacerlos efectivos. Lo contrario pondría en manos de la Administración el poder de suspender la eficacia de los contenidos materiales de la Ley de manera indefinida.

Todo ello lleva a la Sala a condenar a la Administración a hacer efectivo el derecho de reubicación de su funcionario, aunque ello le obligue a la modificación de sus Relaciones de Puestos de Trabajo.

9. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Cuestiones generales. El principio de igualdad retributiva de los funcionarios transferidos debe operar desde el momento mismo del traspaso

La STS de 14 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2008\2444, ha estimado el recurso de casación interpuesto por los funcionarios recurrentes. Los recurrentes, todos ellos funcionarios de la Administración General del Estado destinados en el Instituto Nacional de Empleo, fueron traspasados a la Comunidad Autónoma de Canarias por Real Decreto 150/1999, de 29 de enero, que se hizo efectivo a partir del 31 de mayo de 1999 con la toma de posesión de sus puestos de trabajo en el Instituto Canario de Formación y Empleo, en los que continuaron desempeñando las mismas funciones que con anterioridad. Por Decreto 141/2000, de 10 de julio, se modificó la Relación de Puestos de Trabajo del Instituto con efectos desde el 19 de agosto siguiente.

Pues bien, aunque el traspaso no afectó a sus retribuciones, la modificación de la RPT supuso, entre otras consecuencias, un importante incremento retributivo para su igualación con los funcionarios autonómicos. A partir de ahí se planteó la duda de determinar si el derecho a la igualdad retributiva respecto de los funcionarios autonómicos debe operar desde el momento mismo del traspaso o puede ser diferido a un momento posterior. Para los recurrentes, la eficacia de ese aumento debía retrotraerse al momento en que tomaron posesión de sus puestos de trabajo en la Administración canaria, por lo que impugnaron el mencionado Decreto 141/2000 y pidieron a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que los efectos de la nueva RPT se retrotrajeran al 31 de mayo o al 1 de junio de 1999, momento en que tuvieron lugar las transferencias, y que se les reconociera el derecho a las diferencias entre lo que debían haber percibido desde aquel momento hasta la efectividad de la RPT y lo que percibieron.

A pesar de que la sentencia de instancia desestimó sus pretensiones, el TS ha estimado el derecho de los funcionarios transferidos a percibir, una vez integrados, las mismas retribuciones que los funcionarios de las Comunidades Autónomas desde el momento en que se produjo el traspaso, con la correspondiente retroacción de los efectos económicos de la nueva Relación de Puestos de Trabajo, sin que ello suponga un desconocimiento de las

potestades de autoorganización de la Administración, porque esa potestad de autoorganización que invoca el Gobierno de Canarias no está al margen de la legalidad. Al contrario, ha de ajustarse a ella y, en todo caso, la Administración no puede retrasar indebidamente la fecha de los efectos económicos de la modificación de la RPT ni desconocer los derechos económicos que correspondan a los funcionarios transferidos, pues ello supondría una violación del principio de igualdad retributiva. No existe una habilitación legal para diferir el momento a partir del cual los funcionarios transferidos por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma pasarán a percibir las mismas retribuciones que los funcionarios de ésta.

Todo ello lleva a la Sala a reconocer a los funcionarios transferidos el derecho a percibir las diferencias retributivas que reclaman desde el momento de su integración en la función pública canaria hasta aquel en que cobró efectos la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Instituto Canario de Formación y Empleo operada por el Decreto 141/2000.

B) Complemento específico. Su atribución debe basarse exclusivamente en el contenido del puesto de trabajo y no en su pertenencia a un determinado cuerpo o escala

La STSJ de Cantabria de 7 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2008\88610, ha desestimado el recurso contencioso-administrativo promovido por la Delegación de Gobierno de Cantabria contra los Acuerdos de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Santander, por los que se aprueba la modificación de los complementos específicos de puestos de trabajo de servicios generales, por considerar que habían sido incrementados de forma general e inmotivada.

Tras analizar el caso concreto, entiende la Sala que no se puede reputar como inmotivado el incremento del complemento específico de los funcionarios del Ayuntamiento, máxime cuando no nos hallamos ante una nueva Relación de Puestos de Trabajo o Modificación de ésta, sino tan sólo ante una subida de dicho complemento, que resulta motivada en cada uno de los casos, por concurrir las circunstancias previstas en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de septiembre de 2004 y que son determinantes de la revisión y valoración del complemento específico, a saber, la especial dificultad técnica y responsabilidad, la especial cualificación informática, la dedicación, en su triple vertiente de prolongación de jornada, disponibilidad y trabajo en festivo, así como la incompatibilidad, penosidad y peligrosidad. Recuerda la Sala, a mayor abundamiento, que dicha decisión se toma en el ejercicio de la denominada potestad organizatoria, entendida esta en sentido genérico como el conjunto de facultades de las que goza la Administración para configurar su estructura. En todo caso, se han respetado para su determinación las características fundamentales del complemento específico: a) La concreción, toda vez que se fija atendiendo precisamente al resultado de la valoración previa de las características de “un” puesto de trabajo y se devenga por el efectivo desempeño del puesto que lo tenga asignado. b) La objetividad ya que para

la determinación del complemento específico se atiende al “contenido del puesto de trabajo”, a sus condiciones particulares y no a la adscripción de los funcionarios que lo desempeñan a un determinado Cuerpo o Escala. Todo ello lleva a la Sala a desestimar el recurso interpuesto por la Administración estatal.

C) Complemento de productividad. La discrecionalidad técnica efectuada en la valoración de los sexenios es revisable cuando no se exteriorizan las razones ni se justifican los criterios determinantes de la calificación otorgada

La STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2008\114836, ha estimado el recurso planteado por el funcionario recurrente. El demandante, Profesor Titular de Universidad de la especialidad Derecho Internacional Privado, solicitó la evaluación del sexenio del período comprendido entre los años 1996 a 2001, siendo denegada la solicitud por el Acuerdo de fecha 30 de septiembre de 2003 adoptado por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora.

En la demanda se alega en síntesis falta de motivación, falta de competencia técnica de los miembros del Comité Asesor al no haber especialistas, la incorrecta valoración de los méritos alegados y la infracción del principio de igualdad. Frente a dicha impugnación recuerda la Sala que

“motivar es manifestar explícitamente las razones por las que se toma una decisión, si bien en ocasiones se admita que éstas se encuentren no en la resolución sino en el expediente administrativo; la valoración que se hace de los méritos de un concursante, en este caso de la actividad investigadora realizada durante determinado período de tiempo, mediante la asignación de una puntuación concreta, no equivale a la motivación. Eso es la decisión misma y no la motivación. Esta postura confunde claramente lo que es la motivación y lo que es la decisión del órgano administrativo. La puntuación implica en este caso decidir que la actividad investigadora no ha sido suficiente y denegar los beneficios derivados de una valoración positiva de la misma, pero no nos aporta ningún conocimiento sobre las razones por las que se valoró negativamente la actividad investigadora realizada. La motivación es un elemento fundamental para que el interesado pueda ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, pues sólo conociendo los motivos por los que su actividad investigadora no ha sido valorada suficientemente podrá combatirlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Considerar que la exigencia de motivación se satisface meramente dando a conocer la puntuación otorgada por el Comité asesor, significa dar un paso atrás en la construcción del derecho administrativo, como un sistema de reglas y principios a los que se tiene que someter la Administración en la gestión de los intereses públicos, y en cuyo desarrollo ha tenido una contribución significativa la Jurisprudencia, colocando un grave obstáculo a la posibilidad de efectuar un control judicial eficaz de las decisiones de la Administración. Admitir que la motivación se satisface con una mera puntuación no es otra cosa que renunciar a uno de los mecanismos de control de las potestades discrecionales, cuando no directamente desistir de efectuar el control mismo de la actividad administrativa”.

Pues bien, llegados a este punto, y entrando en la impugnación consistente en la ausencia de especialistas en el Comité Asesor, indica la Sala que no cabe dudar de la idoneidad técnica de estos Comités desde el momento que se organizan por campos científicos, y no por especialidades, sin que exista ningún elemento que determine que sus miembros no estén capacitados para valorar la actividad investigadora del mismo campo científico, aunque no sea de su especialidad concreta, por lo que en modo alguno puede entenderse que existe una falta de idoneidad técnica de sus componentes, al estar previsto que todos ellos deben tener la condición de Catedráticos de Derecho con más de tres tramos de investigación. Sin embargo, ello no significa que el juicio de discrecionalidad técnica no sea revisable cuando, como en este caso, no se exteriorizan las razones ni se justifican los criterios determinantes de la calificación otorgada, y, además, se ha practicado prueba en este proceso que contradice de forma razonada la puntuación propuesta por el órgano técnico. Por todo ello, la Sala estima parcialmente el recurso y ordena realizar una nueva valoración de la actividad investigadora correspondiente al período señalado por el solicitante y que se motive explícitamente la valoración que se ha hecho de ésta de manera suficiente para que se pueda entender por qué la actividad investigadora merece tal juicio de valor. En cambio, rechaza la pretensión principal de que sea este Tribunal quien, sobre la base de los méritos alegados, decida reconocer una valoración positiva de la actividad investigadora, en tanto que la decisión técnica sobre la evaluación corresponde al órgano encargado de ella (CNEAI) a propuesta del Comité Asesor, sin que el Tribunal pueda constituirse en órgano evaluador.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas. A) La retasación es un derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación, por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne. El cómputo del plazo se inicia con la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio. Puede ejercitarse el derecho a la retasación aun cuando exista pendencia del recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se fija en vía administrativa el justiprecio, asimismo, aun cuando se haya producido el pago de manera posterior a los dos años de la fijación del justiprecio, siempre que se haya solicitado ésta con anterioridad a dicho pago y el expropiado no haya manifestado de modo inequívoco su conformidad con el *quantum*. B) Respecto a la valoración del suelo urbanizable por el método residual cabe obtenerse su valor de repercusión en función del valor de mercado como punto de partida, pero siempre que éste resulte debidamente contrastado y obtenido de fuentes ciertas y seguras.

1. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) La retasación es un derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación, por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne. El cómputo del plazo se inicia con la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio. Puede ejercitarse el derecho a la retasación aun cuando exista pendencia del recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se fija en vía administrativa el justiprecio, asimismo, aun cuando se haya producido el pago de manera posterior a los dos años de la fijación del justiprecio, siempre que se haya solicitado ésta con anterioridad a dicho pago y el expropiado no haya manifestado de modo inequívoco su conformidad con el *quantum*

Respecto a la naturaleza jurídica de la retasación, las SSTs de 11 de octubre de 2007, Ar. 8154, y de 12 de diciembre de 2007, Ar. 9004, remiten a una consolidada jurisprudencia

dencia. Véase en ambas sentencias su FJ 3º, que en la STS de 11 de octubre de 2007 es del siguiente tenor:

“Por lo que se refiere a la doctrina general en relación a la retasación, no está de más recordar lo dicho en reiteradas sentencias de esta Sala, por todas la de 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 3098) en que se señala:

‘(...) conviene señalar que el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, plazo de caducidad y cuyo cómputo se inicia con la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el artículo 35.3 de la dicha LEF y declara abundante jurisprudencia [SSTS de 8 de octubre de 1989, 4 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5440), 18 de mayo de de 2005 (RJ 2005, 5442)]’.

Por otra parte, la retasación se configura como una garantía para el expropiado, ante la demora en la efectividad o pago del justiprecio, con la finalidad de que el mismo sea adecuado a la realidad patrimonial que se entiende afectada por el transcurso de dicho plazo y que exige una nueva valoración de los bienes y derechos expropiados. Como señala la Sentencia de 17 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4267), ‘la retasación –Sentencia de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1805)– es una figura jurídica de marcado corte garantista en beneficio del expropiado, no tratándose de un mecanismo sancionador a la Administración en razón de su inactividad sino que incorpora una garantía en favor del expropiado, siendo claro que lo tutelado es la lesión del expropiado consistente en no haber recibido el justiprecio señalado en dicho plazo, con independencia de la causa de la demora, tanto si ésta es debida a la mera inactividad administrativa como a la equivocación o error al pagar a otra persona,...). En el mismo sentido, la Sentencia de 18 de mayo de 2005 (RJ 2005, 5442) señala que (...) la figura de la retasación instituida en el artículo 58 en relación con el 35.3 de la Ley de Expropiación Forzosa, como supuesto de caducidad del justiprecio por haber transcurrido más de dos años desde que fue fijado administrativamente sin haber sido satisfecho, responde a la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida’.”

Ahora bien, respecto a la posibilidad de ejercitar el derecho de retasación, el FJ 3º de la STS de 12 de diciembre de 2007, Ar. 9004, aclara que

“(...) como señala la Sentencia de 19 de enero de 1999 (RJ 1999, 1076), “la pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se fija definitivamente en vía administrativa el justiprecio no es obstáculo al ejercicio del derecho a solicitar la retasación en el plazo legal (...) esta Sala ha venido admitiendo, al menos implícitamente, que la pendencia del recurso contencioso-administrativo no obsta al transcurso del plazo para la retasación y no faltan resoluciones que parecen acoger más

explícitamente la expresada doctrina. Así sucede con las Sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1978, 17 de noviembre de 1979, 18 de marzo de 1983, 20 de abril de 1985 y más recientemente –aunque se refiere a esta cuestión en *obiter dicta* o razonamiento complementario y de modo indirecto–, en la Sentencia de 5 de junio de 1997.

Finalmente ha de tenerse en cuenta que tampoco obsta al ejercicio del derecho a la retasación el que se haya hecho efectivo o consignado el justiprecio una vez transcurrido el plazo de caducidad fijado en el artículo 58 de la LEF, salvo que el expropiado manifieste de modo inequívoco su voluntad de renunciar a dicho derecho o que reciba el pago mostrando su conformidad con el *quantum* y sin hacer reserva o protesta alguna al respecto, según jurisprudencia a la que se refiere la Sentencia de 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 5059), cuando señala que ‘en este sentido ha de recordarse la jurisprudencia de esta Sala [Sentencias de 2 de junio de 1984 (RJ 1984, 3475), 22 de junio de 1991 (RJ 1991, 4909), 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 9167) y 14 de junio de 1997 (RJ 1997, 4686)], según las cuales, el pago posterior a los dos años de la fijación del justiprecio no es obstáculo para que proceda la retasación, si se ha solicitado la misma con anterioridad a dicho pago’.”

B) Respecto a la valoración del suelo urbanizable por el método residual cabe obtenerse su valor de repercusión en función del valor de mercado como punto de partida, pero siempre que éste resulte debidamente contrastado y obtenido de fuentes ciertas y seguras

En este sentido, advirtiendo que se trata de una reiterada jurisprudencia, insiste la STS de 22 de enero de 2008, Ar. 170, poniendo particular énfasis en que el valor de mercado resulte debidamente contrastado y obtenido de fuentes seguras y ciertas. Así pues, véase, de un lado, el FJ 5º en el que manifiesta lo siguiente:

“Es igualmente necesario tener en cuenta lo que también es una reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que se hacen eco los actores en los motivos de recurso segundo y tercero, en relación a la valoración del suelo urbanizable por el método residual. Por todas citaremos la Sentencia de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3965) donde se señala que aun tratándose de dicho suelo, cabe obtenerse su valor de repercusión en función del valor de mercado como punto de partida, pero siempre que éste resulte debidamente contrastado y obtenido de fuentes ciertas y seguras.”

Y de otro, el FJ 8º en el que repite: “(...) para el cálculo del valor del suelo urbanizable por el método residual, puede también acudir a valores de mercado, éstos (refiriéndose a los recurrentes) olvidan poner de relieve que, para poder acudir a tales valores, la jurisprudencia también ha exigido que los mismos estén debidamente contrastados y obtenidos de fuentes seguras y ciertas”.

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 mediante permuta de los bienes patrimoniales: condiciones para su validez. B) Protección del dominio público. Carácter no constitutivo de la inscripción en el Inventario de bienes local. C) Protección del dominio público. Potestad de recuperación de oficio: órgano competente para acordar su ejercicio.

2. Aguas continentales. A) Daños causados al Dominio Público Hidráulico: indemnización improcedente por falta de prueba. **3. Aguas marítimas.** A) Bienes que integran el demanio costero: la enajenación de terrenos colindantes afectados a su uso propio exige previa declaración de innecesariedad. B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre. a) La finalidad del deslinde es declarar dominio público marítimo-terrestre lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, es tal. b) Cabe reservar bienes demaniales para instalaciones puntuales que, de no realizarse, determinan su integración a través del oportuno deslinde. c) La urbanización de bienes costeros no desnaturaliza su condición demanial. d) Las anteriores concesiones de desecación de marismas no transmutan el bien demanial en privativo, por lo que debe incluirse en el deslinde de costas. e) Procedimiento: no cabe la ratificación de deslindes anteriores.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. a) Caben instalaciones sobre la zona de servidumbre de protección si prestan servicios necesarios o convenientes para el uso del demanio marítimo-terrestre. b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas. D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.

a) No cabe modificar concesiones otorgadas bajo la normativa anterior para realizar usos del demanio prohibidos por el ordenamiento vigente. b) El régimen transitorio de la Ley de Costas no ampara concesiones de aprovechamientos privativos que no existían a su entrada en vigor. E) Infracciones y sanciones. a) La ejecución de obras no autorizadas en la zona de servidumbre de protección constituye una infracción de la normativa costera. Matizaciones. b) El procedimiento sancionador en materia de costas

debe tramitarse con observancia de las normas y trámites esenciales que le son propios.

F) Puertos. a) La contratación de las Autoridades Portuarias debe ajustarse a los principios de publicidad y competencia. b) La instalación de grúas para uso propio de una concesionaria de servicios portuarios no requiere otra concesión. c) La concesión sobre el demanio portuario requiere atención a los usos permitidos en los instrumentos de planeamiento urbanístico. G) Pesca y cultivos marinos. a) La baja del Registro Oficial de Empresas Pesqueras y el reintegro de subvenciones por incumplimiento no exigen acuerdo formal de incoación ni prosecución de dos procedimientos diferenciados. b) Pueden cederse a la Hacienda Pública y la Seguridad Social las subvenciones por cese de la actividad pesquera en pago de deudas contraídas. c) La pesca de las distintas especies debe circunscribirse a la cuota asignada a nuestro país para cada una de ellas.

4. Montes: Atribuciones profesionales. Técnicos competentes para redactar un proyecto de ordenación de un monte de utilidad pública. 5. Minas.

A) Para explotar recursos en origen considerados de la sección A) que por cambios normativos pasan a considerarse recursos de la sección C), se precisa obtener, a través del procedimiento general oportuno, el título administrativo correspondiente adaptado al cambio operado.

B) Distribución de competencias entre órganos autonómicos y provinciales en materia de otorgamiento de títulos que habilitan para la realización de actuaciones mineras en un mismo espacio físico, de acuerdo con el artículo 29 del Reglamento que desarrolla la Ley de Minas. Alcance de la obligación relativa a que en las autorizaciones para la explotación de recursos mineros de la Sección A) deba figurar su tiempo de duración.

6. Carreteras y caminos: Cauces de participación de los Entes locales en el procedimiento de aprobación del Estudio Informativo de las carreteras estatales.

7. Propiedades públicas: Régimen económico-financiero.

A) Aguas continentales. a) Canon de aducción autonómico. b) Tasas por prestación del servicio domiciliario de agua. B) Puertos. C) Minas: canon de superficie de minas. D) Dominio público local. a) En general. b) Tasas al 1,5% de los ingresos exigidas a las empresas suministradoras de interés general.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

1. BIENES LOCALES

A) Enajenación mediante permuta de los bienes patrimoniales: condiciones para su validez

En la STS de 5 de enero de 2007, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 8555, se admite la validez de las permutas contenidas en convenios, siempre que se cumplan las condiciones marcadas en la normativa de régimen local y, en particular, las previstas en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. En dicho precepto se dice que no será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor. Requisitos que no se cumplieron en el caso objeto del proceso.

Al margen de las circunstancias del caso concreto, debe indicarse que en la STS comentada se reitera doctrina anterior de la Sala establecida en SSTs de 15 de junio de 2002, 24 de abril de 2001 y 31 de enero de 2000, sobre la interpretación del artículo 112.2 del Reglamento mencionado y la exigencia de un expediente en el que se refleje el cumplimiento de las condiciones marcadas en dicho precepto. En esta jurisprudencia anterior que se cita se parte de que la subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Teniendo en cuenta dicha regla, su significado va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución; y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente Local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes. Es en el marco de la idea que se acaba de indicar como ha de ser interpretado el apartado 2 del artículo 112 del Reglamento y lo que conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a la permuta no ya como una conveniencia sino como una necesidad; y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta; y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios.

B) Protección del dominio público. Carácter no constitutivo de la inscripción en el Inventario de bienes local

La STS de 20 de junio de 2007, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4834, se pronuncia sobre la falta de carácter constitutivo de la inscripción en el Inventario de bienes municipal para

atribuir la titularidad de un bien a la Entidad local. En concreto, en la STS citada se dice que la afirmación de que una vía pública sólo es de dominio público si está incluida como tal en el Inventario municipal, se trata de una doctrina equivocada y dañosa para el interés general, pues permitiría la realización de actos de dominio por particulares sobre vías que son de dominio público, por el solo hecho de que no estén incluidas en el Inventario municipal de bienes; ningún precepto de la Ley de Régimen Local de 1986 (artículos 17 a 36), permite concluir que el Inventario tenga efectos constitutivos para el dominio público, de forma que sólo los bienes incluidos en él lo sean, o que sólo mediante su inclusión en él pueda probarse su condición de tales. Y sigue diciendo que, por lo que se refiere a las vías públicas procedentes de cesiones urbanísticas no es en absoluto su inclusión en el Inventario municipal lo que determina su condición de tales, ya que el artículo 124 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 dispone que la firmeza en vía administrativa del acuerdo de reparcelación determinará la cesión de derecho al Municipio en que se actúe en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos que sean de cesión obligatoria según el Plan, para su incorporación al Patrimonio municipal del suelo, o su afectación a los usos previstos en él; y los terrenos que el Plan destine al dominio público municipal quedarán afectados a éste sin más trámites. La Sentencia termina concluyendo que, siendo así las cosas, no pueda decirse que la inclusión de la vía en el Inventario municipal sea requisito para que pueda ser considerada de dominio público.

C) Protección del dominio público. Potestad de recuperación de oficio: órgano competente para acordar su ejercicio

La STS de 2 de abril de 2008, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 1618, se pronuncia sobre el órgano competente para acordar el ejercicio de la potestad de recuperación y se indica que puede ser tanto el Alcalde como el Pleno.

En particular, en la STS comentada se afirma que la interpretación que la parte recurrente hace del artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de 1986, como si exigiera acuerdo del Pleno del Ayuntamiento para iniciar el ejercicio de la potestad, no es acertada, puesto que lo que el precepto exige es “acuerdo de la Corporación”, y no pueden asimilarse los conceptos de “Corporación” y “Pleno”. La Corporación es la entidad pública, y así se deduce del artículo 22.2.j) de la Ley de Bases de Régimen Local, cuando dice que corresponderá al Pleno “la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria”, distinguiendo la persona jurídica (la Corporación), y el órgano (el Pleno). Por ello, cuando el Reglamento de Bienes exige “acuerdo previo de la Corporación” no está atribuyendo la competencia a un órgano concreto dentro de la Corporación, para lo cual haya que acudir a los artículos 21 y 22 de la Ley indicada, en el primero de los cuales se atribuyen al Alcalde “aquellas competencias que la legislación del Estado (...) asigne al municipio y no atribuya a otros órganos municipales” [artículo 21.1.s)]. Éste es el título de atribución a los Alcaldes de la competencia para ordenar la recuperación de oficio de bienes en vía administrativa, y no el del artículo 21.1.k) (“el ejercicio de acciones judiciales y administrativas”); el ejercicio de una acción administrativa es cosa distinta a la recuperación de oficio, pues alude necesariamente a la comparecencia ante otras Administraciones en

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

defensa de intereses municipales, sin lo cual no puede decirse que haya “ejercicio de acción administrativa”, lo que es distinto al puro ejercicio de potestades municipales (v. g., tributaria, de disciplina urbanística, de seguridad vial, expropiatoria, etc.); en todos estos supuestos existe ejercicio de competencias administrativas pero no ejercicio de acciones administrativas.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Daños causados al Dominio Público Hidráulico: indemnización improcedente por falta de prueba

En la STS de 12 de febrero de 2008, Ar. RJ/2008/597 (recurso de casación 106/2005), se discute, en recurso de casación, el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 28 de enero de 2005, sobre la imposición de indemnizar por daños causados al dominio público hidráulico, ante la extracción por parte de la entidad mercantil “Altec, SA” de 35.000 metros cúbicos de áridos del cauce del arroyo Sotillo y del vaso del Embalse de Torre Abraham, sin previa autorización administrativa. En concreto el Acuerdo impugnado contiene dos pronunciamientos, a saber, el primero, declarar prescrita la acción administrativa para sancionar los hechos descritos y, el segundo, imponer a “Altec, SA” la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico en la cuantía de 126.212,54 euros por la extracción de materiales, siendo esta segunda parte del Acuerdo la recurrida por la entidad mercantil.

Los motivos de impugnación que esgrime la entidad mercantil en la demanda consisten básicamente en dos: que Altec, SA contaba con la autorización para realizar la extracción de áridos en base al documento de fecha 10 de noviembre de 2000, firmado por el Sr. Ingeniero Jefe de Área de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, en el que se determinaba que para realizar las obras a ejecutar por la entidad mercantil era necesario la creación de terraplenes que se realizarían con tierras extraídas del vaso del Embalse de Torre Abraham; y, como segundo motivo de impugnación, la entidad mercantil alega que la Administración no ha probado que esa extracción, por la falta de la debida autorización, haya causado daños al dominio público hidráulico.

Ante tales motivos de impugnación, el TS declara que el primer argumento impugnatorio debe ser rechazado, pues con independencia de que en el documento del Ingeniero de Área de la Confederación se estableciese la necesidad de extracción de áridos para ejecutar la obra, en tal documento no se dice que ello pueda hacerse sin la correspondiente autorización administrativa. Y en cuanto al segundo motivo de impugnación, el TS declara que la Administración no ha realizado la más mínima prueba tendente a demostrar que la extracción de materiales ha originado menoscabo al dominio público hidráulico. Por ello, afirma el Tribunal, no puede imponerse la obligación de reparar daños, si no se han demostrado dichos daños, pues precisa el TS que no se han de confundir conceptos: aquí no se trata de sancionar (puesto que la infracción se declaró prescrita en el propio Acuerdo), sino de reparar los daños causados al dominio público hidráulico, tal y como establece el artículo 326 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, cuando prescribe que la

valoración y prueba de los daños se realizará por el Organismo sancionador mediante la ponderación del menoscabo de los bienes afectos por la infracción.

Sobre la base de todo lo anterior concluye el Tribunal que de lo que se trata no es de que la autorización fuese necesaria o no (que lo era), sino si el acto material de extracción ha perjudicado, o no, a los valores del dominio público hidráulico, pues la autorización es un mero requisito formal, mientras que el menoscabo al dominio público hidráulico es una consecuencia material que hay que poner de manifiesto.

Por lo anterior, y a falta de esa prueba, el TS procede a estimar el recurso contencioso-administrativo planteado por la mercantil “Altec, SA”, anulando el Acuerdo recurrido.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Bienes que integran el demanio costero: la enajenación de terrenos colindantes afectados a su uso propio exige previa declaración de innecesariedad

La STS de 22 de abril de 2008, Ar. 2469, recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Costas, la enajenación de terrenos colindantes con el demanio marítimo-terrestre que estén afectados a su uso propio —por resultar necesarios para su protección o utilización— requiere de una previa declaración de innecesariedad por parte de la Administración.

