



Justicia

Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

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] Los derechos fundamentales de los extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre

CARLOS ORTEGA CARBALLO

- [51] La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP o el último ataque a los Principios Constitucionales reguladores del acceso al Empleo Público

JORGE FONDEVILA ANTOLIN

- [31] La cuestión de ilegalidad como imprescindible mecanismo de cierre del sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales

MATILDE CARLÓN RUIZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [69] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

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

J. GARCÍA ROCA

- [99] III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

- [131] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

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

A. MENÉNDEZ REXACH

- [165] VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

- [177] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

- [199] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

F. LÓPEZ MENUDO

- [213] IX. RESPONSABILIDAD

ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

- [227] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [241] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [247] XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

- [269] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

- [281] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

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

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

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

G. FERNÁNDEZ FARRERES

[335] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Los derechos fundamentales de los extranjeros después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre

CARLOS ORTEGA CARBALLO

Letrado del Tribunal Constitucional
Letrado del Tribunal de Cuentas

Resumen

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 236/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE

Las últimas Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros han abordado las dudas de constitucionalidad que se habían planteado, principalmente, sobre la distinción que la legislación de extranjería realizaba entre extranjeros con o sin autorización de estancia o de residencia en nuestro país, para el ejercicio de determinados derechos fundamentales. En síntesis, el Tribunal considera que, si bien el legislador puede establecer determinados condicionamientos a los extranjeros que carezcan de autorización de residencia, para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, lo que no puede hacer es impedir totalmente ese ejercicio, basándose, exclusivamente, en la irregularidad de su situación jurídica en España. Se ha considera-

do contrario a la Constitución que la ausencia de autorización de residencia sea suficiente para eliminar de la esfera jurídica del extranjero el derecho de reunión, asociación, sindicación (STC 236/2007); por otra parte, respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita, reiterando la doctrina de la STC 95/2003, se vuelve a afirmar que el extranjero tiene derecho a la misma en iguales condiciones que los españoles. Sobre el derecho a la educación –obligatoria y no obligatoria–, y el derecho a la huelga, también se ha declarado contraria a la Constitución la exigencia para su disfrute de la condición de residente legal.

En definitiva, se ha dado un paso más en la consolidación del principio de igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros.

Abstract

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE FOREIGNERS AFTER THE CONSTITUTIONAL COURT SENTENCE 236/2007, OF NOVEMBER 7TH

The last Sentences passed by the Constitutional Tribunal on the fundamental rights of the foreigners, have tackled the doubts of constitutionality that had raised, mainly, on the distinction that the alienage legislation made among foreigners with or without stay or residence authorization in our country, for the exercise of certain fundamental rights. In brief, the Court considers that, although the legislator can establish certain conditioning to the foreigners lacking of residence authorization, for the exercise of certain fundamental rights, what he cannot do is to impede that exercise totally, basing, exclusively, on the irregularity of his juridical situation in Spain. It has been considered contrary to the Constitution that the absence of resi-

dence authorization is enough to eliminate of the foreigner's juridical sphere the rights of meeting, association, unionization (STC 236/2007); moreover, regarding to the right to free legal aid, reiterating the doctrine of the STC 95/2003, it is again declared that the foreigner is entitled to the same one in equals conditions that the Spaniards. On the right to the education -obligatory and not obligatory-, and the right to the strike, it has also been declared contrary to the Constitution the requirement for its enjoyment of the condition of legal resident.

Definitively, a step has been given in the consolidation of the principle of juridical equality among national and foreigners.

Sumario:

I. Introducción. II. Derecho de reunión. III. Derecho de asociación. IV. Derecho a la educación. V. Derecho a la sindicación. VI. Asistencia jurídica gratuita. VII. Derecho a la huelga. VIII. Otros pronunciamientos del Tribunal. IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Como continuación al artículo publicado en el número 37 de esta Revista, el presente trabajo pretende dar cuenta de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los extranjeros.

Después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extran-

jeros en España y su integración social, fueron varios los recursos de inconstitucionalidad que se plantearon, en general, por la diferenciación entre los extranjeros con o sin autorización de estancia o residencia en España, para el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Las tres principales sentencias que se han dictado como consecuencias de los mencionados recursos son la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y las SSTC 259 y 260 de 2007 de 19 y 20 de diciembre, respectivamente; no obstante se dictaron otra serie de sentencias de mera remisión a las citadas.

El Tribunal se ha pronunciado en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, sobre la mayoría de las dudas de constitucionalidad que se planteaban. En esta Sentencia realiza un estudio introductorio de los dos argumentos principales en los que se basan los recursos de inconstitucionalidad: el alcance del artículo 13 CE y la relevancia de los tratados internacionales sobre la materia.

Planteado ante el Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquellos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, el primer punto esencial de la Sentencia es el análisis que realiza sobre la libertad que el artículo 13.1 CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros en España, y los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales.

El segundo argumento general se refiere a la posible inconstitucionalidad de la mayoría de los preceptos impugnados por su presunta contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, atribuyendo así a estos últimos la condición de parámetro de la constitucionalidad de las leyes españolas con base en la disposición prevista en el artículo 10.2 CE.

En relación con la primera cuestión, reitera el Tribunal que nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros. El artículo 13 CE se refiere a los derechos y libertades del Título I, consagrando un estatuto constitucional de los extranjeros en España. De una parte, se reitera que la expresión “libertades públicas” utilizada en el precepto no debe ser interpretada en sentido restrictivo, de manera que los extranjeros disfrutarán “no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución”. Por otra parte, como se deduce de su dicción y de su ubicación en el Capítulo Primero (“De los españoles y los extranjeros”) del Título I, este precepto constitucional se refiere a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas.

La remisión a la ley que contiene el artículo 13.1 CE no supone, pues, una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los “términos” en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10 CE.

Recuerda el Tribunal que una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no.

Se trae a colación la clasificación de los derechos fundamentales que realizó la STC 107/1984, recordando que existen derechos que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles”, puesto que gozan de ellos “en condiciones plenamente equiparables (a los españoles)” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3º). Estos derechos son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º, y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2º). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3º), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2º) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4º), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5º), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1º). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva.

Hasta aquí la Sentencia se limita a reiterar lo ya dicho por el Tribunal, pero va a dar un paso más: reconocer que la aplicación de ese criterio fijado en su día para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades, por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana.

La novedad que incorpora la Sentencia es analizar el grado de conexión de cada derecho con la dignidad de la persona; hasta ahora sólo se refirió, simplemente, a los derechos “inherentes a la dignidad”. Si ya resultaba complicado saber qué derechos fundamentales eran los inherentes a la persona y cuáles no, con el nuevo criterio plasmando en esta Sentencia, tratando, no sólo de distinguir qué derechos pertenecen a la persona en cuanto tal, sino de averiguar el grado de conexión de un derecho fundamental con la dignidad de la persona, se establece una construcción jurídica sólida pero complicada de llevar a la práctica.

Afirma la Sentencia, en este sentido, que resulta decisivo determinar el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho, dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o

atemperar su contenido (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano.

Siendo evidente la dificultad para determinar qué derecho fundamental está más o menos conectado con la dignidad de la persona, el Tribunal indicó (STC 91/2000, de 30 de marzo) algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución “proyecta universalmente”, señalando que se debe partir “en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definió en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991, de 29 de octubre) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (FJ 7º). Y precisando aún más, el Tribunal declaró que en este proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia “la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7º).

De lo expuesto hasta aquí se concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución (artículo 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 CE.

No parece arriesgado concluir que el Tribunal se adentra, al intentar determinar el grado de conexión de un derecho con la dignidad de la persona, en un aspecto realmente complicado de concretar, puesto que, si ya puso de manifiesto en anteriores pronunciamientos la dificultad de saber qué derechos son inherentes a la dignidad humana, parece lógico pensar que, mucha mayor dificultad entraña, determinar el concreto grado de conexión aludido.

Como segunda pauta, recuerda el Tribunal que el legislador se encuentra asimismo limitado al regular aquellos derechos que “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros” (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2º), refiriéndonos en concreto a los derechos de reunión y asociación. Ello implica, de entrada, que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer “condicionamientos adicionales” respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales.

A lo anterior debería aun añadirse que la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Extrae una primera conclusión el Tribunal de lo hasta aquí dicho: la limitación o modulación de los derechos de los extranjeros está sometida a los determinados límites constitucionales, y el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de éstos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España.

En definitiva, el artículo 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Relacionado con el anterior, el segundo argumento general en el que se basan las dudas de inconstitucionalidad es que la mayoría de los preceptos legales impugnados son inconstitucionales por entrar en contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, los cuales en virtud del artículo 10.2 CE se convertirían en canon de la constitucionalidad de las leyes españolas. A este respecto recuerda el Tribunal la utilidad de los textos internacionales ratificados por España “para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE” (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4º; 84/1989, de 10 de mayo, FJ 5º). Pero que ha negado la posibilidad de que un precepto legal pueda infringir autónomamente el artículo 10.2 CE. La STC 36/1991, de 14 de febrero, declaró que “esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos

de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que a éste atribuyen los citados tratados o convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso” (FJ 5º).