B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre

a) La finalidad del deslinde es declarar dominio público marítimo-terrestre lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, es tal

De nuevo insiste la jurisprudencia en la finalidad del ejercicio de la potestad de deslinde: declarar demanio costero los bienes que por naturaleza, y por consecuente determinación normativa, deben formar parte de él al reunir las condiciones físicas al efecto. Es el caso de las playas (SAN de 4 de enero de 2008, Ar. 71507, FJ 4º) y de los terrenos ganados al mar como consecuencia de obras (SAN de 10 de enero de 2008, Ar. 71506, FJ 2º). Por esta misma razón, resulta improcedente la inclusión en el dominio público de terrenos que no integran la zona marítimo-terrestre, ya que difícilmente serán alcanzados por las olas debido a su gran distancia de la playa, según demuestran estudios técnicos (SAN de 30 de enero de 2008, Ar. 80108, FJ 5º).

b) Cabe reservar bienes demaniales para instalaciones puntuales que, de no realizarse, determinan su integración a través del oportuno deslinde

El hecho de que terrenos naturalmente inundables queden al margen del dominio público en un procedimiento de deslinde, en atención a una decisión del Consejo de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Ministros de reservarlos para el establecimiento de obras e instalaciones que no pueden tener otra ubicación (en este caso una estación depuradora, artículos 47 y 32 de la Ley de Costas), no impide que, anulada ésta por los tribunales, deba modificarse dicho deslinde para integrar en el demanio los citados terrenos (SAN de 6 de febrero de 2008, Ar. 87165).

c) La urbanización de bienes costeros no desnaturaliza su condición demanial

Como se ha hecho constar en crónicas previas, la circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal de demanio costero contenida en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas. Lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal y como ha sido transformado por obras o instalaciones, sino tal y como es por naturaleza, de manera que las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde (SAN de 30 de enero de 2008, Ar. 80108, FFJJ 3º y 4º y STS de 6 de febrero de 2008, Ar. 2020). La STS de 18 de marzo de 2008, Ar. 1755, recuerda esta doctrina precisamente para manifestar su disconformidad con la SAN recurrida en casación (SAN de 2 de octubre de 2003), que argumenta en sentido contrario. Sin embargo, el hecho de que esta tesis no haya sido objeto de impugnación por el recurrente en casación impide al TS revisarla en su sentencia.

d) Las anteriores concesiones de desecación de marismas no transmutan el bien demanial en privativo, por lo que debe incluirse en el deslinde de costas

Igualmente hay que hacerse eco en esta ocasión (SSAN de 10 y 16 de enero de 2008, Ar. 71506, FJ 3º, y Ar. 99433, respectivamente) de la doctrina que determina que las concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior, y frente a la regla general de la Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley de Costas, no producen como efecto la transmutación de aquel bien demanial en privativo. Se trata de títulos que no prevén expresamente la transferencia del dominio, otorgándose a perpetuidad salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, y sujetos a la condición de realizar alguna obra o aprovechamiento. A ello se suma la permanencia del carácter público de los bienes, por lo que los terrenos desecados, que mantienen su condición de inundables, deben incluirse como demaniales en el pertinente deslinde.

e) Procedimiento: no cabe la ratificación de deslindes anteriores

Como señala el FJ 2º de la antecitada SAN de 4 de enero de 2008, Ar. 71507, cuando la Administración incoa de oficio un deslinde –bien para comprobar si el practicado con arreglo a la anterior normativa debe modificarse por efecto del vigente ordenamiento, bien para constatar si las condiciones geomorfológicas del terreno han experimentado alguna alteración–, siempre debe hacerlo con arreglo al procedimiento previsto en la Ley de Costas. No le está permitido, pues, fijar la línea del demanio ahorrándose los trámites establecidos mediante la “ratificación” de deslindes anteriores practicados conforme a otro iter procedimental.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes**a) Caben instalaciones sobre la zona de servidumbre de protección si prestan servicios necesarios o convenientes para el uso del demanio marítimo-terrestre**

En la zona de servidumbre de protección están prohibidas las edificaciones destinadas a residencia o habitación, incluidas las hoteleras [artículo 25.1.a) de la Ley de Costas]. Sin embargo, como en el caso analizado por la **STSJ de Murcia de 26 de diciembre de 2007**, Ar. 89544 de 2008, cabe la legalización de instalaciones ya existentes cuando concurren motivos suficientes. En este supuesto: a) se trata de un almacén para el mantenimiento de las instalaciones de un camping consolidado y en funcionamiento, y los campings no son establecimientos hoteleros sino otra modalidad de servicio de alojamiento turístico, b) el solar en que se ubica cuenta con todos los servicios urbanísticos, c) se aprovechan unos antiguos almacenes que ya existían y d) según la propia Administración costera, las obras cuestionadas no interrumpen ni menoscaban las servidumbres de tránsito y de acceso al mar. Este conjunto de razones determina el encaje de las aludidas instalaciones en las permitidas por el apartado 2 de aquel artículo 25: prestan un servicio necesario o conveniente para el uso del dominio público marítimo-terrestre.

b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas

También en esta ocasión la jurisprudencia del TS se ha pronunciado sobre las Disposiciones Transitoria Tercera.³ de la Ley de Costas y Transitoria Novena.¹ de su Reglamento. Y en lo que es una doctrina asentada, ha vuelto a recordar que la posibilidad de reducir la extensión de la servidumbre de protección que establece la norma legal (100 metros) a 20 metros queda supeditada a la clasificación de los terrenos como suelo urbano a su entrada en vigor, lo que no sucede en el supuesto al que se refiere la **STS de 27 de noviembre de 2007**, Ar. 1865 de 2008.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre**a) No cabe modificar concesiones otorgadas bajo la normativa anterior para realizar usos del demanio prohibidos por el ordenamiento vigente**

La **STS de 26 de diciembre de 2007**, Ar. 672 de 2008, niega la modificación de unas concesiones otorgadas al amparo de la normativa precedente. La razón estriba en que la nueva Ley de Costas se muestra más restrictiva en el régimen de estos títulos, impidiendo su otorgamiento —en este caso su ampliación— para determinados usos que anteriormente se permitían y que, en el caso que nos ocupa, consistían en apilar fosfoyesos en una marisma. El Tribunal no considera, como era pretensión de los recurrentes, que estemos en presencia de una alteración de los supuestos determinantes del otorgamiento de las concesiones que, por mor del artículo 77 de la Ley de Costas, permitiría la modificación de sus condiciones. Lo que existen en realidad son unas mayores exigencias derivadas de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

una evolución legislativa, manifestadas a través de nuevas normas que han requerido la adecuación de los usos privativos sobre el demanio costero a dicha nueva regulación.

b) El régimen transitorio de la Ley de Costas no ampara concesiones de aprovechamientos privativos que no existían a su entrada en vigor

La STS de 29 de enero de 2008, Ar. 686, se pronuncia sobre el régimen transitorio de la Ley de Costas en relación a los titulares de espacios en el demanio marítimo inscritos en el Registro de la Propiedad. En concreto, hace referencia a la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley de Costas, que permite a dichos titulares solicitar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, la legalización de usos existentes mediante la correspondiente concesión, otorgándoles asimismo preferencia para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que puedan autorizarse en su caso sobre dichos terrenos. No es éste el supuesto en presencia, dado que la finca en cuestión carecía a la entrada en vigor de la Ley de Costas del uso y aprovechamiento urbanístico solicitado mediante concesión. El hecho de venir meramente clasificada como suelo urbanizable programado no le confería aprovechamiento urbanístico alguno, en la medida en que éste sólo nace cuando existe aprobado un instrumento de ordenación idóneo que defina y concrete dicho aprovechamiento. En definitiva: la patrimonialización del aprovechamiento se concreta a través del pertinente instrumento que lo haga efectivo, sin que sea equiparable la posibilidad de obtenerlo con su materialización.

E) Infracciones y sanciones

a) La ejecución de obras no autorizadas en la zona de servidumbre de protección constituye una infracción de la normativa costera. Matizaciones

Según el artículo 91.2.e) de la Ley de Costas, la realización de obras no autorizadas en la zona de servidumbre de protección constituye una infracción grave. Y esta tipificación no se ve alterada por el hecho de que las obras puedan llegar a ser legalizadas si cumplen las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, lo que no sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la STSJ de Murcia de 18 de enero de 2008, Ar. 87421. Procede, por tanto, su demolición.

Sin embargo, en el caso enjuiciado por la STSJ de Murcia de 26 de noviembre de 2007, Ar. 74835 de 2008, aun existiendo infracción, no resulta procedente demoler la obra no autorizada. La razón estriba en la pendencia de un nuevo deslinde que, por un lado, imposibilitó en su momento la propia autorización de la obra (artículo 12.5 Ley de Costas: “la providencia de incoación del expediente de deslinde implicará la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre y en su zona de servidumbre de protección...”) y, por otro, impide el conocimiento presente de la concreta servidumbre afectada, así como del tipo de obras allí permitidas.

Inverso al anterior es el supuesto analizado por la STSJ de Asturias de 23 de noviembre de 2007, Ar. 84470 de 2008. El Tribunal reconoce que la realización de construcciones no

autorizadas en la zona de servidumbre de protección es una conducta que conlleva como mínimo un comportamiento consciente de que se está llevando a cabo una actuación dudosa. No obstante, el hecho de que el recurrente solicitara al Ayuntamiento —y éste se lo concediera— permiso al efecto y, sobre todo, que comunicara a la Administración costera su intención de obrar y le solicitara indicación de los puntos de referencia para no invadir la zona de servidumbre —sin obtener respuesta—, hace que concurran en el caso particulares circunstancias que difícilmente pueden encajar en el tipo infractor. De hecho, el recurrente realizó la obra respetando la distancia legal de la servidumbre, y aunque no corresponde a los particulares su determinación autónoma —en la práctica llegó a invadir parte de aquélla—, este comportamiento, ante el silencio de la Administración (a quien corresponde la facultad de deslinde y el trazado de las líneas de demarcación), evidencia su intención de no infringir el ordenamiento jurídico ni de causar perjuicios. A mayor abundamiento, la Orden aprobatoria del deslinde no ha sido publicada, impidiendo a los afectados tomar conocimiento de su existencia. Por todas estas razones, el Tribunal rechaza la existencia de infracción —y de la consecuente sanción—, aunque reconoce la ineludibilidad de la demolición de la obra por imposición de los artículos 95 de la Ley de Costas y 179 de su Reglamento.

b) El procedimiento sancionador en materia de costas debe tramitarse con observancia de las normas y trámites esenciales que le son propios

Recogiendo una consolidada doctrina constitucional y del TS, la STSJ de Murcia de 23 de noviembre de 2007, Ar. 75134 de 2008, recuerda que el afectado por un procedimiento administrativo sancionador ve satisfecho su derecho fundamental a ser informado de la acusación a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ella en la que se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se le imputa. Excepcionalmente este trámite podrá dejar de ser imprescindible en el sentido expuesto si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso. Igualmente, la sanción que haya de imponerse viene delimitada por lo recogido en el pliego de cargos que, de esta forma, actúa a modo de calificación definitiva. En el supuesto enjuiciado, el inicio del expediente sancionador y en el pliego de cargos —que puede considerarse propuesta al no realizar alegaciones el interesado en el plazo otorgado al efecto— se le advertía de la sanción a imponer por la ejecución de obras no autorizadas en el dominio público marítimo-terrestre, pero no de la obligación de restitución de las cosas y de la reposición a su estado anterior. Tratándose ambas de medidas restrictivas de derechos, dicha ausencia de información causa indefensión al afectado, determinando la anulabilidad del expediente sancionador ex artículo 63.2 de la Ley 30/1992.

F) Puertos

a) La contratación de las Autoridades Portuarias debe ajustarse a los principios de publicidad y competencia

Las Autoridades Portuarias, como organismos públicos que son, someten su contratación a los principios de publicidad y concurrencia, y así lo establece expresamente la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

legislación de puertos (artículo 35.2). Sin embargo, como recuerda la **STS de 23 de abril de 2008**, Ar. 2620, estos principios quedan vulnerados si al anuncio del concurso para otorgar la concesión administrativa de construcción y explotación de un varadero en régimen de gestión indirecta, y a la publicación del pliego de bases del concurso, no acompañan las normas y condiciones generales de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, ni siquiera en referencia al diario oficial donde pueden ser consultadas por los interesados en concurrir al concurso. Más aun: a juicio del Tribunal, su puesta a disposición de éstos en las dependencias de la Autoridad Portuaria, por medio de fotocopias a su cargo, no suple esta vulneración, habida cuenta la trascendencia de las citadas normas como cuerpo de necesario conocimiento por los recurrentes.

b) La instalación de grúas para uso propio de una concesionaria de servicios portuarios no requiere otra concesión

La **STS de 6 de mayo de 2008**, Ar. 2630, no considera que la instalación de grúas móviles por parte de una empresa que presta un servicio portuario, para su propio uso, requiera la concertación de un contrato administrativo previa convocatoria de concurso. La razón estriba en que no nos encontraríamos en este caso en presencia de un servicio portuario, tal y como los define la legislación portuaria, puesto que no concurre la puesta a disposición de medios mecánicos. Basta, por tanto, con una mera autorización.

c) La concesión sobre el demanio portuario requiere atención a los usos permitidos en los instrumentos de planeamiento urbanístico

Como se hizo constar en una crónica anterior, el otorgamiento de una concesión de uso privativo del demanio portuario debe tener en cuenta lo dispuesto en los instrumentos de ordenación urbanística aplicables al ámbito territorial en que se sitúan. Y ello tanto si se trata de puertos de interés general como de puertos de competencia autonómica. La **STS de 9 de abril de 2008**, Ar. 2423, se refiere a un puerto de competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuya Ley específica viene a exigir en su relación: a) que los instrumentos de planeamiento general califiquen la zona de servicio como sistema general portuario, b) que contengan algunas determinaciones básicas entre las que se encuentren los usos permitidos en dicha zona de servicio y c) que tales sistemas se desarrollen mediante un plan especial. Nada de esto se recoge en el Plan General del Municipio en cuyo término se sitúa el puerto, por lo que resulta procedente la denegación de la concesión para construir y explotar en él un aparcamiento.

G) Pesca y cultivos marinos

a) La baja del Registro Oficial de Empresas Pesqueras y el reintegro de subvenciones por incumplimiento no exigen acuerdo formal de incoación ni prosecución de dos procedimientos diferenciados

Quienes deseen ejercer la actividad pesquera deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en países terceros y cumplir los requisitos normativamente esta-

blecidos al efecto, so pena de baja en éste y de reintegro de las subvenciones que hubiesen podido recibir. Según determina la **STSJ de Madrid de 9 de enero de 2008**, Ar. 125929, el hecho de que para dichas bajas y reintegro no existiese un acuerdo de incoación por parte de la Administración pesquera y no se siguiesen dos procedimientos diferenciados no causó indefensión a la recurrente, toda vez que ha disfrutado de sobradas oportunidades para alegar. Aunque se hubieran cometido los vicios que se dice —que no es el caso: la normativa general o sectorial administrativa no impone nunca la obligación de realizar un acuerdo de incoación formal, y la economía y celeridad procedimental permiten acumular en un solo procedimiento los que guarden identidad sustancial o íntima conexión—, ninguno de ellos impidió alcanzar al acto su fin legítimo.

b) Pueden cederse a la Hacienda Pública y la Seguridad Social las subvenciones por cese de la actividad pesquera en pago de deudas contraídas

En el marco de la política pesquera común se prevé la posibilidad de otorgar subvenciones para la paralización definitiva de buques con cargo a fondos comunitarios. El acceso a estas ayudas exige el cumplimiento de una serie de requisitos, entre otros la certificación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

En los supuestos sobre los que se pronuncian las **SSTS de 12 de marzo de 2008** (dos), Ar. 2026 y sin asignación de referencia, las empresas recurrentes se encontraban sometidas a expediente de suspensión de pagos, teniendo también pendientes de percibir subvenciones por el desguace de los buques. Ambas mercantiles manifestaron en escritos suscritos por sus Administradores Judiciales y dirigidos a la Administración Tributaria, su intención de ceder dichas subvenciones a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, en pago de las deudas contraídas. Para su cobro, solicitaron la expedición de la oportuna certificación —requisito necesario— que acreditase que se encontraban al corriente en el pago de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria dictó sendos acuerdos al efecto, condicionados a la afectación al Tesoro Público de las citadas subvenciones. Pues bien, contrariamente a la interpretación de la Administración estatal, que les confería mera condición informativa, el TS considera que estos acuerdos tienen naturaleza transaccional y, como tal, carácter vinculante. Entiende el Tribunal que a través de ellos se ha procedido a una cesión en pago en el seno de un procedimiento concursal, y por esa razón, posteriores acuerdos ejecutivos de la Administración son improcedentes. En definitiva, se reconoce a las sociedades demandantes el derecho a que se les emitan y entreguen las certificaciones de exoneración de sus obligaciones, ya comprometidas en los acuerdos de la Administración Tributaria.

c) La pesca de las distintas especies debe circunscribirse a la cuota asignada a nuestro país para cada una de ellas

Debido a la limitación de los recursos, la actividad pesquera está controlada por la Administración a través de la expedición de autorizaciones de pesca acordes con las cuo-

tas asignadas a nuestro país para cada especie, y mediante la fijación de tallas mínimas capturables para cada una de ellas. Como recuerda la SAN de 16 de enero de 2008, Ar. 137, la inclusión de buques concretos en el censo entre cuyos integrantes se reparte la cuota de una especie tiene como criterios normativos a considerar (artículos 26 y 27 de la Ley de Pesca) la habitualidad de éstos en la pesquería, su idoneidad y condiciones técnicas, la actividad pesquera desarrollada históricamente, y las posibilidades de empleo que acrediten. Por eso, no vulnera la Ley una Orden que asigna a buques bacaladeros la captura de otras especies similares, en la medida en que se han atendido los criterios expuestos.

4. MONTES: ATRIBUCIONES PROFESIONALES. TÉCNICOS COMPETENTES PARA REDACTAR UN PROYECTO DE ORDENACIÓN DE UN MONTE DE UTILIDAD PÚBLICA

En materia de Montes destaca la STS de 30 de abril de 2008 (RJ 2008\2497). Ahora bien, en ella y bajo el ropaje de las cuestiones forestales se aborda una temática, de la que, en realidad, puede extraerse una enseñanza extrapolable a otros ámbitos.

El conflicto sobre el que se pronuncia el Tribunal se plantea en relación con los requisitos que debían cumplir quienes participasen como licitadores en el procedimiento de adjudicación de un contrato de asistencia técnica convocado por una Administración que tenía por objeto la redacción de un proyecto de ordenación de un monte de utilidad pública. Ocurría que en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato la Administración había impuesto como uno de los criterios de admisión de concurrentes una determinada solvencia técnica, concretada en la exigencia de que se garantizase que el redactor del proyecto sería un Ingeniero de Montes, el cual habría de contar con la colaboración, como mínimo, de otro Ingeniero de Montes o de un Ingeniero Técnico Forestal.

Como explica la sentencia, es más que razonable que una Administración exija a las empresas que con ella contraten una acreditada solvencia técnica o profesional y que ésta se aprecie teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, etc., que podrán acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios medios considerados adecuados, entre los que se encuentra la titulación académica y profesional de los empresarios y del personal de dirección de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato en la empresa licitadora.

Sentado esto, en el caso enjuiciado en la resolución de referencia ocurría que la clave escogida para realizar dicha acreditación se circunscribía a la consideración de la titulación académica del personal responsable de la redacción del proyecto. La fórmula empleada en cláusula insertada en el pliego rector del contrato, se ha indicado, sólo reconoce solvencia suficiente para la redacción del proyecto al equipo redactor que integre en su seno a un Ingeniero de Montes, que, además, será el Ingeniero redactor del proyecto, por más que seguidamente prevea la posibilidad de que pueda contar con la colaboración de al menos otro Ingeniero o un Ingeniero Técnico Forestal.

Ante esto, el TS llega a la conclusión de que dicha cláusula contradice normas legales que han de ser respetadas en materia de atribuciones profesionales, tanto más cuanto que una de ellas, precisamente, se ocupa en su texto de los proyectos de ordenación de montes objeto sobre el que versaba el concurso convocado.

En efecto, —razona el órgano jurisdiccional— el examen del artículo 33 de la Ley 33/2003, de 21 de noviembre, de Montes, no deja resquicio a la duda cuando en el último inciso de su núm. 4 manifiesta que “la elaboración de estos instrumentos (proyectos de ordenación de montes y planes dasocráticos) deberá ser dirigida y supervisada por profesionales con titulación forestal universitaria y deberá tener como referencia, en su caso, el PORF en cuyo ámbito se encuentre el monte”.

Es decir, del texto citado no parece que pueda resolverse que la competencia para redactar esos proyectos únicamente se reconoce a los Ingenieros de Montes, sino que, de acuerdo con él, tan capaces y válidos para la elaboración y redacción de esos proyectos de ordenación de montes han de considerarse los Ingenieros de Montes como los Ingenieros Técnicos Forestales, ya que ambos poseen titulación forestal universitaria como exige la Ley, y, por ello la solvencia técnica o profesional de los empresarios queda igualmente garantizada cualquiera que sea el personal responsable de la ejecución del contrato, en este caso de la redacción del proyecto, bien sea un Ingeniero de Montes bien un Ingeniero Técnico Forestal.

En este punto, y para comprender mejor el razonamiento del Tribunal Supremo, conviene recordar su conocida línea jurisprudencial sobre atribuciones de los profesionales técnicos, conocida como doctrina de “libertad con idoneidad”, así identificada por partir, en principio, de la prohibición de consolidar monopolios profesionales con carácter general. Esto es, que salvo atribución en exclusiva por Ley de una determinada competencia a favor de una cierta titulación, no puede estimarse que las competencias profesionales sean exclusivas y excluyentes. Dicha doctrina, no obstante, ha sido matizada en los últimos años por el mismo Alto Cuerpo Jurisdiccional que ha puesto de relieve que la atribución de competencias como exclusivas puede ser no sólo fruto de reconocimiento legal expreso, como comúnmente se venía reconociendo, sino también del resultado de confrontar el tipo de actuación de que se trate, con los conocimientos necesarios que para acometerla son imprescindibles y el análisis de la preparación que en relación con tales conocimientos proporciona cada titulación.

Haciendo una síntesis pero interpretación completa de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en este campo, cabe concluir que existen ciertos ámbitos en sectores de actividad específicamente caracterizados que, en atención no a un capricho arbitrario, sino a la específica formación y preparación técnica de determinados titulados respecto a esos ámbitos, forman un núcleo esencial reservado a ellos.

Queda fuera de toda duda que la existencia de competencias exclusivas de ciertos titulados, en razón de su capacitación técnica específica, con exclusión de la intervención de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

otros, responde también a una mayor garantía de la defensa de los particulares, de los consumidores y usuarios, algo a lo que obliga la propia Constitución, por ejemplo, en su artículo 51.

Así las cosas, la construcción lógica que ha de llevarse a cabo a la hora de determinar la competencia exclusiva en una materia de una o varias titulaciones es la siguiente:

– Primero hay que determinar si la materia es, por Ley, competencia exclusiva de unos titulados concretos.

– Si no lo es, procede entonces determinar si los titulados en cierta rama de conocimiento, por el aprendizaje que han recibido, son los únicos que pueden afrontar la ejecución de un tipo de actuaciones en concreto.

En definitiva, la exclusividad puede venir determinada por ley, expresamente, o se puede deducir o interpretar por la jurisprudencia, que puede concluirlo al enjuiciar el carácter de la obra en relación con el contenido de las distintas especialidades.

Es así que puede reconocerse que el criterio mantenido por el Tribunal Supremo estriba en considerar que la competencia, por lo que ahora nos concita, en cada rama de Ingeniería depende de la capacidad técnica real para el desempeño de sus funciones propias, sin que exista un monopolio de dicha competencia a alguna determinada profesión, quedando abierta la entrada a todo título facultativo que ampara un nivel de conocimientos que se corresponda con la clase y categoría de los proyectos que suscribe un poseedor, criterio de libertad, que además ha de conjugarse en este caso con el ámbito de la contratación pública, en el que también late un principio general de libre concurrencia. Y es que, en efecto, garantizar la libertad de concurrencia ha sido, de hecho, una de las claves de las últimas reformas en materia de contratación, en coherencia con diversos pronunciamientos del TJCE que provocaron la adaptación de la legislación española a la normativa comunitaria.

Con apoyo en estos razonamientos el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no puede entenderse que cualquiera de los estudios adquiridos con la superación de cualquier título de Ingeniería capacita para elaborar el tipo de planes del que damos cuenta. Muy al contrario, entiende, sobre la base del artículo 33 de la Ley de Montes que, la redacción de este tipo de proyectos en concreto ha de abrirse a todas titulaciones universitarias de naturaleza forestal, lo que no únicamente comprende a los Ingenieros de Montes, sino que también abarca a los Ingenieros Técnicos Forestales.

Por este motivo resuelve que tal como estaba redactado el requisito de Solvencia Técnica del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato objeto de examen —excluyendo a los Ingenieros Técnicos Forestales de la posibilidad de redactar el proyecto objeto del mismo— es contrario a Derecho.

5. MINAS

A) Para explotar recursos en origen considerados de la sección A) que por cambios normativos pasan a considerarse recursos de la sección C), se precisa obtener, a través del procedimiento general oportuno, el título administrativo correspondiente adaptado al cambio operado

En la STS de 29 de abril de 2008, JUR/2008/185428, tras recordar que el Real Decreto 107/1995, de 27 de enero, de acuerdo con lo autorizado en el artículo 3.3 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, modificó los criterios de valoración precisos para configurar los yacimientos minerales y recursos de la Sección A), de tal forma que determinados recursos que antes se incluían en esta Sección, debían de serlo en la Sección C), el Tribunal Supremo, reitera (ya lo había indicado en su Sentencia de 21 de noviembre de 2006) que dicha reclasificación no es automática. Esto es, que para que el cambio se produzca ha de seguirse previamente el procedimiento establecido en la Ley de Minas y en su Reglamento, a los efectos de que la Administración verifique que se cumplen los presupuestos y requisitos para acordar dicha reclasificación y otorgar, en su caso, la concesión directa de explotación de los recursos ahora considerados de la Sección C).

Y es que el cambio de criterio contenido en el Real Decreto citado significó que muchos de los recursos que antes se explotaban en virtud de una mera autorización por estar incluidos en la Sección A) de acuerdo con la anterior normativa, precisasen a partir de su vigencia, al pasar a formar parte de recursos de la Sección C), de una concesión demanial para ser explotados. Ocurre, no obstante, como explica el Tribunal, que este cambio de autorización en concesión, no puede realizarse automáticamente, debido a las mayores exigencias que para el otorgamiento de concesiones se establecen en la Ley de Minas y en su Reglamento. De entre las mayores exigencias, especial consideración debe tener el relativo a la superficie de los terrenos explotados, pues a diferencia de las autorizaciones, las concesiones de explotación se otorgarán, según el artículo 76.1 de la Ley de Minas, sobre una extensión determinada y concreta, medida en cuadrículas mineras agrupadas sin solución de continuidad. Es decir, frente a una superficie irregular que pueden presentar los terrenos sobre los que recae una autorización, la concesión recae sobre superficies delimitadas en forma rectilínea lo que supone normalmente cambios en su extensión territorial, y como el otorgamiento de la concesión confiere a su titular el derecho al aprovechamiento de los recursos de la Sección C) que se encuentren dentro de su perímetro —artículo 62.2 LM—, al cambiar con la reclasificación esa superficie, el exceso supone una novación respecto a la situación anterior, por lo que deberá otorgarse como si de una nueva concesión se tratara.

En este sentido, los anteriores titulares de autorizaciones para la explotación de recursos de la Sección A), que ahora precisan obtener una concesión a través del procedimiento general, no pueden considerar que se ha producido una lesión de derechos adquiridos, cuando, en realidad, de lo que se trata es de adecuar la regulación a la realidad de su tiempo. Que ahora se exija la obtención de un título concesional —si es posible otorgarla, pues tampoco puede entenderse que contar con una autorización presuponga necesariamente

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

la obtención del la concesión ahora precisa— cuando antes les bastaba una autorización, no supone estar dando efecto retroactivo a una norma.

B) Distribución de competencias entre órganos autonómicos y provinciales en materia de otorgamiento de títulos que habilitan para la realización de actuaciones mineras en un mismo espacio físico, de acuerdo con el artículo 29 del Reglamento que desarrolla la Ley de Minas. Alcance de la obligación relativa a que en las autorizaciones para la explotación de recursos mineros de la Sección A) deba figurar su tiempo de duración

La STS de 9 de abril de 2008, RJ 2008\2432, realiza una interpretación sobre dos artículos concretos del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería (RMi).

1º) En primer lugar, se pronuncia sobre la interpretación que ha de hacerse de la regulación contenida en el artículo 29 de dicho cuerpo normativo. Conviene recordar que, en general, dicho precepto, y a los efectos relevantes del caso, establece que en el caso de que en el perímetro que abarca un permiso de investigación, una concesión para explotar recursos de la Sección C) o una autorización para el aprovechamiento de recursos de la Sección B), se solicitase una autorización para la utilización de recursos de la Sección A), la Delegación provincial de Minas correspondiente, tras analizar el terreno, deberá determinar si la simultaneidad de actuaciones son o no compatibles. De tal suerte que si estimase que los trabajos son compatibles, otorgará la autorización de explotación solicitada, mientras que si, por el contrario, considera que no lo son, lo que debe hacer es elevar el expediente, acompañado de un informe, a la Dirección General de Minas, la cual, mediante los asesoramientos pertinentes, declarará cuál de las explotaciones o trabajos es de mayor interés o utilidad para la economía nacional.

Pues bien, en tanto que se discutía en el proceso si la declaración de compatibilidad de los trabajos mineros corresponde a la Dirección General de Minas de una Comunidad Autónoma o a la Delegación Territorial del Departamento de Industria, la Sala terció considerando que no puede pretenderse que la Dirección General carezca de competencia para determinar la compatibilidad entre la autorización de explotación de los recursos de la Sección A), por un lado, y el permiso de investigación por otro, o para otorgar la autorización de explotación de los recursos de la Sección A), o que si resuelve sobre estos temas, en realidad está avocando competencias propias de la Delegación territorial de Industria.

Razona que a la conclusión contraria sólo podría llegarse de considerar que la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de los trabajos corresponde a la Delegación Territorial, mientras que a la Dirección General de Energía y Minas tan sólo atañe la declaración de mayor utilidad que proceda previa declaración de incompatibilidad por parte de la Delegación Territorial, sin que pueda revocar la declaración de incompatibilidad que hubiese podido formular la Delegación Territorial.

Mas tal conclusión llevaría al absurdo, pues lo que resulta de la redacción del artículo 29.3 del Reglamento de Minas es que la declaración acerca de cuál de las explotaciones o trabajos pretendidos en el perímetro afectado es de mayor interés o utilidad para la eco-

nomía nacional sólo tiene lugar cuando la Dirección General de Energía y Minas está de acuerdo con el informe de incompatibilidad remitido por la Delegación Territorial, pero no cuando discrepa de éste, en cuyo caso puede declarar la compatibilidad de las explotaciones o trabajos, sin que con ello esté alterando el régimen de competencias atribuida a cada uno de los órganos, ni pueda pretenderse que la discrepancia con el informe de la Delegación Territorial suponga efectuar una revocación de acto alguno, pues en tal caso no hay resolución alguna previa de la Delegación territorial, ya que lo único que hace es emitir un informe considerando que existe una incompatibilidad y elevar todo el expediente a la Dirección General.

En definitiva, a la vista del artículo 29 que se analiza el Tribunal resuelve que no puede afirmarse que la competencia para otorgar la autorización de explotación de recursos de la Sección A) corresponde a la Delegación Provincial y que, en su caso, la Dirección General sólo podría avocar para sí dicha atribución mediante el procedimiento previsto en el artículo 14 de la Ley 30/1992. Y no puede afirmarse por cuanto el artículo 29.3 del referido Reglamento permite a la Dirección General, pese a que exista un informe contrario de su servicio territorial (esto es, pese a que la Delegación Territorial considere incompatibles los trabajos mineros), que acceda a conceder la autorización de explotación para recursos de la Sección A) dentro del perímetro de un permiso de investigación, si considera que realmente no existe dicha incompatibilidad.

Es decir, permite sea el órgano jerárquicamente superior el que decida sobre la compatibilidad o no de los trabajos. Interpretación que se refuerza si se repara que el mismo precepto en su apartado segundo prevé que la resolución por la que la Dirección Territorial hubiese entendido compatibles los trabajos puede ser recurrida en alzada, esto es, ante la Dirección General de Minas.

2º) En segundo término, la sentencia seleccionada también concreta el alcance de una de las indicaciones que han de figurar en las autorizaciones que se otorguen para la explotación de los recursos mineros de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.2.d) del RMi. Entre los datos que han de figurar en estos títulos de explotación, además extremos tales como la extensión y límites del terreno objeto de la autorización, la identificación de la persona o personas a favor de las que se otorga o la clase de recurso o los recursos y usos de los productos que pueden obtenerse, ha de quedar reflejado [artículo 28.2.d) RMi] el “Tiempo de duración de la autorización, que no podrá exceder de aquel que el peticionario tenga acreditado el derecho a la explotación”.

Ahora bien, resuelve el Tribunal que en tanto las autorizaciones para la explotación de los recursos de la Sección A) no están sometidas en la Ley de Minas a plazo máximo de duración (a diferencia de lo que ocurre con los permisos de investigación y las concesiones de explotación de recursos de otras secciones), no puede considerarse que una autorización en la que no se concrete el plazo máximo de su vigencia adolezca de un vicio de nulidad. Sostiene que la previsión del artículo 28.2.d) del Reglamento de Minas no impide —a falta de la limitación temporal *ex lege*— que la autorización sea

acordada por un período de tiempo indefinido, siendo que la ausencia de referencia explícita a este elemento temporal en el acto autorizatorio habrá de entenderse en el sentido de que se otorga por un tiempo indefinido. Esta posibilidad no se entiende contraria a la Ley 22/1973, de Minas. De tal suerte que la limitación temporal —y su subsiguiente mención en el texto del acto administrativo— sólo sería procedente cuando el petitionerio tuviera, a su vez, un derecho temporalmente restringido, pues entonces la autorización tendría que respetar el lapso de vigencia de dicho derecho, pero no cuando éste —en virtud del contrato civil de quien pide la autorización con el dueño de los terrenos— revista un carácter indefinido.

6. CARRETERAS Y CAMINOS: CAUCES DE PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES LOCALES EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DEL ESTUDIO INFORMATIVO DE LAS CARRETERAS ESTATALES

La STS de 8 de abril de 2008, JUR 2008/170252, recuerda que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, es fácil observar que existen dos cauces o procedimientos diferentes de participación de las Corporaciones Locales en el procedimiento de elaboración de los Estudios informativos referidos a la construcción de una carretera estatal. A saber:

El primero, contemplado en el apartado 1 del precepto indicado, tiene lugar cuando se trata de construir carreteras no previstas en el planeamiento urbanístico vigente de los núcleos de población a los que afecte. En estos casos las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales afectadas deben informarlo desde esa perspectiva (la de sus respectivos planeamientos), debiendo decidir en caso de controversia el Consejo de Ministros.

El segundo procedimiento, más general, en la medida en que no sólo participan las Administraciones Públicas, se prevé en el apartado 4 del mismo artículo, y es un trámite de información pública que tiene por finalidad que los afectados por el proyecto de una nueva carretera hagan observaciones sobre dos puntos concretos: sobre la justificación del interés general de la nueva infraestructura y sobre la concepción global de su trazado. La tramitación del procedimiento en este segundo supuesto se lleva a cabo en la forma prevista en la Ley 30/1992 y en el artículo 34 del Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras.

Asimismo, la sentencia recuerda el carácter cerrado que ha de atribuirse al procedimiento de aprobación de un Estudio Informativo, de tal suerte que si se iniciaran antes de su aprobación definitiva otros expedientes vinculados o dependientes de la anterior, (por ejemplo, se iniciase el procedimiento de contratación de las obras viarias objeto del Estudio), éste hecho podrá afectar a la validez de dicha contratación (si es que, por ejemplo, finalmente el Estudio no se aprobase, o no de la forma inicialmente prevista), pero no a la del acto aprobatorio del Estudio Informativo.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A) Aguas continentales

a) Canon de aducción autonómico

El ATC de 3 de julio de 2007 inadmite conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por el Ayuntamiento de Toledo en relación con el canon de aducción por la prestación a distintos municipios del servicio de abastecimiento de agua en alta establecido por la Comunidad Autónoma. Según el Tribunal Constitucional, el municipio que plantea el conflicto carece por sí solo de legitimación para hacerlo, pues no es el destinatario único de la disposición cuestionada, resultando intrascendente el hecho de que con la demanda se aporten los acuerdos plenarios de otros municipios en el mismo sentido.

El conflicto se había planteado contra el precepto de la Ley de Presupuestos que fijaba la tarifa para el año 2007. Se decía vulneraba el artículo 134.7 de la Constitución (prohibición de determinadas medidas tributarias en la Ley de Presupuestos) así como la autonomía local constitucionalmente garantizada, en especial, en su vertiente financiera.

En lo relativo a la vulneración del principio constitucional de autonomía local, el escrito de promoción argumenta que el incremento del canon, decidido unilateralmente y sin justificación por la Comunidad Autónoma, iba en contra de la buena fe que ha de regir la relación entre las Administraciones públicas, y explica los antecedentes del sistema de abastecimiento. Decía el Ayuntamiento que el incremento del gravamen reduciría su capacidad efectiva para gestionar el servicio de abastecimiento domiciliario de agua con el consiguiente perjuicio para los ciudadanos.

b) Tasas por prestación del servicio domiciliario de agua

La STSJ de Galicia de 31 de enero de 2007, JT 867, trata de la tasa por distribución de agua de Pontevedra, en el caso particular de distribución a otros municipios limítrofes, estimando en parte el recurso interpuesto por uno de esos ayuntamientos (Sanxenjo).

En la parte que más nos puede interesar, el ayuntamiento demandante solicita la declaración de nulidad de aquellos apartados de la Ordenanza Fiscal que vulneran o conculcan el principio de autonomía local, en concreto, el contenido del apartado d), del inciso 3, segundo, del artículo 6 de la Ordenanza, al establecerse una cuota de consumo de 0,14 euros/m², por el agua procedente de una determinada estación, que el Ayuntamiento demandado destina para disponibilidad y consumo de otros ayuntamientos.

Señala el TSJ que

“no basta para que surja el hecho imponible de la Tasa, como tributo local, con la prestación de un servicio público o la realización de una actividad, técnica o de otra índole, de la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

competencia del Ente local, sino que la prestación del servicio o la actividad administrativa de la competencia local deben reunir la nota de que ‘afecten o beneficien de forma particular a los sujetos pasivos’ (...), de tal suerte que cuando el beneficio no es individualizado por referencia a persona o personas concretas sino que participa en él, de forma indiscriminada, la colectividad, no cabrá hablar de hecho imponible generador de tasas (...)

Dicho esto, explica que ésta es la circunstancia que concurre en el supuesto de autos, ya que

“se trata de un suministro que no aprovecha específicamente a los citados Ayuntamientos como tales entes territoriales, sino al conjunto de los ciudadanos y entidades residenciados en sus respectivos términos municipales, y lo que la Ordenanza hace es regular una suerte de Tasa por tal suministro, con lo que ya se concluye que faltaría el hecho imponible de la Tasa, o dicho de otra forma, el Ayuntamiento demandado estaría regulando, a través de dicha Ordenanza, y bajo la apariencia de una tasa, cuya fijación compete sin duda al Ayuntamiento de forma unilateral, un precio de agua suministrada a otros Ayuntamientos para abastecimiento de la población, pues dicho suministro ya se produzca por acuerdo de los Ayuntamientos implicados, o bajo la fórmula consorcial u otra equivalente, requiere de la intervención y aprobación de la correspondiente Comunidad Autónoma, y el precio que se convenga no está liberalizado, sino intervenido, precisando, asimismo, la intervención del órgano competente fiscalizador de la Comunidad Autónoma”.

A la vista de lo cual, anula el precepto de la Ordenanza Fiscal.

B) Puertos

En números anteriores de esta Revista hemos hecho referencia en incontables ocasiones a la problemática de las prestaciones exigidas por las autoridades portuarias, desde el punto de vista del principio de reserva de ley. Me limito a señalar que continúan dictándose sentencias centradas en esta cuestión, como las **SSTSJ de Valencia de 6 de septiembre de 2007**, JT 1554, o de **Cantabria de 11 de octubre de 2007**, JT 2008, 63.

Por su parte la **STSJ de Cantabria de 27 de diciembre de 2007**, JT 194, trata de otras cuestiones. Aparte de ciertos asuntos de procedimiento (en particular, la competencia para dictar liquidaciones), aborda la legalidad de las tasas exigidas a concesionarios que venían beneficiándose de exenciones, a la luz de las Disposiciones Transitorias de la Ley 48/2003. La Sala desestima la pretensión de los concesionarios y sostiene la exigibilidad de las tasas.

Van quedando atrás por fortuna los tiempos en los que la inseguridad acerca de las prestaciones propias del régimen económico-financiero portuario era enorme. Comienzan a dictarse ya sentencias que atienden a las estructuras tributarias de la Ley 48/2003, Ley que en definitiva dio estabilidad al sistema. La **STSJ de Cantabria de 14 de enero de 2008**, JT 200, aborda las autorizaciones contenidas en Ley para que reglamentariamente se ordene la cuantía de las tasas, así como los apoderamientos del Reglamento al Ministro

con competencias en el sector. La Sala desestimará el recurso, entendiendo la regulación acorde con el principio de reserva de ley.

C) Minas: canon de superficie de minas

La STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2007, JT 1555, se refiere una vez más a la eficacia de las actualizaciones genéricas del importe de las tasas vía ley de presupuestos sobre esta figura.

D) Dominio público local

a) En general

La STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2007, JT 1181, se refiere en parte a la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en mercado semanal del Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols para el año 2004. La Sala desestima el recurso interpuesto por la asociación de comerciantes, fundamentado en que el estudio económico-financiero se limitaba a valorar el terreno ocupado con criterios medios de venta y aplicando ciertas ponderaciones hallar un valor diario de aprovechamiento medio, lo que no quedaba a su parecer justificado, además de ser desproporcionado. El TSJ rechaza el recurso sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo, que entendía que el valor de mercado como utilidad derivada del aprovechamiento especial era una fórmula clara. Analiza el caso concreto, justificando las ponderaciones efectuadas que tienen en cuenta ciertos costes indirectos que conlleva el mercado (personal, vigilancia, mantenimiento, ...).

Por su parte, la STSJ de Madrid de 12 de enero de 2007, JT 1529, se refiere al controvertido supuesto de la aplicación de las tasas locales por utilización del dominio público por cajeros automáticos instalados con frente a las vías públicas. La Sala dará la razón al Ayuntamiento, en contra del criterio inicial del Juzgado. Como en otras sentencias, este Tribunal defiende que en estos casos es claro que se produce un aprovechamiento especial del dominio público local susceptible de gravamen.

b) Tasas al 1,5% de los ingresos exigidas a las empresas suministradoras de interés general

Mediante STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de abril de 2007, JT 1602, se desestima el recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado que había desestimado la inicial demanda referida a esta modalidad de la tasa. La Sala rechaza en primer lugar que se viole el Derecho comunitario, en particular el antiguo artículo 33 de la Sexta Directiva de IVA, dado que no se trata de un impuesto sobre el volumen de negocios en el sentido

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

determinado por ese precepto prohibitivo (su hecho imponible es el aprovechamiento especial del dominio público). En cuanto al derecho interno, la Sala también rechaza los fundamentos de la demandante, en el entendimiento de que el hecho imponible se produce también en relación con las empresas meramente comercializadoras, aunque no sean titulares de las redes.

Esta modalidad de tasa también es el objeto de la **STSJ de Valencia de 19 de julio de 2007**, JT 1547. El TSJ compara el régimen previsto antes y después de 2003, resaltando las diferencias. Y estudia la distinta situación de las ordenanzas fiscales respecto de las empresas comercializadoras de electricidad, gas, etc., no titulares de las redes, en función de que los respectivos Ayuntamientos hubieran o no adaptado dichas ordenanzas. En el caso de autos, el Ayuntamiento sí había obrado de manera diligente, lo que cubría las liquidaciones giradas.

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Jurisprudencia Comunitaria. A) Protección de especies de la fauna y flora silvestres en el Reglamento (CE) núm. 338/97. Prohibición de poseer mamíferos de determinadas especies mencionadas en dicho Reglamento o no comprendidas en éste. Relación con la posesión autorizada en otros Estados miembros. El significado del principio de la protección de los animales. B) Gestión de residuos (Directiva 75/442/CEE). Concepto de residuos. El significado del principio “quien contamina paga” en relación al transporte en barco de hidrocarburos y a su vertido accidental. Puede ser poseedor –y asumir los costes de eliminación– el propietario del hidrocarburo, no sólo el titular del barco. C) Evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de proyectos incluidos en la Directiva 85/337/CEE. Incumple las obligaciones fijadas en esta Directiva una normativa nacional que permite la regularización a posteriori de las evaluaciones de impacto ambiental no practicadas.

2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Complejidad técnica de un proceso penal en materia medioambiental. El recurso tardío por el juez a la ayuda de expertos. **3. Aguas continentales.** A) Embalses: declaración de impacto ambiental en obras hidráulicas de interés general y su motivación. 4. Fiscalidad medioambiental. A) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. B) Impuestos sobre el transporte. C) Residuos radiactivos y actividad radiactiva en general.

1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Protección de especies de la fauna y flora silvestres en el Reglamento (CE) núm. 338/97. Prohibición de poseer mamíferos de determinadas especies mencionadas en dicho Reglamento o no comprendidas en éste. Relación con la posesión autorizada en otros Estados miembros. El significado del principio de la protección de los animales

La STJCE (Sala Tercera) de 19 de junio de 2008, As. C-219/07, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el Raad van State (Bélgica) mediante Resolución de 16 de abril de 2007 en el procedimiento entre el

Consejo Nacional de criadores y de amigos de los animales y una asociación sin ánimo de lucro que agrupa a los comerciantes que operan en el sector de la venta de pájaros, de animales de compañía y de accesorios para éstos y el Estado de Bélgica. Los nombrados han impugnado el Real Decreto de 7 de diciembre de 2001, por el que se establece la lista de animales que pueden ser objeto de posesión.

El recurso interpuesto consiste en indicar que el Real Decreto junto con la Ley relativa al bienestar de los animales (Ley de 14 de agosto de 1986) generan una prohibición absoluta de importar de otro Estado miembro, de poseer y de comercializar mamíferos de especies que no figuren en la lista denominada “positiva” aneja al Real Decreto y piensan que ello es contrario al Reglamento (CE) núm. 338/97 y al artículo 30 CE (que se refiere a que las prohibiciones o restricciones al comercio que introduzcan los Estados miembros “no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”). Las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia comunitario miran, precisamente, a observar si esa lista “positiva” no contradiría el Reglamento y el artículo 30 CE citado.

El Tribunal constata, en principio, que introducir una lista positiva de mamíferos que se pueden poseer en Bélgica podría considerarse una medida contraria al comercio entre los Estados miembros y, por tanto, al artículo 28 CE (punto 21 de la Sentencia). El Gobierno belga responde a esto que, si bien esta técnica obstaculiza la libre circulación de mercancías, persigue un objetivo legítimo “cual es el bienestar de los animales que se poseen en cautividad”. Indica, igualmente, que es proporcionada en relación al objeto perseguido (puntos 24 y 25) y fue elaborada después de que el Consejo Nacional de Bienestar de los animales estableciera criterios objetivos basados en consideraciones científicas (punto 26).

El Tribunal ante todo ello establece que la protección del bienestar de los animales constituye un objetivo legítimo de interés general y que el artículo 30 CE permite restricciones justificadas al comercio y que dentro de esa justificación podría entrar la protección de la salud y de la vida de los animales (punto 28). El mero hecho de que un Estado imponga disposiciones menos rigurosas que las aplicables en otro Estado miembro, no significa que estas últimas sean desproporcionadas y, por lo tanto, incompatibles con el Derecho comunitario (punto 31). Por ello podría concluirse que un sistema de lista negativa no podría ser bastante para alcanzar el objetivo de protección de los animales y, por lo tanto, un sistema de lista positiva (como el belga) sí, siempre que hubiera sido elaborado con criterios objetivos o no discriminatorios y permitiera la adición de nuevas especies (puntos 34 y 35).

Por todo ello, se declara la compatibilidad de la normativa belga con el derecho comunitario.

B) Gestión de residuos (Directiva 75/442/CEE). Concepto de residuos. El significado del principio “quien contamina paga” en relación al transporte en barco de hidrocarburos y a su vertido accidental. Puede ser poseedor –y asumir los costes de eliminación– el propietario del hidrocarburo, no sólo el titular del barco

La STJCE (Gran Sala) de 24 de junio de 2008, As. C-188/07, resuelve una cuestión bien interesante en la que se profundiza sobre el inacabado tema del concepto de residuos y de su poseedor. La Sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por la Cour de Cassation (Francia) mediante Resolución de 28 de marzo de 2007 en el procedimiento entre la Commune de Mesquer y dos sociedades, Total France SA y Total Internacional Ltd. El litigio principal consistía en un pleito entre los citados en relación a la indemnización de los perjuicios causados por los residuos esparcidos en el territorio del Municipio de Mesquer a raíz del naufragio del petrolero Erika. El Municipio pretende que estas sociedades, propietarias de los hidrocarburos vertidos, se hagan cargo de las indemnizaciones en cuanto poseedoras de lo que finalmente devendrán en vertidos y han causado daños. Las sociedades derivan la responsabilidad al titular del barco.

Elemento importante para comprender la situación es la existencia de un Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos adoptado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, que está basado en un principio de responsabilidad objetiva, limitándose la indemnización a una cantidad que se calcula en función del arqueo del barco y estableciendo un seguro de responsabilidad obligatoria. Este convenio está completado por el Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos y adoptado en Bruselas el 18 de diciembre de 1971. También las indemnizaciones tienen una cuantía limitada.

Pues bien, las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial hacen referencia a si puede calificarse como residuo al fuelóleo transportado por el barco (obtenido mediante un proceso de refinado a partir del petróleo) y si ese concepto de residuo vale para el fuelóleo mezclado con agua y sedimentos (cuando se ha vertido). En función de la respuesta a esas preguntas, se plantea el concepto de productor y/o poseedor del residuo a las sociedades que refinaron el producto y ordenaron su transporte en el barco fletado.

El Tribunal recuerda primero su larga y pormenorizada doctrina en torno al concepto de residuo (puntos 37 y siguientes) en la que destaca el carácter amplio de este concepto y el hecho de que su producción no haya sido buscada como tal; en ese marco diferencia el residuo del subproducto de un proceso industrial que la empresa buscará comercializar y rentabilizar. Por eso se rechaza que el fuelóleo pueda ser un residuo “toda vez que se explota o se comercializa en condiciones económicamente ventajosas y que puede ser efectivamente utilizado como combustible sin necesidad de operación previa de transformación” (punto 48).

Cuestión distinta sucede cuando tiene lugar el vertido (en este caso como consecuencia del naufragio) y el fuel se mezcla con agua y sedimentos. A esos efectos “consta que la explotación o la comercialización de tales hidrocarburos, esparcidos o emulsionados en

el agua o aglomerados con sedimentos, es muy aleatoria e incluso hipotética. Consta igualmente que, aunque se admita que técnicamente pueda realizarse, tal explotación o comercialización requeriría en todo caso operaciones previas de transformación que, lejos de ser económicamente ventajosas para el poseedor de dicha sustancia, supondrían, en realidad, cargas económicas significativas. De ello se deduce que tales hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar deben considerarse sustancias que su poseedor no tenía intención de producir y de las que ‘se desprende’, aunque sea involuntariamente, con ocasión de su transporte, de modo que deben ser calificadas de residuos en el sentido de la Directiva 75/442” (punto 59. El Tribunal llama en su auxilio a la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, van der Walle, relativa a un vertido desde una estación de servicio y analizada también en esta Revista).

Finalmente y sobre el concepto de productor o poseedor de los residuos, el Tribunal señala que desde luego podría considerarse así al propietario del barco que los está poseyendo efectivamente, pero eso no excluye que el coste de la eliminación pueda correr a cargo de uno o varios poseedores anteriores. Lo hace de esta forma que reproducimos textualmente.

“Por consiguiente, en relación con hidrocarburos vertidos accidentalmente en el mar a raíz del naufragio de un petrolero, el juez nacional puede considerar que el vendedor de tales hidrocarburos y fletador del buque que los transporta ha ‘producido los residuos’ si dicho juez, teniendo en cuenta los elementos que únicamente él puede apreciar, llega a la conclusión de que ese vendedor-fletador contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio, en particular si no adoptó las medidas adecuadas para evitar tales hechos, como las relativas a la elección del buque. En tales circunstancias, podrá considerarse que ese vendedor fletador es el poseedor anterior de los residuos a efectos de la aplicación del artículo 15, segundo guión, primera parte, de la Directiva 75/442” (punto 78).

La conclusión es que si con el fondo del que antes se ha hecho mención no se cubren los gastos derivados de la eliminación del residuo, dado que el artículo 15 de la Directiva 75/442/CEE prevé que los costes de eliminación recaigan sobre los poseedores anteriores, éstos deberán asumirlos.

C) Evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de proyectos incluidos en la Directiva 85/337/CEE. Incumple las obligaciones fijadas en esta Directiva una normativa nacional que permite la regularización *a posteriori* de las evaluaciones de impacto ambiental no practicadas

La STJCE (Sala Segunda) de 3 de julio de 2008, As. C-215/06, trata de un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 CE por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. El motivo es el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de distintos preceptos de la Directiva 85/337/CEE al no haber adoptado todas las disposiciones necesarias para que los proyectos comprendidos en su ámbito de aplicación sean evaluados con anterioridad a su implantación. La clave de

XIII. Medio Ambiente

lo discutido en el pleito la constituye el artículo 160 de la Ley de desarrollo y de ordenación del territorio de 2000 que permite una regularización de actuaciones llevadas a cabo sin previa evaluación de impacto ambiental una vez que el proyecto ha sido ejecutado.

El Tribunal va a considerar contrario al derecho comunitario esa posibilidad de regularización posterior pues “puede tener el efecto de incitar a los maestros de obras a eludir la obligación de verificar si los proyectos previstos cumplen los criterios establecidos en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada y, por tanto, a no llevar a cabo los trámites necesarios para identificar las repercusiones de los referidos proyectos sobre el medio ambiente ni a su evaluación previa” (punto 58).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Complejidad técnica de un proceso penal en materia medioambiental. El recurso tardío por el juez a la ayuda de expertos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye en su **STEDH de 24 de abril de 2008**, en el asunto **Heremans contra Bélgica**, la existencia de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consagrado en el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos en relación con el proceso penal seguido ante los tribunales belgas por el que se condenaba al demandante en Estrasburgo por diversas infracciones cometidas en el marco de sus actividades de explotación de una cantera de grava. Entre esas infracciones se cuenta el enterramiento de desechos tóxicos sin autorización, de forma más precisa el vertido de 17.000 toneladas de tierras fuertemente contaminadas en los terrenos de su empresa en septiembre y octubre de 1983.

En sus consideraciones en relación con el fondo el Tribunal de Estrasburgo da la razón al demandante, en contra del Gobierno de Bélgica, respecto de la cuestión del momento de inicio del procedimiento, considerando que éste tiene lugar el 27 de enero de 1987, cuando se produce la primera declaración del demandante ante la policía judicial, ya que inmediatamente después de ésta era considerado responsable de las infracciones litigiosas. La conclusión del Tribunal al respecto es que, teniendo en cuenta lo dicho y que el procedimiento está aparentemente todavía pendiente ante el Tribunal de Apelación competente, su duración es de 21 años y dos meses.

A continuación el Tribunal recuerda que, conforme a su propia jurisprudencia, el carácter razonable de un procedimiento debe apreciarse en función de las circunstancias del caso concreto y respecto a los criterios consagrados por él mismo, en particular la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes. En relación con el primero de esos criterios el Gobierno belga argumentaba que, teniendo en cuenta que las infracciones que se le imputan al demandante eran relativas al medio ambiente, la investigación en relación con su existencia exigía la realización y el examen de numerosos análisis técnicos destinados a establecer la existencia y el alcance de la contaminación, lo que lógicamente motivaba un retraso en el desarrollo del procedimiento, inevitable al necesitar el juez nacional la opinión de los expertos para adoptar su pro-

nunciamiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que es cierto que los magistrados belgas habían debido afrontar dificultades técnicas para emitir su sentencia y que un asunto penal en materia medioambiental puede suscitar investigaciones y análisis complejos que exigen la colaboración de expertos. Sin embargo, concluye que en este caso el consentimiento de las autoridades judiciales respecto de la participación de los expertos fue excesivamente tardío, no produciéndose hasta que el procedimiento llegó ante el Tribunal de Apelación, es decir, siete años después de su inicio, por lo que el argumento del Gobierno respecto de la complejidad del asunto pierde credibilidad.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Embalses: declaración de impacto ambiental en obras hidráulicas de interés general y su motivación

Se discute en la **STS de 28 diciembre de 2007** (recurso de casación 10843/2004) Ar. RJ/2008/1503, varias resoluciones administrativas tendentes a la aprobación definitiva del proyecto de la Presa de Irueña y sus modificados, así como de la Declaración de Impacto Ambiental formulada sobre el proyecto de la presa, por Resolución de 19 de abril de 1995, de la Dirección General de Política Ambiental. En concreto se recurre en casación, la Sentencia de 15 de mayo de 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional –Sección Primera– desestimatoria del recurso deducido contra la Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Obras Públicas de 12 de diciembre de 1995, por la que se aprobó el expediente de información pública y el proyecto de la Presa de Irueña.

El TS, tras una amplia exposición del modo y fases en que se desarrolló el proceso de instancia, entra a resolver en el planteamiento y valoración de los motivos de casación efectuados por la actora, como son en su esencia: la falta de adecuación de las resoluciones impugnadas a lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley de Aguas de 1985 (actual artículo 14.3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas), en relación con la compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y la protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza, y la vulneración de varios preceptos del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental.

Para lo anterior el TS utiliza gran parte de la argumentación de la sentencia de instancia, la cual razona que como resultado de la Declaración de Impacto Ambiental, el proyecto de Embalse inicialmente proyectado con unas características de volumen máximo de almacenamiento de 210 Hm³ y 1.025 Ha inundables, se transforma y adecua a lo establecido por la administración ambiental en la DIA a un proyecto de menor repercusión ambiental consistente en un embalse cuya capacidad de almacenamiento se reduce a 110 Hm³ y 600 Ha inundables.

A tales efectos, razona el Tribunal que la Dirección General de Obras Hidráulicas, “con el fin de minimizar el impacto del proyecto, además de cumplir con las indicaciones y

XIII. Medio Ambiente

condicionado contenidos en la DIA, decidió renunciar en el proyecto a parte de los objetivos que la presa tenía en cota máxima –ampliación de zonas regables y aprovechamiento hidroeléctrico–. Dado que la DIA desaconsejó con claridad el proyecto inicial, se destaca asimismo por el Tribunal que en la misma declaración de impacto ambiental entendía que desde el punto de vista ambiental podría entenderse justificada una presa menor que prioritariamente cumpliera las funciones de laminación de avenidas y prevención de inundaciones y buscar la seguridad del abastecimiento a determinadas poblaciones de la zona. En este mismo sentido, resalta el TS que en el condicionado de la DIA se establecen medidas necesarias para que el proyecto del embalse de Irueña pueda considerarse compatible con la conservación del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales.

Finalmente, el TS establece que a la vista de la DIA y de los distintos informes periciales que obran en autos, no puede afirmarse que exista una violación de lo establecido en el artículo 18.1 del Real Decreto 1113/1988 y de lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, pues no existe discrepancia entre administraciones, habiendo asumido la administración hidráulica que realiza el proyecto todas las correcciones y medidas propuestas por la administración ambiental, pudiendo concluir que la construcción de la presa se encuentra debidamente justificada y que no existe una razonable solución alternativa. Más aun, el TS llega a afirmar –cuando reproduce los propios pasajes de la sentencia recurrida– que nadie niega que el impacto ambiental se producirá, si bien se intenta por la Administración que sea el menor posible. Ahora bien, existen otros intereses y valores en juego, pues los poderes públicos que tienen la obligación de adoptar una política en defensa del medio ambiente (artículo 45 de la CE), también tienen la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico (artículo 40 de la CE). Y es en esta línea argumental donde se encuentra la afirmación de mayor relevancia del Tribunal al determinar, que “ante tal colisión de valores constitucionalmente reconocidos, no cabe *a priori* hablar de una prevalencia necesaria de éste sobre aquél, o de aquél sobre éste, pues lo que exigen los reconocidos principios de utilización racional de todos los recursos naturales y de un desarrollo sostenible (...) será de un lado, la observancia y el cumplimiento de los mecanismos previstos por el legislador para introducir la variable ambiental en la toma de decisiones y, de otro, la racionalidad en la ponderación de los valores en conflicto, y por ende, en la opción final”.