II. DERECHO DE REUNIÓN

El primer precepto recurrido es el contenido en el punto 5 del artículo primero, que da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2000, según el cual:

“Los extranjeros tendrán el derecho de reunión y manifestación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

La Ley recurrida establece, pues, una distinción entre españoles y extranjeros ilegales que, a juicio de la entidad recurrente, sería contraria a la Constitución por ser el derecho de reunión un derecho derivado de la dignidad humana en relación con el cual el legislador no puede establecer diferencias entre españoles y extranjeros que no se encuentran legalmente en España.

Analiza el Tribunal, en primer lugar, la conexión del derecho de reunión con la garantía de la dignidad humana. Parte de la literalidad del artículo 21 CE: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa”. Mientras el apartado 2 establece que “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”.

Continúa recordando su jurisprudencia sobre el derecho de reunión, con cita de la STC 284/2005, de 7 de noviembre: “el derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real y objetivo –lugar de celebración (por todas, STC 85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho –cauce del principio

democrático participativo— posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones. La vinculación libertad de expresión-libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus Sentencias; señalando a este respecto que “la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión” (STEDH caso Stankov, de 13 de febrero de 2003, § 85), y afirmando que “la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación” (STEDH caso Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, § 58)” (FJ 3º).

En tercer lugar, tiene en cuenta la normativa internacional, de la que deduce que, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los principales tratados internacionales ratificados por España parecen vincular el derecho de reunión a la dignidad que “ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7º).

Afirma que el precepto enjuiciado establece una equiparación entre españoles y extranjeros en cuanto a la titularidad y el ejercicio del derecho de reunión, exigiendo sin embargo un requisito para los segundos, a saber, que éstos hayan obtenido la autorización de estancia o residencia en España. Podría entenderse pues que se trata de uno de los “condicionamientos adicionales” que, como se ha dicho, el legislador puede legítimamente establecer al ejercicio de un derecho que “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros”. Pero considera que el precepto debatido no se limita a condicionar el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros en situación irregular sino que impide radicalmente cualquier ejercicio de éste a las personas que se encuentren en España en aquella situación.

Por último, frente al argumento del Abogado del Estado que defendió que, teniendo en cuentas los límites establecidos al derecho de reunión como el “orden público”, se podría deducir una justificación para que el legislador sujetara el ejercicio del derecho de reunión a la autorización de estancia o residencia de los extranjeros en España, el Tribunal recuerda que el derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado de acuerdo con la Constitución (STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6º), y con los tratados internacionales, pero dichos límites, explica, se imponen al ejercicio mismo del derecho, independientemente de quien lo ejerza. Así ocurre con el “orden público con peligro para personas o bienes”, que figura en el artículo 21.2 CE, y que se refiere a la seguridad ciudadana estrictamente (STC 36/1982, FJ 6º), sin que quepa realizar una interpretación extensiva de dicho límite incluyendo en él la regularidad de los extranjeros en España. Y ello porque “el principio de libertad del que (el derecho de reunión) es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitadamente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucionalmente fijado” (STC 101/1985, de 4 de octubre, FJ 3º). Así tam-

bién lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha defendido una interpretación estricta de los límites al derecho de reunión fijados en el artículo 11.2 CEDH, de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad (STEDH caso Sidiropoulos, de 10 de julio de 1998, § 40). En concreto, en un caso en el que aquel Tribunal admitió la limitación del derecho de reunión con base en la defensa del orden público (artículo 11.2 CEDH), rechazó que “la situación irregular de la demandante fuera suficiente para justificar la vulneración de su libertad de reunión dado que el hecho de protestar pacíficamente contra una legislación que se está infringiendo no constituye un fin legítimo de restricción de la libertad en el sentido del artículo 11.2 [CEDH]” (STEDH caso Cissé, de 9 de abril de 2002, § 50).

En suma, la definición constitucional del derecho de reunión realizada por la jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido de éste que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.

En definitiva, la nueva redacción dada por el precepto impugnado al artículo 7.1 de la Ley Orgánica 4/2000 no realiza una modulación del derecho de reunión, estableciendo condiciones a su ejercicio, sino que niega este derecho a los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España. Concluye afirmando que esta regulación legal vulnera el artículo 21 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 CE.

III. DERECHO DE ASOCIACIÓN

Se impugnó también la redacción del artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2000, dada por el punto 6 del artículo primero de la Ley impugnada, que dispone:

“Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes, que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

Las dudas de inconstitucionalidad del precepto se fundamentan en el mismo motivo desarrollado frente al anterior, y, con un razonamiento similar al expuesto sobre el derecho de reunión, el Tribunal llega a la misma conclusión.