Por lo anterior, el TS acuerda la desestimación de todos los motivos de casación alegados, declarando no haber lugar al recurso interpuesto. Condenando al pago de las costas procesales a la parte recurrente, según establece el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

4. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

La STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2007 trata de cómo operan determinados plazos y obligaciones formales sobre la consolidación de ciertos beneficios fiscales. En concreto, se refiere al envío de gasóleo para la central de cogeneración de una empresa, estando en posesión de la tarjeta de inscripción en el registro territorial. Se dio la circunstancia

de que la empresa no aplicó la exención en el momento de salida de los productos, solicitando posteriormente la devolución de ingresos indebidos (lo que rechazó la Agencia Tributaria). La Sala dará la razón a la empresa, en el entendimiento de que la Ley no establece semejante condición.

Uno de los aspectos más conflictivos de este impuesto es la aplicación de bonificaciones en función de determinados usos. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de febrero de 2007**, JT 2008, 20, trata en particular de la imposición de una sanción por dicho uso indebido. El caso de autos se refería a motores de maquinaria utilizada en la construcción, la ingeniería civil y obras públicas y en los vehículos destinados a ser utilizados fuera de las carreteras o que no hayan sido autorizados para un uso principal en las vías públicas. La Sala analizará la definición de estos usos, así como los efectos sobre la imposición de sanciones de cambios en las normativas que describen las características de los motores que pueden beneficiarse de los tipos bonificados. También se ocupa de la imposición de sanciones por uso indebido de estos productos la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de julio de 2007**, JT 1548. Esta sentencia incide en múltiples aspectos de naturaleza procedimental, aunque también reserva un interesante apartado a las formalidades que deben cumplir los operadores económicos para avalar la legitimidad del uso de estos productos.

B) Impuestos sobre el transporte

La **RTEAC de 19 de abril de 2006**, JT 2007, 1620, estima un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterios interpuesto por la autoridad fiscal competente, fijando el criterio de que determinadas operaciones a las que les serían de aplicación beneficios fiscales (exenciones, etc.), pierden esa condición si el sujeto pasivo no cumple determinadas obligaciones formales que consisten básicamente en la presentación de declaraciones en el plazo de un mes a contar desde la adquisición o importación.

C) Residuos radiactivos y actividad radiactiva en general

La **RTEAC de 12 de septiembre de 2007**, JT 111, se refiere a la tasa por inspección y control de funcionamiento de las instalaciones radiactivas. Dice el TEAC que, mientras no se produzca el desmantelamiento de las instalaciones radiactivas, se realiza el hecho imponible de la tasa, en tanto en cuanto es necesaria la inspección y control de éstas en orden a garantizar su seguridad, aun en el caso de ausencia de actividad.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
JOSÉ MONTOYA HIDALGO
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Agricultura. A) Ayudas. B) Tasa láctea. **3. Comercio interior. Rebajas. Competencia autonómica para fijar los días de rebajas dentro de los períodos establecidos por la norma básica estatal. 4. Energía. Suministro. Abuso de posición dominante. 5. Fomento.** A) Aceptación. B) Incumplimiento.
6. Telecomunicaciones. A) Interceptación legal de comunicaciones: procedimiento. B) Televisión privada. C) Precios de interconexión. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. D) Radiodifusión. **7. Transporte.** A) Transporte marítimo: Obligaciones de servicio público a que se someten determinadas líneas regulares de cabotaje interinsular. B) Transporte por carretera: carácter local de un consorcio y cobertura de su déficit de explotación. C) Transporte ferroviario: aprobación de un ramal y cumplimiento de los trámites procedimentales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 1 a 8 de 2008.

2. AGRICULTURA**A) Ayudas**

La STS de 26 de noviembre de 2007, RJ 2008\575, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la organización “Unió de Pagesos de Catalunya” contra determinados artículos del Real Decreto 1617/2005, de 30 de diciembre, por el que se regula la concesión de derechos a los agricultores dentro del régimen de pago único. Por esta disposición reglamentaria se establecen las normas básicas de aplicación en España del régimen de pago único previsto por el Reglamento (CE) 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre.

El recurso, que fue promovido por la vía del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, fundamenta la impugnación de todos los preceptos discutidos [artículos 4.1.b), 10.4, 10.5, 14.3.c) y 16.4)] en un único motivo: la vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución. Según la recurrente, se produce, en términos generales, una discriminación entre los agricultores españoles que obtienen los derechos al pago único respecto al período de referencia fijado por el Reglamento comunitario (años 2000 a 2002) y los agricultores que acceden al régimen de pago único de las ayudas después de dicho período de referencia.

El análisis de la Sala parte de la jurisprudencia constitucional sobre el juicio de igualdad, afirmando la necesidad, por un lado, de describir pormenorizadamente las particularidades del caso concreto y de contrastar los grupos o categorías de personas que tienen comparativamente entre sí circunstancias homogéneas o equiparables y, por otro lado, de que los términos de la discriminación tengan una identidad fáctica. De manera más bien escueta, el TS aplica estas exigencias al caso concreto y declara que ninguno de los preceptos supone la discriminación alegada por la recurrente, principalmente porque, en unos casos, la comparación se hace sobre supuestos de hecho distintos [artículos 4.1, 10.4.a), 16.4] o porque, en otros, la recurrente no prueba de forma clara las circunstancias que conforman la pretendida discriminación [artículos 10.5, 14.3.c)].

En términos generales, el TS entiende justificada la existencia de este trato diferenciado, porque se trata de grupos de agricultores distintos: los que la normativa denomina “identificados”, sobre los que la Administración dispone de datos durante el período de referencia, condición que, sin embargo, no se da respecto al resto de agricultores “no identificados”. Además, se advierte que éste es un criterio que responde a lo dispuesto por el reglamento comunitario cuya aplicación se pretende por medio del Real Decreto impugnado y que su cuestionamiento supondría una impugnación indirecta de la norma comunitaria, para lo cual el TS no es competente.

B) Tasa láctea

Mediante la **STS de 27 de noviembre de 2007**, RJ 2008\668, se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra los artículos 30 y 33 y los Anexos del Real Decreto 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea.

Este Real Decreto vino a modificar el Real Decreto 291/2004, de 20 de febrero, con la finalidad de atender al requerimiento previo de incompetencia interpuesto por la Generalitat de Cataluña que cuestionaba la constitucionalidad del reparto de competencias que se derivaba de éste. Aceptando parcialmente dicho requerimiento, el Gobierno procedió a la aprobación de este nuevo reglamento para la aplicación del régimen de la tasa láctea, que establece una nueva distribución de tareas entre las Comunidades Autónomas y el Ministerio competente. Sin embargo, de esta nueva distribución competencial, la Comu-

nidad Autónoma vasca cuestiona dos aspectos concretos, que son objeto del recurso aquí analizado.

En primer lugar, se cuestiona que las retenciones que deben abonar los compradores autorizados, cuando las cantidades entregadas por los productores superen la cantidad individual asignada (artículo 30), y el pago de las liquidaciones de la tasa láctea (artículo 33) deban ingresarse en una cuenta única para todo el territorio del Estado, establecida a tal efecto por el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA). Y, en segundo término, se impugna el contenido de los Anexos del Real Decreto, relativos a determinadas cuestiones formales (comunicaciones, formularios, ...). Para la Administración vasca, la regulación de estas cuestiones por el Estado supone vulnerar su competencia exclusiva en materia de ganadería. No obstante, la Sala desestima el recurso, afirmando la legalidad de los artículos impugnados.

De entrada, tras analizar la descentralización competencial que la modificación normativa ha supuesto en cuanto a la gestión y recaudación de la tasa láctea, el Tribunal admite, recogiendo la jurisprudencia constitucional, que la intervención del Estado en esta materia viene justificada por su competencia básica sobre la ordenación general de la economía (artículo 149.1.13º CE). Y que, por tanto, la previsión por el Gobierno de las medidas objeto de debate se explican por “la necesidad de mantener la unidad de mercado y lograr la debida eficacia en las medidas de reestructuración del sector” (FJ 3º).

En concreto, el TS entiende, en línea con lo alegado por el Gobierno, que la existencia de una única cuenta en la que ingresar las cantidades relativas a la tasa láctea constituye una medida de coordinación imprescindible para el adecuado funcionamiento del sistema de control cuyas condiciones básicas corresponden al Estado. Así, centralizando el ingreso en el Estado, se superan las dificultades derivadas de que los compradores de leche autorizados suelen adquirirla de sujetos radicados en diferentes Comunidades Autónomas y, además, se garantiza la ejecución de las obligaciones comunitarias del Estado en el marco de la política agrícola común, y específicamente, el pago puntual de la tasa láctea ante los organismos comunitarios.

Esta función de garantía de las obligaciones comunitarias que se atribuye al Real Decreto queda patente, a juicio del Tribunal, en relación con los Anexos de la norma, que pretenden regular el contenido mínimo de la información que debe reunir la Administración en relación con la tasa láctea. Complementariamente, advierte el TS que lo previsto en estos Anexos lo es sin perjuicio de que, cuando el sistema se haya desarrollado más ampliamente, las Comunidades Autónomas puedan elaborar sus propios formularios y mecanismos de información, con lo que se afirma una cierta provisionalidad de la medida controvertida.

Finalmente, la Sentencia cuenta con un voto particular, formulado por el Magistrado D. Manuel Vicente Garzón Herrero, quien discrepa del fallo en su integridad y defiende que el recurso debió haberse estimado. Considera el Magistrado disidente que la invocación del título del artículo 149.1.13º CE supone entender que la regulación del Real Decreto

debe ser básica. En su opinión, ninguno de los criterios argüidos por la Sala justifica que los artículos impugnados, o la citada norma reglamentaria en general, respondan a esa naturaleza desde el punto de vista material. De seguirse estos criterios para la determinación de lo básico —concluye— “el Estado de las Autonomías, sencillamente, no existiría”.

3. COMERCIO INTERIOR. REBAJAS. COMPETENCIA AUTONÓMICA PARA FIJAR LOS DÍAS DE REBAJAS DENTRO DE LOS PERÍODOS ESTABLECIDOS POR LA NORMA BÁSICA ESTATAL

La STS de 22 de enero de 2008, Ar. 171, al confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recurrida en casación por una entidad mercantil, ha precisado el alcance de las competencias autonómicas en la regulación de la ventas con rebajas.

El conflicto que dio lugar a la sentencia casacional del Tribunal Supremo fue el siguiente. La Generalidad de Cataluña impuso una sanción a una determinada entidad por llevar a cabo ventas en rebajas fuera del período establecido en el Decreto autonómico 150/1996, de 30 de abril. La entidad sancionada recurrió en primera instancia alegando caducidad del expediente, incompetencia de la Generalidad para fijar el período de rebajas, inexistencia de ventas en rebajas y desproporción de la sanción.

La sentencia del Tribunal Superior estimó tan sólo la alegación relativa a la desproporción de la sanción, rebajando el tipo infractor de grave a leve. Desestimó las otras alegaciones y negó que las ventas practicadas fueran simples ventas en promoción o ventas a precio rebajado.

En el recurso casacional el debate quedó centrado en la existencia o no de competencia autonómica para fijar los días concretos de las rebajas, ya que si el Decreto autonómico se consideraba nulo quedaría sin cobertura el tipo infractor. Para la entidad recurrente el Decreto 150/1996 era nulo de pleno derecho por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, al carecer la Generalidad de Cataluña de competencias normativas en materia de defensa de la competencia. Funda su pretensión la recurrente en las Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1986 y 157/2004 en las que se afirmó que las ventas en rebajas forman parte de la materia de defensa de la competencia, materia cuya legislación está reservada al Estado. Por tanto, la Generalidad carecía de competencia para aprobar un reglamento que completaba la ley estatal, ya que la competencia autonómica en materia de ventas con rebajas estaba limitada a los actos de mera ejecución.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al precisar la doctrina del Tribunal Constitucional y situar la regulación final de las ventas en rebajas fuera de la materia de defensa de la competencia. Para el Tribunal Supremo la determinación concreta de los días de rebajas

puede formar parte de las materias de defensa del consumidor o de comercio interior, materias estas concurrentes con la de defensa de la competencia y que sí pertenecen, en su función normativa, a la Comunidad Autónoma.

La sentencia comentada concluye que en la materia de rebajas corresponde al Estado establecer el número de períodos en que éstas pueden tener lugar, así como la duración de dichos períodos. Ahora bien, establecido este régimen general de las rebajas, nada se opone a que sea la Comunidad Autónoma, en base a sus competencias en materia de defensa del consumidor, la que fije dentro de estos períodos y duración los días que considere más convenientes atendiendo a la singularidad del territorio.

4. ENERGÍA. SUMINISTRO. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

La STS de 26 de diciembre de 2007, RJ 2008\370, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por “Repsol Butano SA” contra la Sentencia de 7 de febrero de 2005 dictada por la Audiencia Nacional que desestimó a su vez el recurso contra una Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 2002. Mediante dicha resolución, la autoridad reguladora sancionó a la entidad mercantil por la comisión de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por la ley, calificada como abuso de posición dominante. Dicha conducta consiste en que “Repsol Butano SA” negó a las empresas instaladoras de gas asociadas a “Aseingás” información esencial sobre el mercado de revisiones periódicas obligatorias, información que obtenía como consecuencia de su posición dominante en el mercado de suministro y distribución de gas y que, sin embargo, sí facilitaba a las empresas franquiciadas de “Servicio Oficial Repsol Butano”, competidoras de aquéllas en el mercado de revisiones. El recurso de casación se fundamenta en siete motivos, siendo tres de ellos formales y el resto sobre el fondo del asunto.

En términos generales, los motivos de forma se refieren al quebrantamiento de la normativa del procedimiento sancionador. En primer lugar, se alega la existencia de indefensión, puesto que, por un lado, los órganos de defensa de la competencia “aprovecharon” —en términos de la recurrente— la denuncia de una asociación de empresarios para derivar su actuación de oficio y, por otro lado, porque no se dio traslado de la denuncia a la recurrente. La Sala desestima ambos motivos, primero, porque la ley permite que el Servicio de Defensa de la Competencia actúe “a partir de la presentación de una denuncia por cualquier persona o incluso por simple noticia de una posible infracción”, y, segundo, porque, aunque no se dio traslado del documento de denuncia, sí se dieron a conocer, desde la misma admisión a trámite del procedimiento, todos sus “elementos esenciales”. La recurrente alega que también se incumple la normativa de procedimiento porque se excedió el plazo máximo de 18 meses previsto por la ley. Sin embargo, el TS advierte que el cómputo realizado por la recurrente no es el adecuado, ya que incluye, contrariamente a lo establecido por la legislación aplicable, el período de información previa o reservada. A pesar de que el TS reconoce que dicho período se extendió, en el supuesto de autos, de forma excesiva y “no suficientemente justificada”, el cómputo del plazo debe realizarse

desde la incoación formal del procedimiento, con lo que no hay en este caso vulneración de la normativa aplicable.

En cuanto al fondo, la entidad mercantil alega la vulneración del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por diversos motivos. En concreto, considera arbitraria la delimitación del mercado relevante hecha por la autoridad independiente, a la vez que niega su posición de dominio y que la negativa de información suponga una práctica de abuso de posición de dominio.

En cuanto a la delimitación del mercado, la discrepancia se centra en que, mientras los órganos de defensa de la competencia distinguen tres mercados diferenciados (suministro/distribución de gas, realización de instalaciones y revisión de las instalaciones), la recurrente niega esta distinción, afirmando que los dos últimos mercados son uno, puesto que las empresas instaladoras realizan también revisiones. El TS confirma la distinción hecha por las autoridades de la competencia, al afirmar que el criterio relevante para la definición de un mercado es la “sustitución en la demanda” y “lo cierto es que los usuarios de gases licuados del petróleo no pueden sustituir la revisión de sus instalaciones por el suministro ni por la realización de una nueva instalación”.

Delimitados los mercados, queda claro que Repsol Butano, SA actúa de forma indirecta en el mercado de revisión periódica, a través de sus empresas franquiciadas bajo la denominación “Servicios Oficiales Repsol Butano, SA”. Paralelamente, el Tribunal recuerda que, de conformidad con la doctrina de los mercados conexos, que la recurrente no rebate suficientemente, la práctica abusiva puede ejercerse en un mercado que no necesariamente debe ser aquel en el que la empresa tiene posición de dominio, pero que, en cambio, tiene vínculos estrechos con éste, por ejemplo, por ser descendente de él.

En este sentido, se hace constar que la legislación habilita a la empresa, por su condición de suministradora, a llevar un censo en el que constan, entre otros datos, las fechas en que los usuarios deben realizar sus revisiones periódicas obligatorias. Y que además “Repsol Butano, SA” suministra esa información a sus empresas franquiciadas, pero no al resto de empresas independientes que operan en el mercado de las revisiones periódicas. Siendo, por tanto, ésta una información esencial, se produce un daño claro a la competencia, por lo que la Sala confirma los argumentos del Tribunal *a quo* y desestima los motivos de fondo del recurso.

Finalmente, el TS niega que, como pretende la recurrente, se haya producido una vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, ya que, si bien anteriormente se había incoado otro procedimiento sancionador contra la misma empresa, el supuesto de hecho era claramente distinto al que aquí se trata y no se produjeron “signos externos suficientes” por la Administración que generaran “esperanzas fundadas” que justifiquen la conducta ahora examinada.

5. FOMENTO

A) Aceptación

La STS de 29 de enero de 2008, Ar. 323, examina el alcance de la carga de la aceptación de la ayuda concedida y los efectos del transcurso del plazo sin que se produzca la aceptación expresa por quien obtuvo la subvención solicitada. Este examen se lleva a cabo al amparo de lo dispuesto en la Ley 50/1985 de incentivos regionales y del RD 1535/1978.

En primera instancia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que la aceptación de la subvención en el plazo de 15 días era condición necesaria para la concesión de la subvención, siendo los efectos de la falta de aceptación en plazo el dejar sin efecto la ayuda inicialmente concedida.

No obstante esta doctrina, el Tribunal Superior estimó el recurso frente al acto que dejó sin efecto una ayuda al apreciar que la notificación de la concesión de la subvención fue defectuosa.

El recurso de casación formulado por el Abogado del Estado se centró, por tanto, en esta cuestión formal. El Tribunal Supremo no obstante desestimó el recurso al apreciar que en el acuse de recibo de la notificación por correo no consta la condición del receptor, extendiéndose en una serie de consideraciones de interés sobre esta cuestión.

B) Incumplimiento

La STS de 6 de marzo de 2007, Ar. 562 de 2008, tiene como objeto un tema recurrente en materia de ayudas públicas: la impugnación del acuerdo por el que se deja sin efecto una ayuda concedida al apreciarse el incumplimiento de las condiciones impuestas (en este caso, exigencia de inversiones y creación de puestos de trabajo).

El Tribunal Supremo confirma el acuerdo impugnado al apreciar que estaba acreditado el incumplimiento de las condiciones impuestas y que la resolución administrativa estaba suficientemente fundada.

Por lo que se refiere a la petición subsidiaria de que se reduzca la cantidad a devolver en relación con el cumplimiento parcial de las condiciones impuestas, lo que permite el artículo 37 del RD 302/1993, el Tribunal estima que la entidad recurrente no concreta en su demanda cuál ha sido la parte que realmente ha cumplido, razón por la que procede también a desestimar esta pretensión.

6. TELECOMUNICACIONES

A) Interceptación legal de comunicaciones: procedimiento

La STS de 5 de febrero de 2008, RJ 2008\591, tiene por objeto el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la “Asociación de Internautas” contra el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. En concreto, la organización recurrente impugna el capítulo II del título V (“interceptación legal de las comunicaciones”), que regula el procedimiento a seguir por los operadores correspondientes en los casos en que se ordene la interceptación de las comunicaciones.

El primero de los motivos de impugnación alegados se refiere a la omisión durante la tramitación del Reglamento de los dictámenes previos tanto del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones como del Consejo General del Poder Judicial. Mientras que respecto del primero, la sentencia certifica la existencia del informe, en cuanto al segundo, se reconoce que el informe emitido lo fue respecto a un proyecto de Real Decreto que después no acabaría por ser aprobado. No obstante, la Sala da por bueno el trámite realizado ante el Consejo General del Poder Judicial, al constatar una “identidad sustancial” entre lo contenido en el proyecto de reglamento informado en su día y lo que es objeto de impugnación.

El segundo y principal motivo del recurso se refiere a la falta de cobertura normativa del reglamento impugnado, puesto que la recurrente entiende que, por un lado, la habilitación legal (contenida en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones) no le permite regular un completo “procedimiento” sobre la materia y, sobre todo, porque, al afectar al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), la regulación de esta materia está reservada a ley orgánica. En este punto, es fundamental –como recuerda la Sala– tener en consideración la sobrevenida modificación normativa llevada a cabo por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, y que da nueva redacción a la Disposición Final Primera de la citada Ley 32/2003. Al respecto, el TS entiende que dicha modificación ha supuesto una “elevación de rango” de buena parte del contenido del Reglamento respecto a esta materia. Y, por tanto, la cuestión sobre su falta de cobertura normativa se reduce a determinar si se exige o no el carácter de ley orgánica, pero no cabrá ya entrar en el contenido de la ley, puesto que ello excede la competencia del TS.

En este sentido, la Sala, con base en la jurisprudencia constitucional, delimita el ámbito material de la ley orgánica del artículo 18.3 CE. En concreto, afirma que la ley orgánica deberá regular “las garantías necesarias para legitimar la injerencia de los poderes públicos en el secreto de las telecomunicaciones” y aclara que ello no significa que la reserva de ley deba extenderse a “todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con dichas interceptaciones”. Por tanto, para el TS, la ley ordinaria “puede regular y especificar aspectos propiamente técnicos, operativos e instrumentales de la

interceptación siempre que al hacerlo no invada el ámbito protegido por ley orgánica”, reserva que se concreta en la regulación del contenido y condiciones de la orden judicial y en la designación de la persona cuyo derecho queda afectado.

Expuestos estos criterios generales, el TS los aplica a cada uno de los concretos preceptos impugnados, para concluir, en todos los casos, que ninguno de ellos incide en contenidos cubiertos por la reserva de ley orgánica. Así, la Sala entiende que no afectan al contenido material de las comunicaciones ni las previsiones relativas a ciertos “datos asociados” a los sujetos o a los equipos que intervienen en la comunicación (artículo 88 del Real Decreto), ni las relativas a cierta “información previa a la interceptación” (artículo 89), ni las que se refieren a los “centros de recepción de las interceptaciones” (artículos 95 y 96).

Complementariamente, la Sala trae a colación la Resolución del Consejo de la UE de 17 de enero de 1995, sobre la interceptación legal de las telecomunicaciones, a efectos de señalar, primero, que su contenido no diverge en lo sustancial de lo previsto en el Real Decreto impugnado, posteriormente asumido por la Ley 32/2003, y, especialmente, que existe una “necesidad material de que se cumplan ciertos requisitos para que las obligaciones impuestas a los operadores de comunicaciones al ejecutar las órdenes legales resulten efectivas”.

Para acabar, señalamos que la sentencia comentada cuenta con un voto particular, que formula el Magistrado D. Óscar González González. El Magistrado disiente del parecer mayoritario de la Sala, al entender que debió plantearse al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad de los apartados 6º y 7º de la Ley 32/2003, en su nueva redacción tras la Ley 25/2007 y, en su defecto, anularse el Real Decreto impugnado en los artículos concordantes (artículo 88). Alega el Magistrado que las cuestiones que se regulan en estos preceptos se hallan cubiertas por la reserva de ley orgánica del artículo 18.3 CE, puesto que afectan al secreto de las comunicaciones. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (STC 123/2002) y del TEDH (2 de agosto de 1984, caso Malone) entiende que lo que está protegido por este derecho “no es sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores”. En este sentido, la posibilidad de que puedan facilitarse a los operadores datos asociados a los sujetos que no estén previstos en la orden judicial comporta, a juicio del Magistrado disidente, una clara incidencia sobre el secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE y, por tanto, la necesidad de que su regulación se haga por ley orgánica.

B) Televisión privada

La STS de 2 de octubre de 2007, RJ 2008/268, tiene por objeto el recurso de nulidad formulado frente al Real Decreto 946/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba la incorporación de un nuevo canal analógico de televisión en el plan técnico nacional de la televisión privada.

En primer lugar, el recurso se fundamenta en motivos de carácter formal, los cuales son rechazados por la Sala afirmando que no puede alegarse vulneración del trámite de au-

diencia cuando el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información informó sobre el contenido del Real Decreto, en el que, aún no determinándose los canales y frecuencias reservados para la emisión del nuevo canal analógico de televisión, al determinarse las zonas, localidades y poblaciones en las que se prestaría el servicio, permitía conocer ya la afectación a las emisoras que tuvieran título habilitante para emitir televisión en el ámbito estatal o local. Asimismo, se recuerda que la introducción de modificaciones en el texto de la norma reglamentaria no vulnera el procedimiento previsto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, porque, precisamente, “la finalidad del procedimiento de elaboración del reglamento es ir incorporando aquellas observaciones y sugerencias de los intervinientes, corrigiendo el texto de las disposiciones conforme se cumplimentan los diversos trámites de participación y consulta”, siendo innecesaria, de este modo, una nueva audiencia cuando dichas modificaciones no sean sustanciales.

En segundo lugar, la entidad recurrente alega la posible vulneración del artículo 20.1 de la Constitución. No obstante, el Tribunal Supremo, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la Sentencia núm. 329/2005, de 15 de diciembre, afirma que dicho precepto no garantiza a ningún operador la asignación de una frecuencia radioeléctrica específica. Por lo que ni la libertad de información ni el resto de derechos protegidos por dicho precepto constitucional se vulnera por el hecho de que un Real Decreto, en desarrollo de una Ley que suprime los límites cuantitativos preexistentes a las televisiones privadas, apruebe la incorporación de un nuevo canal de televisión de ámbito nacional, asignándole determinadas frecuencias radioeléctricas de naturaleza pública.

Finalmente, el recurso se fundamenta en la posible vulneración de normas comunitarias: la Directiva marco 2002/21/CE, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Sin embargo, la Sala considera infundadas ambas argumentaciones, señalando que la norma reglamentaria impugnada no supone un trato favorable al concesionario ni se ha adoptado en perjuicio de determinados operadores o en beneficio de sus competidores, sino que es consecuencia de la potestad reglamentaria reconocida por la Ley 10/2005, de 14 de junio, al Consejo de Ministros para hacer las adaptaciones necesarias en el Plan Técnico Nacional de televisión privada, redistribuyendo el espectro radioeléctrico. Igualmente, se afirma que esta norma reglamentaria no tiene por finalidad impedir, restringir o falsear la competencia en los mercados de redes y servicios de telecomunicaciones en el sentido del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, ni favorece la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio, sino de ampliar la oferta de prestación del servicio de televisión privada, caracterizada de servicio público esencial de titularidad estatal, permitiendo la incorporación de un nuevo canal analógico de televisión y determinar, con carácter instrumental, las condiciones de carácter técnico que son necesarias para su adecuada prestación.

Cabe señalar que la Sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado D. Óscar González González en el que disiente del parecer mayoritario, considerando que en el presente caso las especificaciones técnicas establecidas en el Real Decreto impugnado favorecerían de modo notable a un operador dominante ya instalado, lo que conduce a la nulidad de dicha norma o, por lo menos, a la necesidad de plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la posible vulneración del Derecho Europeo.

Por su parte, la **STS de 21 de enero de 2008**, RJ 2008/1424, estima el recurso de casación interpuesto por la representación del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2004. En este caso, se subraya que dicha resolución judicial incurrió en error jurídico al no tomar en consideración que la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, establece que la asignación de frecuencias a las emisoras de televisión local se realizará en función de las disponibilidades del espectro radioeléctrico. Añadiendo que la garantía temporal de continuidad de emisión de las televisiones locales prevista en la Disposición Única de dicha Ley no puede interpretarse como un derecho a conservar la frecuencia que venía utilizando una determinada emisora, sin tomar en consideración las facultades que la Administración dispone para la ordenación y gestión del espacio radioeléctrico y sin tener en cuenta la preferencia de la asignación de frecuencias a las televisiones privadas de ámbito nacional en relación con las televisiones privadas de cobertura local.

C) Precios de interconexión. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La **STS de 11 de diciembre de 2007**, RJ 2008/87, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2005, en la que se declaraba la nulidad de la determinación transitoria de los precios de interconexión de Telefónica Móviles de España, SA realizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En este caso, el elemento de debate se centra en el régimen jurídico del silencio administrativo y la caducidad previstos en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Según el Tribunal Supremo, el procedimiento para determinar los precios de interconexión que corresponde realizar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al amparo de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, tiene por objeto garantizar el acceso de otros operadores al mercado de las telecomunicaciones, evitando de esta forma que los operadores dominantes puedan establecer precios elevados y creen barreras de entrada. Por ello, este procedimiento administrativo tiene una doble naturaleza, pues si bien, de un lado, la valoración efectuada por la citada Comisión puede perjudicar, como en el caso concreto, al operador dominante, de otro, beneficia a los operadores no dominantes.

De este modo, dicho procedimiento resulta encuadrable en los dos supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley 30/1992 respecto a los procedimientos iniciados de oficio por la Administración, tanto el que se refiere a los procedimientos de los que pueda derivarse

el reconocimiento de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, como el referido a procedimientos en que se ejercite la potestad sancionadora o, en general, susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen.

Para la Sala, sería muy difícil dar soluciones de carácter general habida cuenta de la distinta intensidad que, según las situaciones que se contemplen, tengan los beneficios sobre los perjuicios o viceversa, por lo que para determinar el régimen aplicable es necesario tener presente otras consideraciones que concurren en cada caso y especialmente la incidencia que para el interés general pueda tener la resolución que se dicte.

A partir de esta consideración, y atendiendo al efecto beneficioso que la orientación de costes tiene para el mercado de la telefonía móvil, se considera aplicable el régimen del silencio administrativo negativo previsto en el apartado 1 del artículo 44 de la Ley 30/1992.

Por su parte, la **STS de 21 de diciembre de 2007**, RJ 2008/367, tiene por objeto enjuiciar las competencias de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones para, en uso de sus facultades de salvaguardar el régimen de libre competencia, autorizar las modificaciones de los contratos suscritos entre la sociedad mercantil Telefónica de España y las empresas de telefonía de uso público que puedan provocar la interrupción o suspensión de los servicios prestados por dicha sociedad mercantil.

La entidad recurrente, Telefónica, entendía que dicha intervención de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones suponía someter a una especie de autorización previa cualquier cláusula que pudiera comportar la retirada del suministro en caso de incumplimiento contractual de la otra parte, impidiendo, por lo tanto, articular formas para salvaguardar sus legítimos intereses económicos. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza dicha interpretación, pues entiende que la competencia de la Comisión no se refiere a cualquier cláusula comercial, sino solamente a la modificación unilateral de los contratos por parte de Telefónica que afectan a la continuidad del servicio, y cuya justificación se encuentra en la evitación de un abuso de posición dominante.

Seguidamente, el Tribunal Supremo desestima también el segundo motivo de recurso formulado por Telefónica relativo a la posible vulneración del derecho a no declarar contra uno mismo garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución derivada del hecho que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones inició dos procedimientos sancionadores a partir de la información recabada merced a requerimientos de información practicados en el seno de procedimientos administrativos de carácter no sancionador.

La Sala recuerda que entre las funciones de la mencionada Comisión se encuentra velar por el correcto funcionamiento del sector de las Telecomunicaciones. Así, la información recabada en ejercicio de su potestad sancionadora, como la que pueda obtener por otros medios, puede ser legítimamente utilizada para el ejercicio de todas sus competencias. En nada afecta dicha circunstancia al derecho de defensa, pues la información obtenida

sirve para verificar el respeto a la regulación vigente y no afecta a los argumentos que puedan alegarse en defensa de su actuación. Concluyendo que “lo contrario supondría una especie de derecho a la ocultación de datos al órgano regulador contrario a la propia naturaleza y funciones de dicho órgano”.

D) Radiodifusión

Mediante la **STS de 20 de febrero de 2008** se resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Madrid frente al Real Decreto 964/2006, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en ondas métricas de modulación de frecuencia.

La primera alegación formulada por la Comunidad Autónoma recurrente se fundamenta en la posible discriminación en la asignación de frecuencias disponibles, en atención al número de licencias solicitadas/asignadas a otras Comunidades Autónomas. Sin embargo, la Sala entiende que este planteamiento es claramente insuficiente, puesto que el porcentaje o relación de frecuencias solicitadas y concedidas no constituye, en ningún caso, el dato esencial para determinar si dicho reparto de frecuencias ha sido discriminatorio, sino que sería preciso aportar otros criterios, como, por ejemplo, oblación, superficie, dificultades geográficas, número de emisoras ya instaladas, entre otros. Así, dado que la aportación de estos elementos no se había realizado, se desestima la petición formulada por la Comunidad madrileña.

En segundo lugar, se cuestiona la falta de motivación del Anexo II del Real Decreto impugnado, en el que se contiene la relación de todas las emisoras cuya gestión podrá ser objeto de concesión a favor de personas físicas o jurídicas. La Sala desestima también este motivo de impugnación porque del contenido del expediente administrativo es 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.

Mayor detenimiento merece para la Sala el que el Plan Técnico Nacional no contenga las frecuencias asignadas a las administraciones u organismos públicos. Para la recurrente ello supone un claro exponente de inseguridad jurídica, pero para el Tribunal Supremo, si bien, el modelo previsto en el Real Decreto 964/2006 es discutible desde el punto de vista de la oportunidad, ello no significa que sea contrario a Derecho. En efecto, el nuevo sistema distingue entre frecuencias destinadas a las Comunidades Autónomas y frecuencias efectivamente asignadas, que sólo lo serán cuando haya mediado petición de la Comunidad y asignación expresa por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

Posteriormente, la asignación de las frecuencias adjudicadas se publicará en la página web oficial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, cumpliendo con las garantías

de publicidad, transparencia y seguridad jurídica exigibles, y con la previsión de la Ley 32/2003, de 23 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de creación de un registro público de radiofrecuencias.

Finalmente, aunque el Real Decreto impugnado no contiene las frecuencias disponibles o reservadas a las entidades públicas, ello no supone tampoco la nulidad de la norma reglamentaria, pues nada impide a las Comunidades Autónomas recabar dicha información, en cualquier momento, de la Administración General del Estado, al efecto de efectuar sus propias solicitudes de asignación de frecuencias.

7. TRANSPORTE

A) Transporte marítimo: Obligaciones de servicio público a que se someten determinadas líneas regulares de cabotaje interinsular

El origen del presente proceso judicial, que resuelve la STS de 27 de noviembre de 2007, RJ 2008/279, se encuentra en la resolución del Director General de la Marina Mercante que declaró extinguida la autorización otorgada a la empresa “Ferrys del Mediterráneo, SA”, de establecimiento de un servicio de línea regular de cabotaje insular de pasajeros, turismo y mercancía rodadas entre los puertos de Algeciras y Ceuta.

Frente a dicha resolución, la citada empresa presentó recurso de reposición, que fue desestimado por silencio administrativo. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo desestimó mediante Sentencia de 9 de abril de 2004. Recurrido dicho pronunciamiento en casación ante el Tribunal Supremo, declara no haber lugar a éste en la sentencia que ahora destacamos.

La sentencia de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid puso de manifiesto que la autorización concedida a la empresa mercantil recurrente condicionaba su validez al cumplimiento de las obligaciones de servicio público previstas en la propia autorización y en la normativa sectorial. En particular, la autorización establecía que “con objeto de evitar que, por avería de los buques que lo prestan o por otras causas, quede suspendido el servicio de comunicación marítima, deberá acreditarse que la empresa solicitante dispondrá de otro buque similar en el plazo de seis días para sustituir al buque inactivo”.

La sentencia *a quo* constató que la propia recurrente había reconocido en su escrito de demanda que no cumplió tal obligación dentro de plazo, y el Real Decreto 1466/1997 dispone textualmente que las autorizaciones para prestar servicios regulares de transporte marítimo dejarán de ser válidas por incumplimiento sobrevenido del requisito de capacidad de prestación del servicio (artículo 11).

En el recurso de casación, la parte actora aduce que ha quedado sin efecto la declaración de interés público de la línea regular para la que fue autorizada, por lo que las obligaciones de servicio público que le fueron impuestas en la autorización resultarían inexigibles. Para la empresa recurrente, ello debería llevar a la anulación de la resolución administrativa que declaró extinguida la autorización.

Cabe señalar que la actora fundamenta su razonamiento en la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001, que anuló el artículo 4, párrafo primero, del Real Decreto 1466/1997, por ser contrario al Reglamento (CEE) 3577/92.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación. Indica que, sin necesidad de entrar a dilucidar la eficacia retroactiva que la actora reclama en relación con la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001, respecto a una autorización y la declaración de su extinción ocurridas en el año 2000, lo cierto es que en ningún caso puede prosperar dicha argumentación de parte.

Debe destacarse que la Sentencia que anuló el artículo 4.1 del Real Decreto 1466/1997, referente a la navegación de interés público, dejó vigente de modo expreso el artículo 4.2 de la citada norma, puesto que, en aquella Sentencia, el Tribunal Supremo concluyó que el Gobierno podía declarar, previa la justificación oportuna, cuáles serían las concretas líneas regulares de cabotaje insular que han de quedar sujetas a autorización administrativa y sometidas al cumplimiento de obligaciones de servicio público.

El Tribunal Supremo se plantea que la declaración de nulidad contenida en la Sentencia de 16 de octubre de 2001 podría tener como consecuencia que, mientras el citado trayecto no sea declarado de interés público, éste quedaría abierto al libre establecimiento de servicios regulares. Ahora bien, concluye el Tribunal Supremo, acogiendo la argumentación del Abogado del Estado, en ningún caso ello afecta a que la Administración, habiendo otorgado con anterioridad una autorización con imposición de obligaciones de servicio público, pudiera declararla extinguida al incumplirse éstas. Es por ello que el Tribunal Supremo desestima el primer motivo de casación.

Para finalizar, el Tribunal Supremo también desestima el segundo motivo de casación alegado por la parte actora, y relativa a una supuesta incongruencia de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Un caso similar con el mismo grupo de normas jurídicas es resuelto por la **STS de 13 de febrero de 2008**, RJ 2008/1428. En cuanto a los hechos relevantes, debe destacarse que el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, estimó parcialmente el recurso que la entidad “Fred Olsen, SA” presentó contra el Decreto autonómico 113/1998, de 23 de julio, por el que se establecen las obligaciones de servicio público a que se someten determinadas líneas regulares de cabotaje interinsular. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias anuló por contrarios a derecho el artículo 2.1, las cuatro primeras líneas de los apartados A), B), D) y E) del Anexo y la Disposición Final Segunda.

Contra esta sentencia se interpuso el presente recurso de casación por el Gobierno de Canarias y por la entidad “Garajonay Expres, SL”. Antes de examinar los motivos alegados, el Tribunal Supremo expone brevemente el marco normativo en el que se desenvuelve la cuestión litigiosa.

Destaca ante todo el Reglamento (CEE) núm. 3577/1992, de 7 de diciembre de 1992, que estableció la libre prestación de servicios de transporte marítimo. Conviene citar el artículo 4 de la citada norma comunitaria, puesto que admite que los Estados miembros podrán celebrar contratos de servicio público, o imponer obligaciones de servicio público, siempre que cumplan con las condiciones exigidas por el Derecho comunitario europeo.

El Reglamento (CEE) núm. 3577/1992 preveía su aplicación directa a partir del 1 de enero de 1999 (artículo 6.2). Antes de esta fecha, y de modo excepcional, el cabotaje insular dentro del Mediterráneo y el del archipiélago canario quedaban temporalmente excluidos de la aplicación del Reglamento comunitario. Por lo tanto, el Decreto canario 113/1998, de 23 de julio, se dictó con posterioridad al régimen liberalizador instaurado por el Reglamento comunitario, y durante su período de excepción. El Tribunal Supremo remarca este aspecto: el Decreto autonómico canario no era una norma previamente dictada al Reglamento CEE, sino dictada durante el período de excepción, lo que conllevaba que desde la Comunidad Autónoma de Canarias no se podía contravenir el Reglamento comunitario, y no se permitía establecer reglas distintas a las europeas, que perpetuasen más allá del 1 de enero de 1999 situaciones jurídicas incompatibles con el Reglamento CEE, y que al dictarse éste no pudieron por razón del tiempo ser tenidas en cuenta por la autoridad comunitaria.

Otra norma que debe destacarse es el Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, sobre Régimen Jurídico de las Líneas Regulares de Cabotaje Marítimo y de las Navegaciones de Interés Público. En sede de litigios interpuestos contra este Real Decreto, la misma Sala del Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que fue resuelta por la Sentencia de 20 de febrero de 2001, y que dispuso que las normas del Derecho comunitario:

“únicamente permiten someter la prestación de servicios regulares de cabotaje marítimo con destino u origen en islas o entre islas a la obtención de una autorización administrativa previa si:

- puede demostrarse la existencia de una necesidad real de servicio público, debida a la insuficiencia de los servicios regulares de transporte en una situación de libre competencia;
- se demuestra asimismo que dicho régimen de autorización administrativa previa es necesario y proporcionado al objeto perseguido;
- el referido régimen se basa en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas”.

Fue con base en estos argumentos que se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001, que ya conocemos, y que anuló el párrafo primero del artículo 4 del Real Decreto 1466/1997, en cuanto declaraba, en general, como navegaciones de interés público, todos los servicios de línea regular de cabotaje insular, sin que hubiera un examen previo sobre la necesidad real de servicio público en cada una de las líneas del trayecto.

Efectuada esta exposición sobre la normativa aplicable, el Tribunal Supremo desestima los motivos de casación invocados por el Gobierno de Canarias, y que alegaban que el Tribunal de instancia no había valorado la suficiencia o insuficiencia del servicio que sobre las cuatro líneas venía realizándose hasta ese momento. La sentencia del Tribunal Supremo recuerda que en casación no cabe atacar la apreciación de la prueba efectuada en instancia. En todo caso, el Tribunal Supremo destaca que ni en el expediente administrativo ni en fase probatoria se ha acompañado informe en el que se exprese razonadamente que las líneas, que se someten a obligaciones de servicio público, no estaban suficientemente cubiertas, o no pudieran ser prestadas en régimen de libre competencia.

Por el contrario, el Tribunal Supremo estima el motivo alegado por el Gobierno de Canarias, en referencia a que la Sentencia de instancia infringe el Reglamento CEE al anular la Disposición Adicional Segunda del Decreto autonómico 113/1998, de 23 de julio. Hay que señalar que esta disposición faculta al Consejero de Turismo y Transporte para modificar el anexo del Decreto. Así pues, la misma responde a la idea de adaptar dicho anexo a las necesidades que se vayan produciendo en relación con las líneas y las obligaciones de servicio público. Es claro que esas modificaciones deberán cumplir los presupuestos exigidos por la normativa comunitaria. No parece lógico, prosigue el Tribunal Supremo, petrificar el diseño establecido y no poder cambiarlo en el futuro si así lo impone el interés del tráfico marítimo. El Tribunal Supremo concluye indicando que la delegación estará sujeta a los límites competenciales y materiales de dicha Disposición Adicional.

El Tribunal Supremo también estima el recurso de casación entablado por la operadora “Garajonay Expres, SL”, porque ciertamente constata que hay trayectos parciales entre puertos de las islas que no están debidamente cubiertos por el ejercicio de la libre competencia.

B) Transporte por carretera: carácter local de un consorcio y cobertura de su déficit de explotación

La STS de 28 de noviembre de 2007, RJ 2008/280, declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Consorcio de Transportes de Vizcaya, casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2004, y entra a examinar el recurso contencioso-administrativo presentado en su momento por el citado Consorcio, si bien finalmente lo desestima.

Los hechos que dieron lugar al presente proceso judicial se remontan a la solicitud que el Consorcio de Transportes de Vizcaya formuló para que el Estado cofinanciara el déficit que

arrojase la explotación del servicio, así como la carga financiera derivada de la construcción del Ferrocarril Metropolitano de Bilbao, con base en las subvenciones al transporte colectivo urbano previstas en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y en los artículos 76 y 77 de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1998 y 1999.

La Resolución de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales del Ministerio de Economía y Hacienda, de 10 de marzo de 1999, rechazó esta solicitud. El Ministerio indicó, entre otras razones, que en virtud del Real Decreto 2488/1978, de 25 de agosto, la totalidad de las competencias en materia de transportes habían sido transferidas a la Comunidad Autónoma, y la financiación de su actividad es una carga asumida.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la citada resolución al considerar, en síntesis, que el Consorcio solicitante no tenía la condición de “entidad local” destinataria de las citadas subvenciones al transporte colectivo urbano.

El Tribunal Supremo, tras repasar la normativa vigente aplicable al presente asunto, y muy en particular la Ley 44/1975, de 30 de diciembre, de creación del Consorcio de Transportes de Vizcaya, rechaza contundentemente la premisa de fondo utilizada por el Tribunal de instancia, a partir de una batería de argumentos.

En primer lugar, el Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 30 de abril de 1999, donde se señaló que la circunstancia de que los consorcios no vengan incluidos como entidades locales en el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de las Bases de Régimen Local, no es un dato determinante, puesto que la enumeración de este precepto no tiene carácter exclusivo. Por otra parte, la ausencia de los consorcios en el artículo 110.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, obedece a la amplitud de fines que pueden asumir los consorcios, así como a la pluralidad de entidades que pueden formar parte de ellos. Por ello, el citado Texto Refundido no ha querido caracterizar a todos los consorcios, que puedan constituirse al amparo de su artículo 110, como entidades locales, y permite que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, el consorcio sea o no una entidad local.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo destaca que la Ley 44/1975, de 30 de diciembre, de creación del Consorcio, otorga a éste inequívocamente, en su artículo 1.1, la naturaleza de ente local con personalidad jurídica propia e independiente de los entes consorciados. El mismo texto legal se remite a la aplicación subsidiaria de las normas generales de régimen local.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo constata que la Sala de instancia se ha centrado en la equiparación entidad local-entidad de carácter territorial, lo que no es correcto, puesto que, como expone el propio Tribunal Supremo, en el seno de los “entes” sujetos al ré-

gimen local se encuentran los de base territorial, pero también los caracterizados por su componente asociativo o colaborativo, así los consorcios, o bien las mancomunidades de municipios. Por otra parte, las subvenciones previstas en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, se atribuyen a las entidades locales, cualquiera que sea su forma de gestión.

El Tribunal Supremo destaca como prueba adicional que, cuando las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado han querido excluir a determinadas entidades locales como beneficiarias de las subvenciones, las han citado expresamente (sería el caso del Área Metropolitana de Madrid, o de la extinguida Corporación Metropolitana de Barcelona).

Finalmente, el Tribunal Supremo señala que si varias entidades locales, cada una de ellas con una población inferior a la exigida por la normativa para obtener una subvención destinada al transporte colectivo urbano, crean una entidad asociativa o colaborativa con más de 20.000 o 50.000 habitantes, ello no debe verse como un fraude a la norma, como parece entender el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sino como una necesidad de prestar el servicio de transporte público de modo coordinado y bajo una gestión unificada.

Por todas estas razones, el Tribunal Supremo concluye que el Consorcio de Transportes de Vizcaya tiene carácter local y *a priori* es apto para recibir las subvenciones correspondientes al transporte colectivo urbano. A continuación, el Tribunal Supremo resuelve el debate originario del recurso contencioso-administrativo. Y es desde esta otra perspectiva, desde la que el Alto Tribunal detecta un problema que, al final, lleva a desestimar el recurso interpuesto por el Consorcio. El problema se centra en la posible existencia de dualidad de financiación estatal del déficit de explotación.

En efecto, el Tribunal Supremo destaca que los Presupuestos Generales del Estado para 1998 (y en términos parecidos los de 1997) disponían en su artículo 77 que las subvenciones objeto del litigio eran incompatibles con las que la misma entidad local recibiera directamente del Estado, ya sea aisladamente o en concurrencia con otras administraciones públicas, en virtud de algún convenio de financiación específico o contrato-programa, en el que se prevea la cobertura del déficit de explotación.

El Tribunal Supremo admite que dicha cuestión es compleja, en la medida en que debe resolverse sin olvidar el régimen especial de financiación de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a tenor del cual aquélla contribuye al sostenimiento de las cargas generales del Estado mediante la aportación de un cupo global.

En conclusión, el Tribunal Supremo señala que “el Consorcio de Transportes de Vizcaya goza de un peculiar sistema de financiación o cobertura de sus déficits de explotación impuesto por su Ley de creación, sistema al que no es ajeno el Estado, que resulta incompatible con la percepción de las subvenciones [al transporte colectivo urbano]”. Por lo tanto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo.

C) Transporte ferroviario: aprobación de un ramal y cumplimiento de los trámites procedimentales

La STS de 31 de enero de 2008, RJ 2008/378, resuelve el recurso de casación que la Asociación “Plataforma Defensora da Praza dos Praceres” interpuso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha de 22 de julio de 2003, que a su vez desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma entidad asociativa contra la desestimación (inicialmente por silencio y más tarde de modo expreso) de la solicitud de revisión de oficio de la Resolución de la Secretaría de Estado del Ministerio de Fomento, de 10 de febrero de 2000, que por su parte aprobó el Proyecto Básico del “Ramal ferroviario de acceso al Puerto de Marín”, en Pontevedra.

En el primer motivo de casación, la recurrente critica el procedimiento de aprobación del proyecto puesto que, a su entender, debió ser sometido a información pública. A estos efectos, la parte recurrente alega la vulneración del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El Tribunal Supremo desestima este motivo casacional. Ante todo, la Sentencia destaca que la argumentación de la recurrente está desenfocada, puesto que califica como carencia absoluta del procedimiento [y a ello se refiere el artículo 62.1.e) citado], lo que no serían sino omisiones de parte de los documentos que deben figurar en el proyecto. El Tribunal Supremo remarca que los trámites esenciales del procedimiento de aprobación se han cumplido.

Por otra parte, el Tribunal Supremo rechaza la alegación de la actora según la cual la sentencia de la Audiencia Nacional habría aplicado una normativa incorrecta. Ciertamente, señala el Tribunal Supremo, la sentencia del Tribunal de instancia puso de relieve que se habían seguido los trámites procedimentales esenciales exigibles a los estudios informativos de carreteras, pero en referencia a esta cuestión el Tribunal Supremo recuerda que tales trámites no difieren sustancialmente de los requeridos para las líneas de ferrocarriles de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

El segundo motivo de casación vuelve a denunciar la misma falta de aplicación del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya reseñada, si bien en esta ocasión desde la perspectiva de la Directiva 97/11 CE y del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental. Según esta normativa, las líneas de ferrocarril de largo recorrido están entre las obras públicas que deben sujetarse a una declaración de impacto ambiental.

El Tribunal Supremo también rechaza este segundo motivo de casación, pues dadas las características del ramal (que, efectivamente, se limita a unir el puerto de Marín con Pontevedra), el proyecto no podía considerarse en sí mismo como relacionado con la construcción de una línea de ferrocarril de largo recorrido.

Aun dando respuesta al segundo motivo de casación, el Tribunal Supremo se plantea qué consecuencia podría tener, para la resolución del presente litigio, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de septiembre de 2004 (Asunto C-227/01), que resolvió que las autoridades españolas habían efectuado una aplicación incorrecta de la Directiva 85/337, por no haber sometido a un estudio previo de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente el “proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa”, que forma parte del proyecto llamado “Corredor del Mediterráneo”.

El propio Tribunal Supremo concluye que dicha sentencia del tribunal comunitario no resulta de aplicación al presente litigio, puesto que el caso que nos ocupa “ni se trata de un desdoblamiento de la vía o línea en servicio, ni el nuevo proyecto forma parte obligada e inescindible de un corredor ferroviario ya existente, con la conexión internacional anteriormente descrita, ni, en fin, concurre (...) el peligro de que por la vía del fraccionamiento de proyectos sucesivos se quiera eludir en este caso la exigencia de la evaluación del impacto ambiental (...)”.

En el tercer y último motivo de casación, la asociación recurrente vuelve a considerar vulnerado el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esta vez por falta de aplicación del régimen de protección del litoral previsto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

El Tribunal Supremo rechaza este último argumento de la parte recurrente, ya que el acto objeto de recurso se limitaba a la parte del trazado de la línea ferroviaria que discurría fuera de la zona marítimo-terrestre. Es cierto, añade el Tribunal Supremo, que mediante un acto ulterior la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes aprobó definitivamente el proyecto básico del ramal de acceso en un tramo ya comprendido dentro del dominio público marítimo-terrestre. Sin embargo, concluye el Tribunal Supremo, este acto ulterior no se impugnó en el presente proceso y, en cualquier caso, dicho acto ulterior se llevó a cabo una vez acordada la reserva demanial necesaria para ello.

RICARD GRACIA RETORTILLO
JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA I REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) Protección de los consumidores en el caso de contratos de venta a domicilio o negociados fuera de los establecimientos comerciales **2. Deporte.** A) Variantes del conflicto endémico y conocido del fútbol-sala. B) Las federaciones deportivas carecen de legitimación para recurrir contra actos de la Administración en las funciones públicas que tienen delegadas. **3. Educación.** A) Universitaria. a) Denegación de reconocimiento de universidad privada. **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) Consentimiento informado. **6. Seguridad privada.** A) Secreto profesional del detective. B) ¿Existe la figura del investigador comercial y mercantil con funciones propias al margen de los detectives privados?

1. CONSUMO

A) Protección de los consumidores en el caso de contratos de venta a domicilio o negociados fuera de los establecimientos comerciales

La STJCE de 10 de abril de 2008, As. C-412/06, responde a una cuestión prejudicial, en la que el órgano jurisdiccional alemán se pregunta sobre la interpretación de la Directiva 85/577/CEE sobre venta a domicilio, para conocer si el legislador nacional está facultado para establecer un límite temporal al derecho de renuncia contemplado en el artículo 5 de esta Directiva, aunque el consumidor haya sido informado incorrectamente, estipulando que ese derecho se extinga un mes después de que ambas partes hayan cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato, o si debe interpretarse la Directiva en el sentido de que el derecho de renuncia del consumidor no puede extinguirse, en particular cuando ya se ha ejecutado el contrato, si no ha sido informado con arreglo al artículo 4, párrafo primero, de esta Directiva.

Al efecto el Tribunal de Justicia señala de entrada que la Directiva sobre venta a domicilio tiene por objeto principal la protección del consumidor contra el riesgo que se deriva de las circunstancias que rodean la celebración de contratos fuera de los establecimientos comerciales. Así, la Directiva sobre venta a domicilio precisa que conviene conceder al consumidor un derecho de revocación durante un período de siete días, como mínimo, con el fin de ofrecerle la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato. El hecho de que el plazo mínimo de siete días deba calcularse a partir del momento en que el consumidor ha recibido del comerciante la información relativa a este derecho tiene su explicación en que el consumidor no puede ejercer un derecho de revocación si desconoce su existencia. En el caso enjuiciado la consumidora recibió información errónea en relación con su derecho a revocar el contrato de crédito controvertido, de forma que se vio privada, según sus observaciones escritas, de la posibilidad de ejercitar ese derecho, sin perjuicio de que se ejecutase por completo el contrato.

A este respecto, procede señalar que el concepto de “medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor” al que remite el artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva sobre venta a domicilio indica que el legislador comunitario ha querido dar a estas medidas un alcance uniforme en el plano comunitario. Además, el término “adecuadas”, en esta disposición, indica que las medidas mencionadas no pretenden una protección absoluta de los consumidores. En efecto, la Directiva sobre venta a domicilio tiene por objeto principal la protección del consumidor, pero la protección citada está sometida a ciertos límites. Así, más concretamente, la referencia al concepto de “obligaciones que resultan del contrato” indica que el consumidor puede revocar dicho contrato durante su período de vigencia. Igualmente, la disposición que regula el ejercicio del derecho de revocación, dispone, entre otras cosas, que “el consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso”.

Por consiguiente, la Directiva sobre venta a domicilio debe interpretarse en el sentido de que el legislador nacional está facultado para establecer que el derecho de revocación contemplado en el artículo 5, apartado 1, de esta Directiva puede ser ejercitado como máximo durante un mes después de la ejecución completa por las partes contratantes de las obligaciones que se derivan de un contrato de crédito de larga duración, cuando el consumidor ha recibido información errónea sobre el ejercicio de ese derecho.

2. DEPORTE

A) Variantes del conflicto endémico y conocido del fútbol-sala

Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo vuelven a incidir en un conflicto endémico de nuestra jurisprudencia deportiva, tal como ya se ha analizado en esta misma crónica en los números 33 y 36 de *Justicia Administrativa*. Por un lado, la **STS de 6 de noviembre de 2007, Ar. 7948**, confirma la cancelación registral de la Federación Castellano-Leonesa

de Fútbol-Sala y, por su parte, la STS de 13 de noviembre de 2007, Ar. 7982, deniega la constitución de la Federación Extremeña de Fútbol-Sala.

En la primera de las sentencias se indica que son todavía seis las Comunidades Autónomas que tienen o poseen su propia Federación de Fútbol-Sala (Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Madrid y el País Vasco) si bien el proceso de reconocimiento y la evolución posterior no han sido idénticos en cada una de las Comunidades Autónomas. Así la Federación Aragonesa de Fútbol-Sala, reconocida en 1986 vio cancelado su registro en el año 1995, esta cancelación fue impugnada judicialmente, y a diferencia del supuesto de la Federación Castellano-Leonesa quedó suspendida. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón por Auto de 17 de octubre de 1995 acordó la suspensión de la ejecución y en consecuencia de la cancelación ordenada, por cuanto los perjuicios de tal acto administrativo, según establecía el propio Tribunal, revestían especial gravedad y son de imposible o cuanto menos difícil reparación en el ámbito económico y aun en el moral, para el colectivo de los deportistas. En Baleares, la Federación Autonómica de Fútbol-Sala fue reconocida en marzo de 1986, y desde la perspectiva competencial, ha resultado ratificada por resolución del Comité balear de Disciplina Deportiva de 20 de julio de 1999, según la cual, la Federación Balear de Fútbol-Sala es la única federación deportiva balear competente para regir el Fútbol-sala en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Recordamos que para la Federación Autonómica de Fútbol-Sala de Baleares tampoco existe una Federación Española de Fútbol-Sala, lo cual no implica su revocación. La Federación Catalana de Fútbol-Sala inscrita provisionalmente en 1986 y, con carácter definitivo pero condicionado en 1989, obtuvo pleno reconocimiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 22 de junio de 1991, pronunciamiento que ha devenido firme, tras desestimar el Tribunal Supremo el recurso interpuesto, en Sentencia de 19 de abril de 1999, Ar. 3500. La Federación Gallega de Fútbol-Sala fue inscrita en 1987 y confirmado su reconocimiento en 1993. Dos años más tarde, la federación Gallega de Fútbol presentó, para su aprobación, un proyecto de estatutos en los que se contenían disposiciones referentes al fútbol-sala. El conflicto fue abordado por el Comité Gallego de disciplina Deportiva, que, en Resolución de 2 de febrero de 1996, establecía que, conforme a la legislación vigente, no es posible que unos estatutos de la Federación Gallega de Fútbol regulen, en su seno, materias relacionadas con el fútbol-sala por constituir este último competencia exclusiva de la existente y vigente Federación Gallega de Fútbol-Sala. La Comunidad de Madrid por su parte reconoció a la Federación Autonómica de Fútbol-Sala en 1987 ratificándose el reconocimiento en Resolución de la Dirección General de Deportes de 3 de junio de 1993 por la que se determina que es la Federación Madrileña de Fútbol-Sala la entidad deportiva a la que corresponde, en su ámbito territorial, la organización de todas las competiciones oficiales de esta modalidad deportiva.

B) Las federaciones deportivas carecen de legitimación para recurrir contra actos de la Administración en las funciones públicas que tienen delegadas

La STS de 18 de diciembre de 2007, Ar. 9007, confirma la inadmisibilidad de un recurso de una federación deportiva con fundamento en el artículo 20.b) LJCA. La cuestión

jurídica se inicia con la imposición de una sanción por falta muy grave tipificada en el artículo 105, apartado j), de la Ley 8/1995, de 2 de mayo, de Deportes de La Rioja. El sancionado recurrió esa decisión ante el Comité Riojano de Disciplina Deportiva, dependiente de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de la Comunidad Autónoma, que estimó el recurso. Es frente a esta decisión ante la que se interpone por la Federación Riojana de Tiro Olímpico el recurso que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de La Rioja no admitió a trámite al carecer ésta de legitimación para ello. El argumento de la Sala de instancia que conduce a la decisión de no admisión del recurso se basa en que se trata del supuesto “previsto por el artículo 20.b) de la Ley Jurisdiccional, puesto que la Federación recurrente impuso una sanción en virtud de la potestad disciplinaria deportiva que ejerce por delegación del poder público –artículo 36.1.b) de la Ley Territorial 8/1995, de 2 de mayo–, y aún tratándose teóricamente de una entidad privada, no está legitimada para impugnar resoluciones dictadas por la Administración en ejercicio de potestades administrativas que a ella competen y que la actora ejerció inicialmente por delegación de dicha Administración, en la medida que el citado artículo 20.b) LJCA determina que “no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración Pública: Los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella”.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada en primera instancia y, por lo tanto, las federaciones deportivas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo (entre ellas la sancionadora), quedan incluidas en el ámbito al que se refiere el artículo 20.b) LJCA que les priva en tales supuestos de legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo frente a las decisiones que hayan adoptado con carácter previo en el ejercicio de esa potestad delegada.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Denegación de reconocimiento de universidad privada

La STS de 23 de enero de 2008, Ar. 1820, ratifica la legalidad de la denegación, por parte de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, del reconocimiento solicitado por Universidad de Tecnología y Empresa, SA, y efectúa algunas consideraciones de interés sobre el papel que le corresponde a la Administración (fundamentalmente ex artículo 14 del RD 557/1991, de 12 de abril, por el que se establecen normas básicas para la creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios), en la fase previa a la tramitación, en su caso, del correspondiente proyecto de Ley para la creación o el reconocimiento de una universidad.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de residencia y trabajo

Con respecto, específicamente, al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido la oportunidad de interpretar la Directiva 2004/38/CE en su **STJCE de 10 de julio de 2008, C-33/07, As. Jipa**, en donde ha considerado que dicha normativa comunitaria no se opone “a una normativa nacional que permita restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido repatriado anteriormente del mismo debido a que se encontraba en él en ‘situación ilegal’, siempre que, por una parte, la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que, por otra parte, la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo”.

Por su parte, la **STS de 7 de febrero de 2008**, Ar. 1516, interpreta el requisito legalmente establecido de que el extranjero solicitante de permiso de residencia temporal “carezca de antecedentes penales en España”. La **STS de 25 de febrero de 2008**, Ar. 1433, hace lo propio pero para la excepción legal de haber cumplido la condena o haber sido indultado o estar en situación de remisión condicional de la pena. Y, en ese mismo ámbito, la **STS de 14 de mayo de 2008**, Ar. 2058, considera insuficientemente acreditado, a efectos de denegación del permiso de residencia solicitado (por la existencia de antecedentes penales), la aportación de una mera fotocopia de una sentencia (penal condenatoria), pero de la que se desconoce si es o no firme, o si está en suspenso.

En cuanto al permiso de trabajo, la **STS de 17 de marzo de 2008**, Ar. 1441, matiza la relación entre el empleo de hogar interno y la “relación de confianza”, a efectos de posible dispensa de alguno de los requisitos (en especial, el referido a la situación nacional de empleo) para la obtención de este tipo de permiso. Por su parte, la **STS de 17 de marzo de 2008**, Ar. 1753, analiza las especiales condiciones del puesto de trabajo para ratificar la concesión del permiso de trabajo.

B) Denegación de entrada y expulsión

Sobre los requisitos exigidos en frontera para admitir o **denegar la entrada** de un extranjero, en especial, sobre la documentación acreditativa de los motivos del viaje a España, podemos mencionar las **SSTS de 9 de enero de 2008**, Ar. 116 y 406, de **31 de enero de 2008**, Ar. 1676, y de **8 de febrero de 2008**, Ar. 1521.

En cuanto a las sanciones consistentes en la expulsión de un extranjero, podemos citar la **STS de 23 de noviembre de 2007**, Ar. 828 de 2008, en la que se reitera la doctrina relativa a la suspensión de una medida de este tipo: “las dificultades de defenderse en el

proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no se compadece con el principio de eficacia administrativa. Y añadíamos que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción”.

En lo que se refiere a la impugnabilidad (o no) de los actos producidos en el seno del procedimiento de expulsión, la **STS de 8 de febrero de 2008**, Ar. 1524, confirma la recurribilidad del acto inicial que, además, propone el internamiento mientras se sustancia el procedimiento.

Las **SSTS de 20 de diciembre de 2007**, Ar. 73 de 2008, y **de 9 de enero de 2008**, Ar. 113, reiteran su conocida doctrina con respecto a la exigencia de específica motivación para el supuesto de que la Administración opte por la expulsión del extranjero que se encuentra ilegalmente en España, en vez de la multa.

En fin, las **SSTS de 12 de febrero de 2008**, Ar. 1360, **de 13 de febrero de 2008**, Ar. 1362, y **de 15 de febrero de 2008**, Ar. 1363, se refieren a la expulsión de ciudadanos rumanos y búlgaros, de la que se afirma que no se puede efectuar por el simple hecho de no poseer la documentación en regla.

C) Asilo y condición de refugiado

De la abundantísima jurisprudencia, buen número de sentencias rechazan la inadmisión a trámite de diversas solicitudes de asilo, al entender que, *prima facie*, podría tratarse de supuestos que encajaban en las previsiones de persecución que podían justificar su otorgamiento, ordenando por tanto su tramitación íntegra hasta obtener una resolución de fondo (**SSTS de 20 de diciembre de 2007**, Ar. 75 de 2008, **de 9 de enero de 2008**, Ar. 65, 111, 396, 398, 400, 403 y 407, **de 7 de febrero de 2008**, Ar. 1514, **de 8 de febrero de 2008**, Ar. 594 y 1523, **de 19 de abril de 2008**, Ar. 719, **de 30 de abril de 2008**, Ar. 2042 y 2043, y **de 13 de mayo de 2008**, Ar. 2054).

Por su parte, la **STS de 5 de diciembre de 2007**, Ar. 669 de 2008, se ocupa del supuesto de petición de reexamen de una inadmisión de una solicitud de asilo, llegando a la conclusión de que el plazo de dos días debe contarse de hora a hora o de momento a mo-

mento, y sin exclusión de días inhábiles y, si ese plazo se supera, la solicitud de admisión a trámite debe entenderse concedida por ministerio de la Ley.

En recursos contra la denegación del asilo solicitado, podemos citar las **SSTS de 16 de mayo de 2008**, Ar. 2061 y 2062, que anulan la resolución denegatoria y ordenan la retroacción de las actuaciones al advertir indefensión en el solicitante de asilo: en el primer caso, por no habersele ofrecido efectivamente la posibilidad de contar con un Abogado de oficio y, en el segundo caso, por no haberse incorporado al expediente ninguna copia de la documentación incorporada al expediente de asilo del marido de la solicitante.

Por su parte, la **STS de 11 de diciembre de 2007**, Ar. 1491 de 2008, anula una denegación de asilo de un ciudadano colombiano perseguido por las FARC que huyó a Ecuador, aclarando que “la condición para que el asilo sea concedido es que una persona sufra persecución en el país del que es nacional, por más que no la siga sufriendo en el país al que se ha trasladado huyendo de ella”.

Finalmente, la **STS de 19 de diciembre de 2007**, Ar. 1496 de 2008, ratifica una revocación de asilo que había sido concedido por razones humanitarias, al haber sido condenado penalmente por un delito grave. Sin embargo, la **STS de 27 de marzo de 2008**, Ar. 1447, anula otra revocación por no quedar suficientemente acreditados los hechos (relacionados con actividades realizadas contra el régimen político asentado en Guinea Ecuatorial) que se le imputaban al beneficiario del asilo.

D) Nacionalidad

Las **SSTS de 5 de diciembre de 2007**, Ar. 483 y 484 de 2008, de **12 de diciembre de 2007**, Ar. 359 de 2008, y de **19 de diciembre de 2007**, Ar. 510 de 2008, ratifican todas ellas las denegaciones de concesión de nacionalidad por entender que el requisito de la observancia de buena conducta cívica no ha sido demostrada (en positivo) por los respectivos solicitantes.

5. SANIDAD

A) Consentimiento informado

Nuevamente en el marco de un contencioso indemnizatorio, el Tribunal Supremo se enfrenta con las exigencias del derecho a la información y del consentimiento del paciente. Así, la **STS de 1 de febrero de 2008**, Ar. 1349, se refiere a un supuesto de una persona que fue operada de la columna vertebral con carácter preventivo, para evitar una posterior paraplejía, y salió del quirófano con la paraplejía que, precisamente, se pretendía prevenir. Con carácter más general, la Sentencia establece:

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo

mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada —puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente— y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica —no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión—, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.

Esta Sala igualmente ha señalado con absoluta nitidez que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado.

Esta exigencia de consentimiento informado se extiende también como decimos entre otras muchas en nuestra Sentencia de 2 de marzo de 2005 (recurso 8125/2000) a los tratamientos alternativos que puedan darse al margen de la intervención que se practique, exigiéndose que el paciente dé su consentimiento a la realización de ésta, una vez que haya sido debidamente informado de las posibilidades alternativas que hubiese al tratamiento quirúrgico.”

Y, aplicado al caso:

“Así las cosas debe tenerse por probado como hace la Sala de instancia, que a la actora se le informó sólo de los concretos riesgos que podían derivarse de la intervención quirúrgica, uno de los cuales era la paraplejia, pero la propia Inspección Médica reconoce que los estudios médicos consideraban el tratamiento quirúrgico una técnica controvertida en relación al síndrome de compresión medular inclinándose por la radioterapia y prescribiendo la técnica quirúrgica sólo para supuestos muy concretos.

La Administración ha probado que se informó a la paciente únicamente de los riesgos que podían derivarse de la laminectomía descompresiva, entre los que como hemos dicho se encontraba la paraplejia, pero sin embargo, no ha probado como debía, en función de cuanto antes se ha argumentado en relación a la carga de la prueba, que se hubiese informado a la actora de los tratamientos alternativos que podían aplicarse, y que los propios estudios médicos consideraban más seguros, como el tratamiento con radioterapia, y más si como la propia Inspección Médica reconoce en su Informe, la paraplejia hubiera sido en todo caso inevitable con o sin intervención quirúrgica, inevitabilidad de la que no se informó a la paciente, que precisamente se sometió a aquélla para tratar de evitarla, asumiendo la paraplejia como un riesgo y no una consecuencia de la operación.

Si la propia Administración sanitaria, visto el Informe de la Inspección, consideraba inevitable la paraplejia, con mucha más razón hubiera debido informar a la recurrente sobre los tratamientos alternativos, no limitándose a la prescripción del más agresivo de ellos, que no hubiera podido conseguir los objetivos para cuya práctica dio aquélla su consentimiento.”

6. SEGURIDAD PRIVADA

A) Secreto profesional del detective

La STS de 19 de febrero de 2008, Ar. 1743, resuelve el recurso interpuesto por la Asociación de detectives de Cataluña contra diversos preceptos del RSP de 1994, con fundamento en que se podría vulnerar su secreto profesional y el derecho a la intimidad de sus clientes, como consecuencia de las obligaciones que se les impone de comunicar a las FCS datos de su actividad profesional. El Tribunal Supremo desestima en su integridad el recurso, porque las actividades profesionales de los detectives no se hayan exentas de las competencias de control por parte de los funcionarios competentes en materia de seguridad ciudadana.

El fundamento de la actuación de los detectives no es el supuesto secreto profesional o reserva debida, sino la habilitación legal del propio legislador para poder actuar en el marco —de evidente monopolio estatal— de la seguridad. Desde dicha perspectiva —única constitucionalmente viable— la “debida reserva” no puede concebirse como el fundamento de un supuesto secreto profesional, sino como una más de las obligaciones y servidumbres

profesionales que el legislador les impone a su actuación como complementaria y subordinada a la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Efectivamente el artículo 24.2, párrafo segundo, de la Constitución Española señala que “la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”; y ni en la LSP, ni tampoco en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se puede encontrar el reconocimiento de tal secreto profesional para los detectives privados.

B) ¿Existe la figura del investigador comercial y mercantil con funciones propias al margen de los detectives privados?

La STS de 19 de febrero de 2008, Ar. 1742, resuelve el recurso interpuesto por la Asociación Española de investigadores comerciales y mercantiles contra el artículo 101 RSP, en la medida que entienden que deben diferenciarse sus funciones de las de los detectives privados, con fundamento en que las de estos últimos se ciñen a la “investigación sobre hechos privados, es decir, los que afecten a la vida personal o familiar fuera del domicilio, quedando excluido el ámbito económico, mercantil y financiero que corresponde por derecho consuetudinario y antigüedad a los investigadores mercantiles y comerciales”.

Tal planteamiento es rechazado por el Tribunal Supremo, partiendo del dato que acepta y reconoce la propia Asociación recurrente, cual es la ausencia, con anterioridad a la LSP, de regulación legal de la figura de los Investigadores Comerciales y Mercantiles, a pesar de lo cual venían actuando en la práctica. La situación, sin embargo, no podía ser más insostenible desde una perspectiva jurídica y constitucional ya que se reconoce que sin respaldo legal alguno y sin el más mínimo control administrativo —con base exclusivamente en el carácter consuetudinario de la actuación— determinadas personas, autotitulados como Investigadores Comerciales y Mercantiles, venían inmiscuyéndose en la vida privada económica y comercial de los ciudadanos sin el más mínimo reparo. La LSP tampoco les reconoce como figura independiente, si bien la Disposición Transitoria Cuarta establece para quienes, sin estar autorizados como detectives privados, y venían actuando como Investigadores, un período de integración en la única figura que legalmente se reconoce, que es la de detective. Por consiguiente, cuando la norma reglamentaria en el apartado 2 del citado artículo 101 RSP señala como competencias de los detectives las investigaciones que “afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero”, en modo alguno se extralimita de lo establecido en el artículo 19.1.a) ya que tales ámbitos sectoriales de actuación que se especifican y concretan en la norma reglamentaria, se sitúan en el ámbito legal de la “información y pruebas sobre conductas y hechos privados” a que se refiere la LSP.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción: la Jurisdicción Contencioso-administrativa es competente para conocer del procedimiento de responsabilidad patrimonial contra particulares y entidades aseguradoras. B) Competencia. a) Competencia de la Audiencia Nacional. a') La Audiencia Nacional conoce de los recursos contra convenios urbanísticos en los que interviene un organismo autónomo dependiente de un Ministerio. b') La Audiencia Nacional conoce de los litigios sobre Resolución del Ministro de Economía que resuelve un recurso contra un acto de la Comisión del Mercado de la Energía. b) Competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos sobre responsabilidad patrimonial de Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra resolución sobre alta y cotización del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen del recurso contra Resolución del Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas sobre incautación de garantía. C) Sujetos. a) Representación: se debe requerir al Colegio de Procuradores para la designación de representación procesal a los ciudadanos extranjeros. b) Legitimación. a') La mera mención de que existen pretensiones insatisfechas no justifica por sí sola la legitimación. b') La titularidad de una concesión para realizar una variante, suspendida por el interesado, no implica un interés legítimo para recurrir la licitación de un contrato de consultoría para una ulterior obra en una carretera preexistente. c') Carece de legitimación una Federación de Servicios Públicos para recurrir un Decreto autonómico sobre control de calidad de servicios de acción social. D) Objeto. a) Es impugnabile el informe que decide, aún indirectamente, sobre los usos de edificaciones. b) La aprobación de un convenio urbanístico es un acto de trámite, pero no la compraventa de unas parcelas. c) Es posible pronunciarse sobre la titularidad de una finca para decidir sobre el inicio del procedimiento expropiatorio. E) Procedimiento. a) Cuando la responsabilidad pa-

rimonial depende de un previo pronunciamiento del orden penal, procede suspender el procedimiento contencioso-administrativo. b) Prueba: la desidia procesal del recurrente enerva su indefensión. c) Sentencias: doctrina general sobre la congruencia.

F) Medidas cautelares. a) No procede suspender un proyecto de infraestructuras sanitarias. b) Procede suspender el Acuerdo municipal que aprueba un Estudio de Detalle.

c) El arraigo de un ciudadano extranjero en España es causa suficiente para suspender la ejecutividad de la orden de expulsión. d) Procede suspender una orden de demolición.

e) Procede suspender una licencia de obras concedida con base en una futura e hipotética revisión del planeamiento. G) Costas: son excesivas las costas del Abogado del Estado por un escrito de oposición al recurso de casación en el que se limita a transcribir la sentencia recurrida sin hacer referencia a los motivos. H) Procedimiento Especial de Protección de Derechos Fundamentales: requisitos del escrito de interposición.

2. Recurso de casación. A) Objeto: no es posible recurrir contra autos que requieren información sobre la forma de ejecutar una sentencia. B) Admisión. a) Las ofertas públicas de empleo no determinan el nacimiento de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera. b) Las Instrucciones de servicio no tienen naturaleza normativa.

C) Motivos. a) No se puede reiterar, sin más, la argumentación vertida en la instancia precedente, sino criticar la sentencia concreta. b) No se puede invocar sólo la infracción de doctrina del Tribunal Constitucional. c) Contra autos dictados en ejecución de sentencia se pueden invocar los motivos del artículo 88.1 LJCA. d) Doctrina sobre el motivo del artículo 88.1.c) LJCA. **3. Recurso de revisión.** A) Motivos: la disidencia no integra una maquinación fraudulenta susceptible de viciar la decisión jurisdiccional.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 26 (enero de 2008) hasta el número 33 (marzo de 2008) en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación y las medidas cautelares.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción: la Jurisdicción Contencioso-administrativa es competente para conocer del procedimiento de responsabilidad patrimonial contra particulares y entidades aseguradoras

La STS de 26 de septiembre de 2007, Ar. 7088, nos recuerda que a partir de la vigencia de la Ley 30/1992 desapareció la doble jurisdicción prevista en los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que atribuía a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las actuaciones administrativas que daban lugar a la responsabilidad previstas en el artículo 40 y a la Jurisdicción Civil la competencia cuando se trataba de actuación de la Administración en el ámbito de las relaciones de Derecho Privado. En la nueva Ley 30/1992 y en el Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993 se produjo una unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico, deduciéndose de su contenido que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la única competente al respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales.

Con posterioridad, la LJCA de 1998, en su artículo 2.e), reconoció de forma expresa la competencia de esta Jurisdicción, al disponer que corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. La decisión del legislador es tan patente que aprovecha la reforma coetánea de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, para ratificar tal decisión, introduciendo un nuevo párrafo 2º en el artículo 9.4 que recoge lo que señala la Ley Jurisdiccional, añadiendo que “si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

La Ley Orgánica 19/2003, de Modificación de la LOPJ, afronta, nuevamente, el tema del tratamiento jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas desde las siguientes perspectivas: 1) Insistiendo en el ámbito competencial de los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo; 2) perfilando el carácter de codemandadas de las compañías aseguradoras de las Administraciones Públicas; 3) completando la reforma con una modificación del artículo 9.4 de la LOPJ, y del artículo 2.e) de la Ley Jurisdiccional, añadiéndose al primero “igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración, respectivamente. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, con las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”, y al segundo, al final, la frase “aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuentan con un seguro de responsabilidad”.

De lo expuesto cabe deducir que la jurisdicción correspondiente para conocer de las pretensiones dirigidas a enjuiciar la responsabilidad de la Administración, bien cuando ésta sea la única demandada o bien cuando lo sea junto con particulares, es la jurisdicción contencioso-administrativa, y que la intención del legislador es suprimir lo que de la gráfica expresión se ha denominado peregrinaje jurisdiccional, lo que permite concluir que también ha de conocer la misma responsabilidad de compañías aseguradoras no solamente en el supuesto de que éstas lo sean de la Administración demandada, ya que no hay razón alguna que excluya la posibilidad de declarar la responsabilidad de dichas entidades cuando ésta surja de su condición de aseguradora de entidades privadas siempre que, conforme al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia para conocer de los autos corresponda a esta jurisdicción.

B) Competencia

a) Competencia de la Audiencia Nacional

a') La Audiencia Nacional conoce de los recursos contra convenios urbanísticos en los que interviene un organismo autónomo dependiente de un Ministerio

Según la STS de 16 de octubre de 2007, Ar. 8158, los recursos contencioso-administrativos que se susciten en relación con los convenios entre Administraciones públicas no atribuidos a los Tribunales Superiores de Justicia, corresponden a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, ex artículo 11.1.c) de la LJCA. De manera que la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional tiene una competencia residual respecto de los convenios entre Administraciones públicas, que expresamente no estén atribuidos a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia. Pues bien, las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia únicamente son competentes, en lo que hace al caso, para conocer de los recursos que se susciten en relación con los convenios “entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma”, según dispone el artículo 10.1.g) de la LJCA.

Así las cosas, si tenemos en cuenta que en el caso examinado se impugna el Convenio suscrito entre dos Administraciones, a saber, una Entidad Local –Ayuntamiento–, y un Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Defensa –Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa–, y una entidad privada, advertimos, por tanto, la intervención de una Administración –el citado organismo autónomo– cuya competencia excede del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, como exige el artículo 10.1.g) de la LJCA, y determina la aplicación del artículo 11.1.c) de la misma Ley jurisdiccional, que atribuye la competencia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que es, en consecuencia, el órgano competente para conocer del recurso.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

- b') La Audiencia Nacional conoce de los litigios sobre Resolución del Ministro de Economía que resuelve un recurso contra un acto de la Comisión del Mercado de la Energía

La STS de 3 de julio de 2007, Ar. 6600, reitera que el recurso que se dirige tanto contra una resolución de la Comisión Nacional de la Energía como contra otra del Ministro de Economía, al desestimar el recurso de alzada contra la anterior, sólo es recurrible, directamente y en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

b) Competencia de los Tribunales Superiores de Justicia

- a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos sobre responsabilidad patrimonial de Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social

La STS de 16 de octubre de 2007, Ar. 8156, analiza el recurso contencioso-administrativo que se interpuso contra la denegación presunta por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social de la reclamación sobre indemnización de daños y perjuicios basada en una negligencia médica padecida por el recurrente.

Pues bien, atribuida a esta jurisdicción el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, ex Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, corresponde determinar el órgano judicial que tiene atribuida la competencia objetiva y territorial al respecto. La competencia para conocer de los recursos interpuestos contra la denegación de las entidades que colaboran o están concertadas con el Sistema de Salud, en relación con las reclamaciones sobre daños y perjuicios producidos con ocasión de la asistencia sanitaria, corresponde a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, ex artículo 10.1.j) de la LJCA. Teniendo en cuenta que las Mutuas son asociaciones de empresarios que, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tienen por objeto colaborar, bajo la dirección y tutela de dicho Ministerio, en la gestión de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio, sin ánimo de lucro, y, por tanto, no pueden considerarse entidades de derecho público, ni organismos públicos, ni, en fin, entidades pertenecientes al sector público estatal, como exigen los artículos 8.3 y 9.c) de la LJCA, para atribuir la competencia, respectivamente, a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo o a los Juzgados Centrales del mismo orden jurisdiccional. De manera que se trata de un asunto no atribuido expresamente a la competencia de los órganos de este orden jurisdiccional, por lo que ha de aplicarse la cláusula de cierre del indicado artículo 10.1.j) de la LJCA.

Téngase en cuenta, en este sentido, que atendida la naturaleza de entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social de las mutuas, así como la afectación a sus fines de los medios y recursos que aquéllas gestionan, y habida cuenta de la naturaleza privada de la nueva actividad preventiva autorizada a las mutuas por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, por la Orden Ministerial de 22 de abril de 1997 se procedió, con carácter provisional, a delimitar ambas actividades, y autorizó la utilización de los medios personales y materiales afectos a los fines de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social para el desarrollo de esta nueva actividad privada, como se declara en el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno.

Por otra parte, la colaboración que prestan las mutuas con el sistema sanitario en los términos antes expuestos, no puede determinar la alteración de la distribución territorial del Estado, atribuyendo a un Tribunal Superior —diferente del lugar donde se ha producido la prestación sanitaria por la que se reclama— la competencia para conocer de tales reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de una prestación sanitaria realizada en un centro de una mutua ubicado en otra Comunidad Autónoma, cuando dicha Comunidad tiene asumidas las competencias en materia de sanidad. Siendo, a estos efectos, indiferente que se trate de la aplicación de normas estatales, como viene declarando esta Sala con una reiteración que excusa cita, en relación con la aplicación del fuero electivo previsto en la regla segunda del citado artículo 14.1 de la LJCA. Esta interpretación satisface las exigencias del mandato constitucional contenido en el artículo 152.1 de la Constitución, y evita la contradicción que supone la atribución de la competencia territorial a distinto Tribunal Superior, según que la prestación sanitaria se hubiera realizado directamente en los centros del sistema sanitario o por los de las mutuas colaboradoras.

b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra resolución sobre alta y cotización del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

Como ha señalado la STS de 10 de julio de 2007, Ar. 6688, la competencia para conocer de las impugnaciones deducidas contra actos administrativos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional viene atribuida a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, ex artículo 9.c) LJCA. Ahora bien, la citada norma contiene una excepción en relación con los actos que versen, por lo que ahora interesa, en materia de personal, como sucede en el caso examinado —desestimación presunta del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, sobre alta y período de cotización de la recurrente mientras presta servicios como personal estatutario de carácter eventual, como refuerzo para la realización de la Atención Continuada en el equipo de Atención Primaria—, por lo que resulta de aplicación el artículo 10.1.i) LJCA que atribuye la competencia en estos casos a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen del recurso contra Resolución del Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas sobre incautación de garantía

La STS de 17 de julio de 2007, Ar. 6870, nos recuerda que las cuestiones surgidas en torno a viviendas militares tienen la consideración de “cuestiones de personal”, en cuanto derivadas de una relación de servicios mantenidas por los recurrentes con el Ministerio de Defensa y concretamente de la autorización conferida a este Departamento para enajenar las viviendas desocupadas mediante concurso “entre personal al servicio del Ministerio de Defensa de acuerdo con los baremos y el procedimiento que se determinen” por la Disposición Adicional Segunda, apartado 1.f), de la Ley 26/1999, de 9 de Julio, de Movilidad Geográfica de Miembros de las Fuerzas Armadas. Por tal razón han merecido tal calificación, de cuestiones de personal, las resoluciones administrativas del organismo de referencia que convocaron concursos para la enajenación de viviendas militares, en el que sólo podían participar militares profesionales en determinadas situaciones administrativas, personal civil, funcionario y laboral en situación de servicio activo destinado en tal Ministerio o sus organismos autónomos y militares que hubiesen desalojado la vivienda que ocupaban como consecuencia de su pase a la reserva (Sentencias de 9 de mayo de 2003, cuestión de competencia 55/2002, y 13 de mayo de 2003, cuestión de competencia 703/2003); resoluciones que consideraron decaído al interesado en su derecho como adjudicatario de la vivienda por incumplimiento de las condiciones establecidas o que incrementaron anualmente los cánones de uso [Sentencias (dos) de 12 de marzo de 2003, cuestiones de competencia núms. 36 y 244 de 2001] o resoluciones relativas a devolución de cantidades indebidamente percibidas en compensación sustitutoria por razón de la vivienda (Sentencia de 23 de noviembre de 2001) o a desafectación del fin público y alienabilidad de viviendas de esta clase (Sentencia de 20 de abril de 2001, cuestión 631/2000).

En el supuesto analizado, se trata de una resolución de la Directora General Gerente del INVIFAS, que acuerda la “incautación de la garantía correspondiente a la vivienda adjudicada con provisionalidad”, en relación con la participación en el concurso para la enajenación de viviendas militares. Se trata, por tanto, de una incidencia acaecida en el régimen de adjudicación de viviendas a los que tengan la consideración profesional de militar. En este sentido, sujetas las cláusulas específicas del derecho a la adjudicación de la vivienda a la circunstancia de que su adquirente tenga la consideración profesional de militar, en cuanto es un derecho reconocido en razón de ésta, ello determina que la totalidad de la relación jurídica se tiña de aquel *status* funcional y que, por eso, a los estrictos efectos procesales en que ahora nos movemos, se le reconozca la naturaleza de cuestión de personal. En consecuencia, teniendo su origen el acto impugnado en un órgano central de una entidad pública adscrita al Ministerio de Defensa, concretamente a la Subsecretaría del Departamento, es decir, en un órgano de la Administración General del Estado con competencia en todo el territorio nacional y nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado, en materia de personal, la competencia ha de corresponder a la Sala del Tribunal Superior de Justicia ex artículo 10.1.i), en relación con los artículos 9.c) y 13.a) y c) de la LJCA.

C) Sujetos

a) Representación: se debe requerir al Colegio de Procuradores para la designación de representación procesal a los ciudadanos extranjeros

La tutela judicial, en relación concreta con los extranjeros, ha merecido una reiterada consideración en diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Así en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, se expresa que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, y que “corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”, conclusión a la que llega invocando el artículo 10.2 de la Constitución, en relación con los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. En concreto, en esta sentencia se expresa que el “derecho a la tutela efectiva, y por ello las garantías judiciales, vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros”. Asimismo la citada STC 99/1985, señala, por otra parte, en su Fundamento Jurídico 2º, párrafo 2º, que: “Es verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución es obra de españoles, pero ya no lo es afirmar que es sólo para españoles. El párrafo 1º del artículo 13 CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I CE (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo artículo 13 en su párrafo 2º) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los Tratados Internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (STC 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, FJ 4º; BOE de 21 de diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 CE constituye fundamento del orden político español (*ibidem*, FJ 3º)”.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por la Ley Orgánica 8/2000) en su artículo 22.1 reconoce el derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita cuando pueda denegárseles la entrada o decretarse su devolución o expulsión. A su vez, la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, dispone [artículo 2.a)] que “en los términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) (...) los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Artículo y apartado cuyos términos “legalmente” y

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

“residan”, fueron, respectivamente, anulado e interpretado por la STC 95/2003, de 22 de mayo. El artículo 6 de esta última Ley determina el contenido material del derecho, incluyendo dentro de éste, en su apartado 3º, la “defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”.

Es determinante también lo que disponen los artículos 16 y 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996, de 10 de enero, en el sentido de que el órgano judicial podrá de oficio o a petición de las partes “decretar la suspensión hasta que se produzca (...) la designación provisional de Abogado y Procurador si su intervención fuera preceptiva”, así como que habrá de dirigirse a los Colegios profesionales recabando el nombramiento provisional de Abogado y Procurador cuando alguna de las partes manifestara carecer de recursos económicos y hubiera urgencia en el caso (como la hay siempre en la interposición del recurso contencioso-administrativo, sometida a breve plazo de caducidad).

En el asunto enjuiciado por la **STS de 25 de octubre de 2007**, Ar. 6503, la letrada del recurrente pidió a la Sala que se le designase Procurador del turno de oficio y, en aplicación de los citados preceptos de la Ley 1/1996, la Sala debió acceder a lo solicitado y oficiar al Colegio a fin de que designara Procurador, y ello con independencia de lo que finalmente pudiera resultar sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita.

b) Legitimación

a') La mera mención de que existen pretensiones insatisfechas no justifica por sí sola la legitimación

La **STS de 26 de junio de 2007**, Ar. 6754, analiza la legitimación en procedimientos de carácter sancionador y de defensa de la competencia. La clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en un expediente abierto en virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada. La base del anclaje de un interés legitimador del denunciante en vía disciplinaria, y en este caso disciplinaria profesional, sobre la que poder sustentar una hipotética condición de parte en el procedimiento administrativo a que pueda dar lugar la denuncia, o una derivada condición de parte procesal en un ulterior recurso contencioso-administrativo de impugnación de resoluciones dictadas en aquél, ha de situarse desde la perspectiva de la existencia de un interés “real”, con la amplitud que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene interpretando el artículo 28.1.a) LJCA de 1956 por exigencias del artículo 24.1 de la Constitución, y por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional –Sentencia 143/1987, fundamento de derecho tercero–, el interés legítimo a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución –y en el que debe disolverse el concepto más restrictivo del artículo 28.1.a) de la Ley de esta Jurisdicción,

del año 1956— “equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta” —SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras—.

En el caso de autos, los actores en la instancia formularon en su momento determinada denuncia de conductas supuestamente infractoras de la Ley de Defensa de la Competencia, que fue objeto de la correspondiente instrucción por parte del Servicio de Defensa de la Competencia. En su momento, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia acordaron el sobreseimiento parcial del expediente, sobreseimiento que fue impugnado por los actores, quienes obtuvieron Sentencia favorable de la Audiencia Nacional; esta Sentencia devino firme. El referido expediente continuó respecto a otras infracciones, concluyendo en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que fue impugnado ante la Audiencia Nacional y que dio lugar a la Sentencia que se combate.

Pues bien, la admisión de la legitimación de los actores por parte de la Sentencia recurrida no es ajustada a derecho, pues no basta para justificar dicha legitimación la referencia a las pretensiones no satisfechas de incriminación por infracción del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, de imposición de sanción por la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia o de ordenación de publicación de la misma o de cesación de las prácticas prohibidas. Era preciso, sin duda, que la Sala hubiera expresado por qué la consecución de tales pretensiones afectaba favorablemente a la esfera de derechos e intereses de los actores: la mera mención de que subsistían pretensiones insatisfechas no es por sí sola justificación de legitimación, pues lo que se requiere es, justamente, ofrecer el fundamento de la legitimación para formularlas en sede jurisdiccional, como habían reclamado las partes demandadas.

b') La titularidad de una concesión para realizar una variante, suspendida por el interesado, no implica un interés legítimo para recurrir la licitación de un contrato de consultoría para una ulterior obra en una carretera preexistente

La legitimación activa es una relación fijada por la ley entre una persona física o jurídica y el contenido de la pretensión necesaria para que aquélla pueda ejercitarla ante los tribunales de justicia. En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se define, según una consolidada jurisprudencia, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

El acto impugnado en el supuesto analizado por la **STS de 26 de junio de 2007**, Ar. 6752, es una Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes por la que se anuncia la licitación del contrato de consultoría y asistencia de la Redacción del Estudio Informativo de una Carretera. El recurrente resultó adjudicatario de la concesión para construir, conservar y explotar una variante de la carretera. Dicha adjudicación fue

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

suspendida *sine die* para adaptarla al marco regulatorio derivado de la Ley de Carreteras. Paralización que tuvo lugar previa petición formulada por la titular de la concesión. Al día del inicio del procedimiento no se había efectuado la antedicha adaptación ni tampoco se había realizado la extinción de la concesión administrativa ni gestión alguna a lo largo de estos años respecto a la pretensión de vigencia de la concesión ni al prolongado alzamiento de la suspensión.

Sobre la base de la titularidad de un derecho concesional para construir, conservar y explotar una variante de la carretera que se encuentra suspendido a solicitud propia, es la que pretende ostentar un interés legítimo para petitionar a la administración, en vía administrativa, que se desistiera del contrato cuya licitación se anuncia. Sin embargo, no se vislumbra cuál sería el efecto positivo en la suspensión de la titularidad de la concesión que derivaría de un eventual desistimiento por la administración en la realización del contrato de consultoría cuestionado respecto a la previsible ampliación de una carretera que ha discurrido desde siempre en la zona en la que debía haberse construido una variante que no se ha desarrollado por haberlo así interesado en su momento la propia recurrente. La titularidad de una concesión para realizar una variante, suspendida a petición propia del interesado, no comporta un interés legítimo que permita interesar que la administración no licite un contrato de consultoría para una ulterior realización de obras en una carretera preexistente. Se encuentra, por tanto, ausente la específica relación en que la legitimación consiste.

c') Carece de legitimación una Federación de Servicios Públicos para recurrir un Decreto autonómico sobre control de calidad de servicios de acción social

En el concreto ámbito sindical el Tribunal Constitucional ha reiterado en su STC 358/2006, de 18 de diciembre, FJ 4º, que “para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado “función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores” (STC 101/1996, de 11 de junio, FJ 2º). Debe existir, además “un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5º, y 24/2001, de 29 de enero, FJ 5º)”.

La antedicha sentencia pone de relieve que ha reconocido ese interés específico en diversas sentencias. Así recordaba en la STC 203/2002, de 28 de octubre, que “hemos reconocido la existencia de ese interés específico para recurrir un Acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad aprobatorio de la dotación de determinadas plazas de profesorado (STC 101/1996, de 11 de junio FJ 3º); para impugnar el sistema de provisión de una plaza de Jefe de la policía local en un Ayuntamiento (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 6º); para impugnar las bases de la convocatoria de un concurso-oposición para la provisión de plazas de bomberos de una Diputación Provincial (STC 24/2001, de 29 de enero, FJ 4º); o para recurrir el Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento que aprobaba la plantilla orgánica del mismo (STC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 4º). En todos estos supuestos entendimos

acreditado tal interés por la conexión entre los fines y la actividad del sindicato (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores) y el objeto del pleito, centrado en actividades relacionadas con la organización administrativa. Es más, expresamente declaramos que el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 6)”.

Partiendo de que se reconoce a los sindicatos legitimación para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario es preciso, además, que exista un vínculo concreto entre los fines del sindicato y el objeto del debate en el recurso. Esta esencia es la que subyace en los pronunciamientos constitucionales citados.

En el caso analizado por la **STS de 3 de julio de 2007**, Ar. 6762, no se vislumbra cuál es la ventaja o beneficio cierto, o, en su caso, eliminación de un perjuicio, que derive para la defensa de los intereses de los funcionarios integrados en la Federación de Servicios Públicos recurrente por la prosperabilidad de su acción frente a la aprobación de un Decreto sobre control de la calidad de los centros y servicios de acción social y entidades evaluadoras de ésta en la Comunidad Autónoma. El objeto del pleito es regular el procedimiento de control y evaluación de calidad al que podrán o, en su caso, deberán someterse los servicios y centros de acción social dependientes de las personas físicas o jurídicas que lleven a cabo su actividad o presten sus servicios en el territorio de la Comunidad en el ámbito de la acción social, así como el régimen de acreditación administrativa y registro de las entidades evaluadoras de calidad de los servicios y centros de acción social. No basta con alegar que miembros del sindicato forman parte del Pleno del Consejo de Bienestar Social ni que en la función pública inspectora intervienen funcionarios al servicio de la Administración del Gobierno Autónomo.

D) Objeto

a) Es impugnabile el informe que decide, aún indirectamente, sobre los usos de edificaciones

Según la **STS de 22 de noviembre de 2007**, Ar. 8336, el Informe que decida, directa o indirectamente, sobre los usos posibles de las edificaciones a levantar en un determinado Sector es susceptible de recurso contencioso-administrativo, pues aquél dispone que los actos de trámite son impugnables si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y la aplicación razonada de las causas de inadmisión debe responder a una interpretación de las normas procesales acorde con la Constitución y realizada siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental que consagra su artículo 24.1, huyendo, pues, de toda apreciación de inadmisibilidad que pueda calificarse de rigorista, o de excesivamente formalista, o que implique una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican.

b) La aprobación de un convenio urbanístico es un acto de trámite, pero no la compraventa de unas parcelas

La STS de 3 de mayo de 2007, Ar. 8351, partiendo de la autonomía entre convenio y compraventa, concluye que la aprobación del convenio ha de ser considerado, en el momento y trámite en el que se impugna, como un acto de trámite, pero la compraventa de las parcelas, autónoma respecto del Convenio, no puede contar con tal naturaleza procesal.

c) Es posible pronunciarse sobre la titularidad de una finca para decidir sobre el inicio del procedimiento expropiatorio

Es cierto que la jurisprudencia declara que las cuestiones relativas al derecho de propiedad son de la competencia de la jurisdicción civil, y que no debe entrar a resolverlas la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trata de impugnar un asiento del Registro de la Propiedad o de poner en cuestión la titularidad del dominio que se justifica en títulos aportados al proceso. Sin embargo, la propia jurisprudencia admite que la titularidad dominical puede ser objeto de declaración prejudicial cuando no constituye la cuestión litigiosa en sí misma, sino que está íntimamente relacionada con una cuestión de carácter administrativo cuya resolución exige pronunciarse sobre aquélla, en casos en los que existan dudas sobre la titularidad pública o privada del terreno, o sobre el verdadero dueño de los bienes sujetos a expropiación forzosa, cuando no existan títulos acreditativos, entre otros supuestos análogos. Las cuestiones concernientes al dominio y a su reivindicación ciertamente competen a la Jurisdicción Civil, que es la que debe juzgar y decidir, siendo de aplicación los artículos 2.a) de la Ley de la Jurisdicción y 51 de la de Enjuiciamiento Civil, pero ello no empuja para que la competencia de esta especializada Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cual expresa el artículo 4 LJCA en primer lugar, se extienda al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal y es por ello, por lo que estando en presencia de un tema de índole prejudicial, que desde luego no es de carácter penal, devenía procedente su enjuiciamiento actual sin formular reserva de acciones y aunque la decisión que se pronuncie no produzca efecto fuera del proceso en que se dicte y pueda ser revisada por la Jurisdicción Civil, máxime cuando, el artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, preceptúa que las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho afectado y que “salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente”.

Aun cuando pudiera entenderse que el fallo de la sentencia recurrida declara de manera definitiva y plena la titularidad dominical del terreno discutido en favor del actor, no ofrece a juicio de la STS de 24 de octubre de 2007, Ar. 8165, la menor duda de que dicha declaración se hace exclusivamente en la medida en que es necesario decidir de manera prejudicial sobre la propiedad de la expresada porción de suelo en orden a resolver la cuestión litigiosa acerca de si procede o no su inclusión en el expediente de expropiación

forzosa iniciado. Al resolver esta cuestión prejudicial civil la sala de instancia no excede el ámbito que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor de lo que dispone el artículo que se acaba de citar y la jurisprudencia que lo aplica. Bien es cierto que la declaración formulada debe entenderse con carácter estrictamente prejudicial y, por lo tanto, como el expresado precepto establece, no puede producir efectos fuera del proceso contencioso-administrativo en que se ha decidido la cuestión y además deja en libertad a quien esté legitimado para ello para ejercitar las acciones que puedan caber ante la jurisdicción civil competente con el objeto de que la revise.

E) Procedimiento

a) Cuando la responsabilidad patrimonial depende de un previo pronunciamiento del orden penal, procede suspender el procedimiento contencioso-administrativo

En el caso enjuiciado por la **STS de 31 de octubre de 2007**, Ar. 8478, es evidente que de la resolución de la jurisdicción penal dependía, como la sentencia de instancia apreció, la existencia de un nexo causal entre la actuación administrativa y el daño causado ya que la vinculación de la Administración con dicho daño se realiza a partir de la circunstancia de que el causante de la muerte del hijo de los recurrentes era un preso que quebrantó la condena al no presentarse tras un permiso de fin de semana ni ser hallado por las fuerzas de orden público después de que la jurisdicción penal dispusiera su busca y captura. Es decir, que la responsabilidad de la Administración está íntimamente vinculada al hecho de la existencia del fallecimiento del hijo de los recurrentes como consecuencia de la actuación delictiva cometida por un preso en las circunstancias antes señaladas, lo cual constituye fundamento de la pretensión de la parte en el recurso contencioso-administrativo.

Así lo entendió la sentencia penal que, en definitiva, desestimó el recurso, no por no entender acreditados los requisitos exigidos por la ley, sino en base, precisamente, a la pendencia de la causa penal, puesto que en el momento de dictarse la misma no existía todavía pronunciamiento de los Tribunales de ese orden jurisdiccional acerca de la responsabilidad penal por el fallecimiento del hijo de los recurrentes. Por ello la sentencia tuvo en cuenta esta circunstancia así como el hecho de que por parte de la Administración se había acordado suspender las actuaciones administrativas en tanto no hubiera resolución del Juez de lo penal.

Hoy día está judicialmente acreditado que la persona que infringió la normativa penitenciaria y no fue localizada por las fuerzas de seguridad con posterioridad fue autor responsable del asesinato del hijo de los recurrentes. Tal circunstancia, que, de haberse producido durante la tramitación del proceso de instancia, hubiera permitido resolver el proceso al juzgador de instancia, ahora, y una vez producido el nuevo hecho del pronunciamiento penal, ha de ser tomada en cuenta para, precisamente y en base al artículo 4 LJCA que el recurrente invoca como infringido, entender producida una alteración de las circunstancias por el hecho del pronunciamiento de la sentencia condenatoria a

que antes hacíamos referencia, ello supone la inexistencia de una cuestión prejudicial perteneciente al orden penal, que en su momento impedía el pronunciamiento por este orden jurisdiccional sobre la pretensión formulada por los recurrentes y que, en el actual momento, ha de tomarse en consideración para el enjuiciamiento de dicha pretensión, una vez desaparecida la causa que en su día debió de determinar la suspensión del procedimiento contencioso-administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.2.1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que imponía la suspensión de las actuaciones acerca de la responsabilidad derivada de unos hechos que estaban siendo enjuiciados por el orden penal y que tenían, evidentemente, una influencia decisiva en la resolución a pronunciar en el ámbito contencioso-administrativo.

b) Prueba: la desidia procesal del recurrente enerva su indefensión

Para que se entienda producida la vulneración del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, son necesarias las siguientes circunstancias: a) Que se produzca una vulneración de las formas esenciales del juicio, por lo que las infracciones intrascendentes o irregularidades irrelevantes no pueden basar la impugnación. b) El quebrantamiento por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con vulneración de las normas contenidas en las disposiciones legales y en las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 CE. c) Real producción de indefensión, pues no es suficiente el quebrantamiento de una formalidad esencial si no va acompañada de una indefensión, como consecuencia de la falta denunciada, pues ello constituye el requisito que podemos considerar medular para la prosperabilidad del recurso y se requiere haber pedido la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello. La citada petición de subsanación constituye un presupuesto esencial. d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa imputable a una indebida actuación de los órganos judiciales, pues como ha reconocido la jurisprudencia constitucional (así en Sentencias 70/1984, 48/1986, 64/1986, 98/1987, entre otras) no coincide necesariamente una indefensión relevante constitucionalmente con el concepto de ésta desde el punto de vista jurídico-procesal y no se produce por cualquier infracción de las normas procesales, pues consiste, en esencia, en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, produciéndose una privación en cuanto a alegar y justificar los derechos e intereses de la parte para que le sean reconocidos o para, en su caso, replicar dialécticamente a las posiciones contrarias. e) Llegamos así a la consideración de que existe indefensión cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni trascendencia de las facultades de defensa. f) El tema de la admisión de la prueba se integra dentro de los aspectos esenciales del proceso dado que el resultado de aquélla puede afectar decisivamente al contenido de la sentencia, de suerte que una denegación indebida puede constituir el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Atendida esta posición jurisprudencial, la STS de 4 de julio de 2007, Ar. 6613, concluye que difícilmente cabe apreciar ninguna indefensión de la recurrente, la cual ni alega nada durante los dos años en que el procedimiento está pendiente de la práctica de la prueba pericial, ni evacua el trámite de conclusiones, ni recurre la providencia señalando para votación y fallo. Si la actora entendía que la práctica de tal prueba era necesaria así lo hubiera debido poner de manifiesto pidiendo la subsanación correspondiente, lo cual no hace y ni siquiera formula escrito de conclusiones, lo que después de dos años de paralización del procedimiento pone de relieve una evidente indiferencia procedimental que en modo alguno permite que quepa apreciar que se le ha generado la indefensión que alega. Por lo expuesto, no cabe apreciar una vulneración del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional.

c) Sentencias: doctrina general sobre la congruencia

La STS de 4 de octubre de 2007, Ar. 7211, nos recuerda que según la jurisprudencia la congruencia exigida por los preceptos cuya vulneración se denuncia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, 18 de octubre de 1991 y 25 de junio de 1996). Pero la falta de consideración, expresa o tácita, en la sentencia, de alguno de los motivos de nulidad –de suficiente entidad y sustantividad– esgrimidos por la parte recurrente puede ser también determinante en este orden jurisdiccional de la incongruencia de la sentencia (v. gr., Sentencia de 8 de abril de 1996).

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de congruencia se halla recogida, a partir de las Sentencias 177/1985, de 18 de diciembre y 28/1987, de 5 de marzo, entre las más recientes, en las Sentencias 28/2002, de 11 de febrero, 33/2002, de 11 de febrero, FJ 4º, 35/2002, de 11 de febrero, 135/2002, de 3 de junio, FJ 2º, 141/2002, de 17 de junio, FJ 3º, 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 2º, 186/2002, de 14 de octubre, FJ 3º, 6/2003, de 20 de enero, FJ 2º, 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3º, 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3º y 91/2003, de 19 de mayo, FJ 2º.

Con arreglo a esta doctrina, para apreciar lesión constitucional por incongruencia, que consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor. Del mismo modo, con carácter genérico y por lo que se refiere a la falta de motivación de la Sentencia, ha de precisarse que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

han señalado en innumerables resoluciones que al juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, aunque sí es obligado, desde el prisma del artículo 24.2 CE, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 196/1988, de 24 de octubre; 215/1998, de 11 de noviembre; 68/2002, de 21 de marzo; 128/2002, de 3 de junio; 119/2003, de 16 de junio).

F) Medidas cautelares

a) No procede suspender un proyecto de infraestructuras sanitarias

El auto que es objeto del recurso de casación resuelto por la **STS de 26 de septiembre de 2007**, Ar. 7169, rechazó la solicitud de suspensión cautelar de la resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes que aprobó un proyecto de infraestructura sanitaria.

En cuanto a la valoración de los intereses contrapuestos, es claro que la mejora del suministro de aguas a un municipio determinado puede requerir, cuando se trate de obras supramunicipales, un cierto sacrificio patrimonial para los titulares de suelos situados en otro municipio por donde ha de discurrir la red o infraestructura, como aquí ocurre. Si dicho sacrificio —compensable económicamente— se limita en el caso de autos a poco más de cinco mil metros cuadrados, es razonable la ponderación de los intereses que —a los meros efectos cautelares— lleva a cabo el tribunal de instancia, dando preferencia a la obra pública cuya necesidad y conveniencia no pone en duda.

b) Procede suspender el Acuerdo municipal que aprueba un Estudio de Detalle

Conforme señala la **STS de 25 de octubre de 2007**, Ar. 8171, la Administración del Estado tiene plenas atribuciones para defender la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre, según lo establecido concordadamente en los artículos 110.c) y 119 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo al interpretar en su Sentencia de 15 de diciembre de 2005 (recurso de casación 7881/2002) lo establecido en este último precepto, que habilita expresamente a la Administración del Estado para impugnar los actos y acuerdos que infrinjan lo dispuesto en la propia Ley de Costas o las normas que la desarrollan ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo con petición de suspensión. Entre los preceptos de la citada Ley de Costas, su artículo 25.1.a) prohíbe en la zona de servidumbre de protección las edificaciones destinadas a residencia o habitación, a pesar de lo cual el Estudio de Detalle, objeto de impugnación en sede jurisdiccional, autoriza que se alce un edificio sobre un solar afectado por dicha servidumbre de protección.

Lo cierto es que, de no suspenderse la eficacia del instrumento de ordenación urbanística que fija la alineación de la fachada marítima, se permitiría otorgar las oportunas

licencias para levantar una construcción en la zona de servidumbre de protección, lo que precisamente trata de evitar la acción ejercitada por la Administración del Estado, y, en consecuencia, estamos ante el supuesto contemplado en el artículo 130.1 LJCA. Cabría, conforme al apartado 2 del mismo precepto, denegar la medida cautelar interesada si la suspensión de los indicados efectos del Estudio de Detalle pudiera causar grave perjuicio a los intereses generales o de tercero, que, en este caso, serían los derivados de retrasar la ejecución de dicho instrumento de ordenación en cuanto autoriza a levantar un edificio sobre la zona de servidumbre de protección. Ahora bien, en la imprescindible ponderación de intereses públicos que una y otra Administración, estatal y local, esgrimen y defienden, la resolución comentada considera más atendible la protección de la zona de servidumbre del dominio público marítimo-terrestre que la construcción de la edificación residencial en la fachada litoral.

c) El arraigo de un ciudadano extranjero en España es causa suficiente para suspender la ejecutividad de la orden de expulsión

Las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no se compeadece con el principio de eficacia administrativa.

Sin embargo, el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 LJCA.

La **STS de 8 de noviembre de 2007**, Ar. 8183, señala que el recurrente en casación vive en España con su hermano residente legal. Así las cosas, concluye que en el caso examinado, y a los limitados efectos de esta pieza cautelar, existe un arraigo suficiente para dar lugar a la adopción de la medida cautelar instada por el actor, con la consiguiente suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado en cuanto ordenó al actor la salida obligatoria del territorio nacional en el plazo de quince días desde la notificación de dicha resolución.

d) Procede suspender una orden de demolición

La causa decisiva para acceder a la adopción de una medida cautelar es, conforme a lo establecido por el artículo 130.1 LJCA, que, de ejecutarse el acto o aplicarse la disposición, el recurso pudiera perder su finalidad legítima.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

En el caso analizado por la STS de 22 de mayo de 2007, Ar. 8355, se han impugnado las determinaciones del planeamiento municipal que prevén la construcción de un vial por el terreno donde se alza la edificación, a la que no se otorga en aquél ninguna clase de protección, que es lo que ha puesto en tela de juicio el recurrente por entender que posee méritos históricos y artísticos para ser catalogada de acuerdo con el ordenamiento jurídico que impone la protección del patrimonio histórico y cultural. Tales determinaciones no conllevan, sin embargo, la inmediata demolición del edificio por ser necesaria la aprobación de instrumentos de desarrollo o, al menos, de un proyecto de ejecución, que, en su caso, serían susceptibles de suspensión, pero no es menos cierto que el destino del edificio, según el planeamiento aprobado, es el de ser demolido, lo que podría suceder de no adoptarse una medida cautelar que lo impida. Resulta ajustada a derecho la suspensión provisional de la demolición de la edificación propiedad del demandante, pues tal eventualidad es la que haría perder al recurso su legítima finalidad, sin que para ello sea preciso suspender la eficacia de las determinaciones urbanísticas impugnadas, que podrán surtir sus efectos hasta llegar a la fase de demoler el edificio en cuestión, que es lo que debemos impedir hasta la resolución definitiva del pleito.

e) Procede suspender una licencia de obras concedida con base en una futura e hipotética revisión del planeamiento

Según la STS de 13 de junio de 2007, Ar. 8361, desde la perspectiva del *periculum in mora* es evidente que el análisis de la medida cautelar cuestionada no puede tomarse en consideración de forma aislada e individualizada, como si fuera la única licencia concedida por el Ayuntamiento, cuando la realidad, claramente deducida de las actuaciones, pone de manifiesto que se trata de una actuación generalizada de la Corporación permitiendo un genérico proceso edificatorio opuesto al planeamiento en vigor y “a cuenta” de una futura e incierta revisión del planeamiento; ello, sencillamente, implica una alteración y pervisión del sistema urbanístico que impide que las licencias urbanísticas de obras desempeñen la función y cometido para el que fueron concebidas por el legislador, y que no es otro que el de un mecanismo de control a desempeñar por la Administración local para que lo que se construye y edifica se ajuste a la legalidad vigente. Por ello, no ofrece duda alguna que la generalización del mencionado sistema de actuación —y la proliferación de edificaciones pendientes de legalización con base en una futura e hipotética revisión del planeamiento— haría inviable —debido a tal proliferación y consumación— la posibilidad de ejecución de una futura sentencia, por lo que se estaría haciendo perder su finalidad legítima al recurso, lo que significa que, de ejecutarse el acto que en este recurso se revisa —y otros generalizadamente similares— se estarían creando 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.

G) Costas: son excesivas las costas del Abogado del Estado por un escrito de oposición al recurso de casación en el que se limita a transcribir la sentencia recurrida sin hacer referencia a los motivos

La STS de 26 de septiembre de 2007, Ar. 7020, estima la impugnación de tasación de costas pues la labor profesional puesta de manifiesto en el muy sucinto escrito de oposi-

ción al recurso de casación se limita, en realidad, a poco más que transcribir la sentencia impugnada, sin que en él se haga referencia al primero de los dos motivos casacionales deducidos. En tales condiciones, la impugnación —frente a la cual el Abogado del Estado no ha formulado alegaciones— ha de ser acogida y reducida la partida de honorarios.

H) Procedimiento Especial de Protección de Derechos Fundamentales: requisitos del escrito de interposición

La STS de 12 de abril de 2007, Ar. 8346, analiza la doctrina relativa a los requisitos formales que han de ser cumplidos para que pueda ser utilizado el procedimiento especial de la Ley 62/1978, y a los poderes de que dispone el correspondiente órgano jurisdiccional para decidir si la elección de tal procedimiento especial se ha realizado o no de manera correcta, en aras de evitar *ab initio* una indebida o fraudulenta utilización de dicho instrumento procesal.

El núcleo de esa doctrina se puede sintetizar en la necesidad de que, ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y a los efectos de una primera constatación de la viabilidad del cauce procesal especial utilizado, se han de definir los elementos que permitan comprobar que la pretensión procesal es ejercitada en relación a actos que se considera infringen el derecho fundamental cuya tutela se postula a través del proceso. Y esa exigencia formal habrá de considerarse cumplida cuando la fundamentación de la pretensión incluya estos elementos: la indicación del derecho fundamental (de uno o varios) cuya tutela se reclama; la identificación del acto que se considere causante de la infracción de aquel derecho, y, aunque sea mínimamente, una exposición de las razones y circunstancias por las que se entiende que el concreto acto que se impugna tiene virtualidad para lesionar de manera directa uno o varios derechos fundamentales. Debe señalarse, por último, que el examen que a estos efectos ha de realizar el Tribunal habrá de limitarse a constatar si la fundamentación de la pretensión incluye esos elementos, pero no deberá prejuzgar su certeza ni su corrección jurídica.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto: no es posible recurrir contra autos que requieren información sobre la forma de ejecutar una sentencia

En el caso analizado por la STS de 26 de septiembre de 2007, Ar. 7170, habiendo dispuesto el auto originario únicamente que se requiriera al Ayuntamiento a fin de que enviara a la Sala copia del expediente de modificación de las Normas Subsidiarias (lo que no es decidir nada sustancial sobre la ejecución de la sentencia), los autos posteriores no pueden añadir nada a ese contenido. Lo que aquí se impugna en casación es un auto que confirma otro que se limita a requerir al Ayuntamiento para que remita a la Sala copia del expediente de modificación de las NNSS y para que informe de los actos e informes que recaigan en su tramitación. Ésa es una resolución meramente interlocutoria, que no

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

es susceptible de recurso de casación [artículos 87 y 98.2.a) LJCA], y que, por ello, hace a éste inadmisibile, al no decidir nada sobre la ejecución o inejecución de la sentencia, ni siquiera que sea o no aplicable lo que resulte de tal expediente.

B) Admisión

a) Las ofertas públicas de empleo no determinan el nacimiento de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera

Según la **STS de 25 de junio de 2007**, Ar. 6562, la oferta pública de empleo impugnada no es, desde luego, una disposición de carácter general sino un acto administrativo dictado al amparo de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por medio del cual se da a conocer la previsión sobre las plazas que se ofertarán a lo largo del ejercicio. Es un acto dictado en materia de personal, pero no determina el nacimiento de ninguna relación de servicio pues ni siquiera alberga la convocatoria de la plaza. En consecuencia, la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia resolviendo el recurso contencioso-administrativo dirigido contra ese acto no es susceptible de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.2.a) de la LJCA.

b) Las Instrucciones de servicio no tienen naturaleza normativa

En la **STS de 27 de junio de 2007**, Ar. 6585, se aplica lo dispuesto en el artículo 86.2.a) de la LJCA, que exceptúa de la susceptibilidad de recurso de casación a “las sentencias que se refieran a cuestiones de personal de las Administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera”, ya que el litigio enjuiciado por la sentencia recurrida, al ir referido a los permisos que corresponden a determinados funcionarios, versa sobre materia de personal que no concierne al nacimiento o extinción de la relación funcional. Y sin que tampoco sea de aplicación lo establecido en el apartado 3 del mencionado artículo 86 de la LJCA, porque la actuación administrativa a la que es referido el pronunciamiento anulatorio de la sentencia recurrida, al ser una mera Instrucción de servicio, carece de naturaleza normativa y no puede ser encuadrada en la disposición de carácter general que se contempla en el precepto procesal de que se viene hablando. La lectura de esa Instrucción pone de manifiesto que tiene el significado y alcance que se señala a las instrucciones y Órdenes de servicio en el artículo 21 de la Ley 30/1992. Lo que en ella hace la Dirección General que la acuerda es elaborar unos criterios, dirigidos a los órganos administrativos internos, en relación a las decisiones que deban adoptar en materia de cómputo temporal a los efectos de conceder permisos a los funcionarios dependiente de dicha Dirección General.

El carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende sólo de la clase de materia sobre la que verse sino del alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano admi-

nistrativo y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos, sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la LRJPAC. Se tratará de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y, paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten.

La Instrucción sólo puede ser valorada como representativa de una orden jerárquica, relativa a un determinado criterio de interpretación y aplicación jurídica y dirigida a sus subordinados por el Director, para que lo apliquen en los actos que hayan de dictar sobre la materia a que se refiere dicha Circular; y que no excluye, como ya se ha dicho, la impugnación de la validez de ese criterio, que podrá plantearse a través de los recursos que se interpongan contra los concretos actos administrativos que realicen su aplicación.

C) Motivos

a) No se puede reiterar, sin más, la argumentación vertida en la instancia precedente, sino criticar la sentencia concreta

En el supuesto de la STS de 20 de septiembre de 2007, Ar. 7148, en la mayor parte de su escrito de interposición la parte recurrente se limita a repetir de forma literal la argumentación vertida en su demanda, sin alteración sustancial alguna y sin añadir ningún argumento de interés específicamente referido a la amplia fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, de la que se prescinde por completo. Olvida esta parte, al proceder así, que la mera reiteración de los argumentos expuestos en la instancia resulta incompatible con la técnica procesal de la casación, cuyo objeto es la impugnación de la resolución judicial recurrida y no el acto administrativo, y en el que el debate y consiguiente examen del litigio por el Tribunal Supremo queda limitado a la crítica de las eventuales infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido la resolución judicial que pretende ser casada, y no la resolución administrativa precedente. De ahí que constituya una desnaturalización del recurso de casación repetir lo alegado ante el Tribunal *a quo*, limitándose el recurrente a manifestar su disenso frente a la sentencia recurrida, pero sin razonar adecuadamente las infracciones jurídicas de que adolece, a su juicio, la resolución judicial impugnada. Lo contrario supondría convertir la casación en una nueva instancia o, lo que sería igual, confundir este recurso extraordinario con un recurso ordinario de apelación. En definitiva, el presente recurso no contiene una verdadera crítica fundada de la sentencia de instancia, lo que es razón suficiente para su desestimación.

b) No se puede invocar sólo la infracción de doctrina del Tribunal Constitucional

La STS de 26 de junio de 2007, Ar. 6579, nos recuerda que la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional no puede ser formulada directamente como motivo de casación. Las leyes procesales, cuando se refieren a la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, lo hacen a la del Tribunal Supremo en los términos en que aparece reseñada en el artículo 161.1.a) de la Constitución como instrumento de interpretación de dicho Tribunal.

c) Contra autos dictados en ejecución de sentencia se pueden invocar los motivos del artículo 88.1 LJCA

La STS de 2 de octubre de 2007, Ar. 7206, destaca que si bien es cierto que existe la doctrina sobre que no cabe invocar los motivos de casación previstos en el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción cuando se trata de un recurso de casación interpuesto contra auto recaído en ejecución de sentencia, no cabe olvidar que también que existen otras sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que permiten y e incluso aceptan que se invoquen los motivos previstos en el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, y también que el recurrente lo que cuestiona es que la Sala de Instancia no ha incluido en la indemnización señalada una partidas que sí que se debían incluir de acuerdo con los términos de la sentencia que se trataba de ejecutar y que por tanto se ha de inferir que se alega que la resolución impugnada no ha ejecutado adecuadamente la sentencia sobre la que por auto firme se declaró de imposible ejecución. Es procedente, por tanto, analizar conjuntamente los dos motivos de casación que el recurrente aduce, uno, al amparo del artículo 881.c) y, el otro, al amparo del artículo 88.1.d), porque la petición final de uno y otro es que le reconozcan las cantidades pedidas en la instancia.

d) Doctrina sobre el motivo del artículo 88.1.c) LJCA

La STS de 18 de julio de 2007, Ar. 6877, nos recuerda que para que se entienda producida la vulneración del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, son necesarias las siguientes circunstancias: a) Que se produzca una vulneración de las formas esenciales del juicio, por lo que las infracciones intrascendentes o irregularidades irrelevantes no pueden basar la impugnación. b) El quebrantamiento por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con vulneración de las normas contenidas en las disposiciones legales y en las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 CE. c) Real producción de indefensión, pues no es suficiente el quebrantamiento de una formalidad esencial si no va acompañada de una indefensión, como consecuencia de la falta denunciada, pues ello constituye el requisito que podemos considerar medular para la prosperabilidad del recurso y se requiere haber pedido la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello. La citada petición de subsanación constituye un presupuesto esencial. d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa imputable a una indebida actuación de los órganos judiciales, pues como ha reconocido la jurisprudencia constitucional (así en Sentencias 70/1984, 48/1986, 64/1986, 98/1987, entre otras) no coincide necesariamente una indefensión relevante constitu-

cionalmente con su concepto desde el punto de vista jurídico-procesal y no se produce por cualquier infracción de las normas procesales, pues consiste, en esencia, en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, produciéndose una privación en cuanto a alegar y justificar los derechos e intereses de la parte para que le sean reconocidos o para, en su caso, replicar dialécticamente a las posiciones contrarias. e) Llegamos así a la consideración de que existe indefensión cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni trascendencia de las facultades de defensa. f) El tema de la admisión de la prueba se integra dentro de los aspectos esenciales del proceso dado que el resultado de aquélla puede afectar decisivamente al contenido de la sentencia, de suerte que una denegación indebida puede constituir el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

3 RECURSO DE REVISIÓN

A) Motivos: la disidencia no integra una maquinación fraudulenta susceptible de viciar la decisión jurisdiccional

El artículo 102.1.d) LJCA establece que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme “si se hubiere dictado en virtud de cohecho, prevaricación, violencia, u otra maquinación fraudulenta”. La **STS de 14 de septiembre de 2007**, Ar. 6943, reitera que para que prospere el motivo invocado por las partes es preciso probar la realidad o certidumbre de haberse realizado maquinaciones fraudulentas o engañosas; que tales maquinaciones hayan torcido erróneamente la conciencia o voluntad del Juzgador, y que la sentencia sea injusta. La maquinación fraudulenta en los procesos judiciales tiene un componente psicológico o intelectual muy importante, pues se trata de convencer, sin razón alguna, a un Tribunal de Justicia, mediante argumentos equívocos o sesgados, por supuesto, bien presentados retóricamente y también aportando el componente fáctico adecuado, pues para que tales argumentos sean convincentes deben estar acompañados por una adecuada y artificiosa exposición de los hechos, no omisión de éstos, que incluso pueden llegar algunas veces a la falsedad, en cuyo caso estaríamos ante el motivo de la letra c) del apartado 1, del artículo 102.c) de la Ley Jurisdiccional.

En el caso de autos ninguna maquinación fraudulenta se ha producido. En la instancia el Juzgado reconoció la pretensión de los actores, pero la Sala de la Audiencia Nacional revocó la sentencia inicial al interpretar de forma distinta la normativa aplicable al caso litigioso. Es obvio que los recurrentes no comparten las razones en las que la sentencia recurrida se basa para estimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, pero el recurso de revisión no es el cauce adecuado para expresar tal disidencia, o un modo subrepticio de reiniciar y reiterar un debate ya finiquitado mediante una sentencia firme. Estimado el recurso de apelación es cuando los recurrentes pretenden justiciar su fracaso procesal en la idea de que la Sala fue engañada por una maquinación fraudulenta,

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cuando lo cierto es que simplemente no estimó los fundamentos de derecho invocados ni la pretensión ejercitada, en contra del criterio seguido por el Juzgador. Por otra parte, no puede considerarse como elemento constitutivo de la maquinación fraudulenta la postura contraria y reiterada de la Sala de la Audiencia Nacional en lo tocante a los derechos de los recurrentes frente a los reconocidos a los activos y otros miembros del estamento militar, pues esta alegación no puede suplir la exigencia de la prueba previa de hechos que por sí mismos evidencien que la sentencia fue ganada por medio de ardides y artificios de la contraparte, dirigidos a impedir la defensa del adversario procesal, hechos que en este caso ni siquiera se han concretado.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos

(Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

[El Justicia de Aragón, 2008]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Nos obsequia el profesor don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en este libro con un estudio de un tema de máxima actualidad y relevancia, y no libre de polémica, como es el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. Además lo hace, no sólo con el rigor que caracteriza su prolija obra, sino que también desde la interesantísima perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia resulta de lo más sugestiva, pero no siempre es tenida en cuenta como se merece.

Este trabajo se divide en una introducción y dos partes. Así comienza el autor adentrando al lector en el enigmático pero importantísimo ámbito de este derecho fundamental, comenzando, como debe hacerse, por los orígenes de la actual previsión de este derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950 y con sus correspondientes protocolos, es decir, el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derecho Humanos de 10 de diciembre de 1948, que ya habla entonces de que “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

No debe olvidarse, como bien señala el citado profesor que, además, este tema enlaza

con otros tan sugerentes como la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el peso de todo ello sobre el sistema educativo.

Concluye esta introducción, tras el análisis de la citada Declaración y de asuntos, tanto españoles como extranjeros, que han sido significativos, como el caso “Honrad c. Alemania”, que vincula el autor con el logro de la generalización de la enseñanza obligatoria y la aspiración de unos padres a que sus hijos no se escolaricen por razones religiosas; el caso de “Las Doce Tribus”, donde se plantearon problemas similares en nuestra país, el asunto de “Los Niños de Dios”, respecto a la pugna por la escolarización de un grupo de menores; o la sentencia sobre el “Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España”, en cuanto a la educación de los hijos y el proselitismo; con un detallado estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de los padres a escoger la educación de los hijos por razones religiosas y filosóficas.

La primera parte de esta monografía está dedicada al análisis de las normas, sin embargo, el autor además de dar a conocer al lector la regulación aplicable a este tema nos ilustra al respecto a través de la exposición del contexto de dicha normativa, junto al tratamiento pormenorizado de temas tan apasionantes como la educación como una función del Estado, el derecho a la educación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la persona como destinataria del derecho a la educación y el papel de la familia, los sujetos que intervienen en la relación jurídica, es decir, padres, Estado e hijos, o la escolaridad obligatoria y su control.

La segunda parte del libro se centra en la respuesta que a todos estos problemas y muchos otros de interés en la materia ha dado la jurisprudencia, especialmente del TEDH, pero también de otros Tribunales como en cuanto a la STC 260/1994 en el caso de “Los Niños de Dios”, que es el punto de partida de esta parte en la

que estudia temas tan interesantes y polémicos como el de la enseñanza de la educación sexual, los castigos corporales a niños en las escuelas, la incidencia de las creencias pacifistas de los padres y, especialmente, la educación religiosa y todo lo que ello conlleva.

Finalmente, y antes del Anexo en que se recogen las referencias a las principales sentencias y decisiones del TEDH, expone el autor, con brevedad y precisión, las conclusiones a las que el estudio de todo lo anterior le ha llevado, y de entre las que cabe destacar la primera y la última, que se refieren, de un lado, al innegable derecho de los padres como garantía frente a posibles actuaciones del Estado reprobables, pero de otro también, el deber de éste en caso de conflicto de garantizar el derecho del niño a la educación.

A. FANLO LORAS

La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas (Estudios y dictámenes jurídico-administrativos)

[Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2007, 453 páginas]

El trasvase Tajo-Segura y su instrumentación jurídica. Naturaleza, significado y alcance del título legal de reconocimiento

[Civitas, Navarra, 2008, 189 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Nos encontramos con dos obras del profesor Antonio FANLO, uno de los especialistas en la materia, relacionadas con el agua y su tratamiento jurídico, algo que hoy, aunque ya desde hace bastante tiempo, viene siendo un tema que se encuentra en pleno debate jurídico y político.

En la primera de ellas se estudia el tema de las cuencas hidrográficas, concepto en torno al cual, como bien es sabido, gira la gestión de las aguas, propugnando en dicho libro el mantenimiento del principio básico de la unidad de gestión de éstas, así como la

conveniencia de centralizar en el Estado la gestión y la política del agua.

Ambos aspectos los trata el autor en la introducción de esta monografía, a lo largo de la cual y a través de sus dos secciones (Estudios y Dictámenes) y de sus catorce capítulos, hace una exposición amplísima y global del tema, analizando y estudiando temas tan relevantes como los siguientes: la configuración y significado de las Confederaciones Hidrográficas, las cuencas hidrográficas, las demarcaciones hidrográficas, el principio de cuenca y la configuración de la Administración del agua en los actuales procesos de reforma, la ruptura del principio de unidad de la cuenca y, en concreto, el Plan de Protección Integral del Delta del Ebro, la anulación por el Tribunal Supremo del Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar, la articulación de las competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión del agua, la pesca fluvial, el régimen de fijación de los caudales ambientales del tramo final del río Ebro, la atribución de la cuenca del Guadalquivir a la Comunidad Autónoma de Andalucía, la reserva para uso exclusivo de los aragoneses, las obras de emergencia para la restauración de cauces y competencias autonómicas de medio ambiente, la competencia en materia de transporte fluvial y dominio público hidráulico o el régimen de explotación de embalses, deslinde del dominio público hidráulico y competencias autonómicas de ordenación del territorio y urbanismo. De tal modo que sin lugar a duda en esta obra se pueden encontrar estudios respecto de las más variadas cuestiones que hoy preocupan y resultan relevantes en la gestión de las aguas.

El segundo libro del citado autor se centra en el caso concreto del trasvase Tajo-Seguro y su instrumentación jurídica. En esta monografía, podría decirse que se hace principalmente un balance, desde el plano jurídico, de las ventajas e inconvenientes del trasvase Tajo-Segura que, como el propio autor afirma, ha permitido corregir en parte el déficit hidrológico histórico del sureste español, siendo considerada su ejecución y explotación como la mayor infraestructura hidráulica de España y obra de Estado concebida

como un ambicioso proyecto de ordenación y planificación de las aguas, tomando las excedentarias de la cuenca del Tajo para su aprovechamiento en la deficitaria del Segura, si bien y acertadamente con cierta prudencia, pues los años que han transcurrido desde la Ley 21/1971 han puesto de manifiesto que no siempre habrá excedentes, además entiende el autor que habría sido aconsejable fijar más claramente una serie de condiciones, siendo así que considera que es necesario, tras esta experiencia, fijar al respecto un marco legal claro, seguro y consensuado que subsane las muy diversas lagunas e insuficiencias que a lo largo de este libro va evidenciando su autor.

Hasta llegar a dichas conclusiones ofrece el autor una visión jurídica de este tema, abarcando un amplio abanico de cuestiones, así comienza exponiendo el marco jurídico de dicho trasvase, las normas originarias, su evolución y desarrollo y sus propias consideraciones respecto de dicho marco jurídico. Y continúa analizando ampliamente los derechos de los usuarios del aprovechamiento Tajo-Segura, tanto en cuanto a la forma de adquisición, el contenido y alcance, las distintas tesis doctrinales, jurisprudenciales y legales acerca del título de aprovechamiento de esos usuarios, la concesión, la modificación y extinción, etc., para finalmente llegar a las citadas conclusiones y balance final del tema tratado.

J.L. RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO

Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del sistema nacional de salud español

[Civitas, Navarra, 2008 (Prólogo de Juan Carlos Rodríguez Ibarra), 502 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Una de las diversas consecuencias de la situación actual que vive nuestro sistema, desde el plano territorial, es decir, lo que el profesor SOSA WAGNER ha dado en llamar en uno de sus libros “El Estado fragmentado”, es sin duda uno de los capitales derechos de todo ciudadano como es la sanidad.

Y es este tema y esta perspectiva la adoptada en el libro que nos presenta Juan Luis RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, buen conocedor de la materia pues fue Consejero de Sanidad desde el primer Gobierno regional hasta las elecciones autonómicas de 1991, año en que fue elegido Presidente de Asturias; pues, como bien señala Juan Carlos RODRÍGUEZ IBARRA en el prólogo a esta obra, este libro es una reflexión sobre el sistema sanitario español que abarca mucho más que el objeto aparente de éste, pues el autor utiliza la sanidad para poner delante de nuestra visión las ventajas y los riesgos de un sistema autonómico sobre el que, al lado de las reflexiones de los teóricos, faltan pronunciamientos políticos que nos permitan saber a qué y con qué estamos jugando.

Y para llevar a buen término este estudio, como su autor hace, junto a una aproximación general al tema en la que trata los servicios de la sanidad pública, como agentes decisivos del bienestar económico de los españoles; el Sistema Nacional de Salud español, en cuanto realidad virtual y problemática, y en cuanto modelo sanitario que aún no está en fase crítica, pero que puede llegar a estarlo; así como su consideración de que España también en sanidad es diferente, analiza la cuestión en siete capítulos que ofrecen al lector un panorama amplio y completo del tema.

Así, en el primero de ellos estudia lo que denomina, sugerentemente, “de la sanidad pública para los pobres a la cobertura sanitaria universal”, es decir, la importante evolución experimentada desde la Beneficencia Pública y el Seguro Obligatorio de Enfermedad, hasta la protección de la salud como principio constitucional rector de la política social y económica del Estado español. El segundo capítulo se destina al cambio sanitario, en cuanto analiza principalmente la reforma sanitaria iniciada en los años ochenta. Mientras en el capítulo tercero se habla de la universalización y el carácter gratuito de los servicios del sistema nacional de salud español.

Es a partir del cuarto, cuando, adoptando la perspectiva señalada y exponiendo cuestiones de máximo

interés al respecto, expone los factores de integración y de fragmentación en la organización del sistema nacional de salud, haciendo aquí especial hincapié en los efectos de la multiplicidad de las formas de gestión sanitaria sobre la integración del SNS. Asimismo y en esta dirección, el capítulo quinto analiza la integración de servicios en las Comunidades Autónomas y la disgregación de las políticas relativas al personal sanitario; en el sexto la descentralización y coordinación del sistema nacional de salud y en el séptimo los problemas de la financiación sanitaria y de la consolidación del sistema.

En fin, esta monografía no sólo trata un tema que a todos interesa y afecta, como es la sanidad, sino que pone de manifiesto las consecuencias reales que tiene, en un tema tan importante como la salud y su tratamiento, la fragmentación que nuestro sistema está sufriendo y sus importantísimas y palpables consecuencias prácticas.

M. CUETO PÉREZ

Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas

[Civitas, Navarra, 2008, 232 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En los últimos tiempos y por efecto de alguna de las principales políticas, especialmente europeas, que se están llevando a cabo, por ejemplo, el mercado único europeo, es cada vez más evidente el acercamiento, cuando no confusión, entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Así, desde que se rompe la separación entre Estado y Sociedad, se han venido desvaneciendo con mayor fuerza los límites precisos entre ambas partes del De-

recho. Y algunas de esas consecuencias son analizadas por la profesora Miriam CUETO en esta monografía y, en concreto, ella estudia principalmente la aplicación del Derecho Público a entes privados.

De este modo y a lo largo de siete parágrafos va exponiendo la autora aquellos temas que considera más relevantes en cuanto al tema analizado, así comienza con el estudio de la intervención de los sujetos privados en el desarrollo de funciones públicas, que es precisamente lo que lleva a la aplicación a éstos del Derecho Administrativo. Ése es en gran medida el segundo aspecto analizado por la autora: la aplicación del Derecho Administrativo a las personas jurídico-privadas de las Administraciones Públicas, tanto las sociedades mercantiles, valga de ejemplo, el caso de Correos, como las fundaciones del sector público.

Inevitablemente otro de los temas a tratar es la gestión indirecta de servicios públicos y la aplicación del Derecho Administrativo a los concesionarios y contratistas. Sin embargo, no olvida la autora otros supuestos como las corporaciones de Derecho público, las entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas, las empresas prestadoras de servicios liberalizados y las empresas privadas sujetas a la legislación sobre contratación pública. De tal modo que este libro responde al estudio de los cambios que se están experimentando en nuestra rama del Derecho como consecuencia, principalmente, de su fuerte vinculación al contexto político, económico y social, pues como ya advirtiera P. WEIL, "El Derecho Administrativo no es ni puede ser un derecho como los restantes: se podría decir, si estas palabras tuvieran significado, que es un derecho político y no un derecho jurídico (...) Tiene sus raíces en problemas tan fundamentales de la ciencia política como son las relaciones del Estado con el ciudadano, la autoridad con la libertad, la sociedad con el individuo".

M. OLLER RUBERT

Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho Administrativo

[Atelier, Barcelona, 2008 (Prólogo del Profesor Ricardo García Macho), 357 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como ya se ha dicho con anterioridad, en la actualidad el Derecho Público y Privado se entrelazan en diversos temas, y aunque se trate de regímenes de derecho diferentes se incardinan y pertenecen a un sistema u ordenamiento jurídico unitario, como bien señala el profesor GARCÍA MACHO en el prólogo de esta obra, para adentrarnos a la denominada reforma del Derecho Administrativo en una materia de gran complejidad y carácter dogmático en la materia tratada por la autora, en lo que fuese su tesis doctoral, es decir, la gestión del saneamiento de las aguas residuales, dando así a la cuestión una perspectiva actual e interesante.

Este interesante estudio se divide en dos grandes partes: la primera dedicada a lo que la autora llama “las coordenadas del saneamiento”, mientras que la segunda se destina a la intervención de agentes privados en el saneamiento de las aguas residuales, en la perspectiva ya señalada que se adopta en este libro.

Dentro de esa primera parte se analiza tanto el Derecho ambiental como modelo de renovación, como el servicio de saneamiento de las aguas residuales, centrandó así el objeto del estudio.

En la segunda parte se exponen cuestiones como las siguientes: el planteamiento previo a la experiencia de participación de particulares en la prestación del servicio de saneamiento; el carácter local del saneamiento de las aguas residuales; los mode-

los de gestión pública y privada en el saneamiento de las aguas residuales, así como otros enfoques en el estudio de nuevos modelos de gestión del servicio de saneamiento.

De tal modo que además de tratarse de un estudio completo y riguroso, la autora nos ofrece una perspectiva esencial en temas como el tratado, es decir, los cambios o reforma del Derecho Administrativo y su adaptación, por ejemplo, a la intervención de agentes de Derecho Privado.

LEX NOVA

Código de Normas Políticas

[Lex Nova, Valladolid, septiembre 2008, 562 páginas]

LEX NOVA

Este Código de Normas Políticas forma parte de la colección “Normas Fundamentales”, donde Lex Nova pone a disposición de estudiantes y profesionales del derecho las principales normas del ordenamiento jurídico como nunca antes se habían visto.

Este título es un texto anotado y concordado de la Constitución Española y de una selección de la normativa más relevante relacionada con la materia, acompañado de índices sistemáticos y analíticos que permiten una fácil localización de cualquier norma o concepto jurídico de interés para el usuario.

La adquisición de esta obra conlleva múltiples ventajas, entre ellas, la posibilidad de acceder, a través de la página www.lexnova.es, a toda la normativa vigente y consolidada contenida en este código así como a otras normas, también actualizadas y consolidadas, no incluidas.

Además, se pone disposición del adquirente la posibilidad de actualizar todas las normas de la obra, en un formato imprimible con

la finalidad de asegurar en todo momento la puesta al día del Código, lo que constituye una importante herramienta tanto para juristas como para estudiosos de la materia.

La compra de cualquier Código de la colección implica, a su vez, el acceso a nuestro servicio de notificaciones de modificaciones normativas, por correo electrónico y la descarga de cuatro documentos: convenios, sentencias, formularios, modelos, etc., de los principales sectores de nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, se permite acceder de forma ilimitada al servicio de ayudas y subvenciones, y a otros servicios *on line* (artículos, documentos, supuestos prácticos, proyectos de ley, calendarios laborales, datos del IPC, etc.)

Finalmente, y de forma totalmente gratuita, también podrá suscribirse a nuestra Gazeta; boletín electrónico de información semanal para que sea el primero en conocer lo último.

Este título es un texto anotado y concordado de una cuidada selección de la normativa más relevante relacionada con esta materia, acompañado de índices sistemáticos y analíticos que permiten una fácil localización de cualquier norma o concepto jurídico de interés para el usuario.

La adquisición de esta obra conlleva múltiples ventajas, entre ellas, la posibilidad de acceder, a través de la página www.lexnova.es, a toda la normativa vigente y consolidada contenida en este código así como a otras normas, también actualizadas y consolidadas, no incluidas.

Además, se pone disposición del adquirente la posibilidad de actualizar todas las normas de la obra, en un formato imprimible con la finalidad de asegurar en todo momento la puesta al día del Código, lo que constituye una importante herramienta tanto para juristas como para estudiosos de la materia.

La compra de cualquier Código de la colección implica, a su vez, el acceso a nuestro servicio de notificaciones de modificaciones normativas, por correo electrónico y la descarga de cuatro documentos: convenios, sentencias, formularios, modelos, etc., de los principales sectores de nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, se permite acceder de forma ilimitada al servicio de ayudas y subvenciones, y a otros servicios *on line* (artículos, documentos, supuestos prácticos, proyectos de ley, calendarios laborales, datos del IPC, etc.)

Finalmente, y de forma totalmente gratuita, también podrá suscribirse a nuestra Gazeta; boletín electrónico de información semanal para que sea el primero en conocer lo último.

LEX NOVA

Código Administrativo

[Lex Nova, Valladolid, septiembre 2008, 888 páginas]

LEX NOVA

Este Código Administrativo forma parte de la colección “Normas Fundamentales”, donde Lex Nova pone a disposición de estudiantes y profesionales del derecho las principales normas del ordenamiento jurídico como nunca antes se habían visto.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