El Tribunal ha venido destacando que el contenido fundamental de ese derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de

adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a ellas, y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas. Junto a este triple contenido, el derecho de asociación tiene también (STC 56/1995, de 6 de marzo), una cuarta dimensión, esta vez *inter privados*, que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan o en su caso a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse.

El artículo 22.1 de la Constitución utiliza la fórmula impersonal “Se reconoce el derecho de asociación”, mientras los textos internacionales citados garantizan a “toda persona” la “libertad de asociación” (artículo 20.1 de la Declaración universal; artículo 11 CEDH) o “el derecho a asociarse libremente con otras” (artículo 22.1 PIDCP), con los límites que se han citado ya en el anterior fundamento jurídico.

La STC 115/1987, de 7 de julio, afirmó que “de acuerdo con sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación” (FJ 3º), y por ello declaró inconstitucional el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que establecía una intervención administrativa (la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros) “totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Constitución también para los extranjeros”. En consecuencia, aunque el derecho de asociación está directamente reconocido a los extranjeros por la Constitución, el legislador se encuentra habilitado *ex artículo 13.1 CE* para establecer “condicionamientos adicionales” a su ejercicio, pero respetando siempre las prescripciones constitucionales, que limitan su poder de libre configuración de su contenido. El legislador orgánico podría pues, en principio, fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respetara un contenido de ésta que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.

El derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo “proyectan universalmente” y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.

IV. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Se recurrió también el punto 7 del artículo primero de la Ley, que da nueva redacción al apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000. El precepto dispone:

“Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan al caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.”

A juicio del recurrente, esta nueva redacción vulneraría el artículo 27.1 CE en relación con el artículo 39.4 CE, el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño y el artículo 26 de la Declaración universal de los derechos humanos al impedir el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de dieciocho años que no tengan residencia legal en España. El derecho del niño a ser escolarizado consagrado en el artículo 27.1 CE comprendería tanto la enseñanza básica como la no básica (artículo 1 de la Ley Orgánica del derecho a la educación), que formaría parte del contenido esencial de este derecho.

Considera el Tribunal que debe tenerse en cuenta el apartado 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, objeto también de una nueva redacción por el artículo 1, punto 7, de la Ley recurrida, cuya inconstitucionalidad no se ha denunciado. Este precepto dispone: “Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema de becas y ayudas”. El apartado 1 del artículo 9 no exige pues la condición de “residente” para ejercer el derecho a la educación cuando se trate de la enseñanza básica, a la que pueden acceder todos los extranjeros menores de dieciocho años. Por el contrario, el apartado impugnado sí exige aquel requisito cuando se trate de la educación no obligatoria, sin hacer ninguna referencia a la edad.

Después de analizar la legislación educativa vigente (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación), se llega a la conclusión de que existe una coincidencia entre la enseñanza básica y la enseñanza obligatoria, pues la primera, que comprende la educación primaria y la educación secundaria obligatoria (artículo 3.1), “es obligatoria y gratuita para todas las personas” (artículo 4.1), mientras el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de las artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio “constituyen la educación secundaria postobligatoria” (artículo 3.4). Según esta legislación, la enseñanza básica se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad, si bien los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad (artículo 4.2). Dentro de la enseñanza básica, la etapa de educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad (artículo 22.1). La obtención del título de graduado en educación secundaria obligatoria permitirá acceder a la educación secundaria postobligatoria (artículo 31.2), en concreto, al bachillerato, a la formación profesional de grado medio, a los ciclos de grado medio de artes plásticas y diseño, a las enseñanzas deportivas de grado medio y al mundo laboral (artículo 31.2).

Aclarados estos extremos, el enjuiciamiento del precepto recurrido se inicia examinando el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado.

El artículo 27 CE dispone que “Todos tienen derecho a la educación” (apartado 1), el cual “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (apartado 2), correspondiendo a los poderes públicos garantizar “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (apartado 5), que cuando es “básica es obligatoria y gratuita” (apartado 4).

Como ha señalado el Tribunal, la estrecha conexión de todos los preceptos incluidos en el artículo 27 CE “autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar” (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º).

De los tratados internacionales sobre la materia que el Tribunal analiza, se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el preámbulo de nuestra Constitución. De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España.

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir.

V. DERECHO A LA SINDICACIÓN

Se puso en duda también la adecuación a la Constitución del punto 9 del artículo primero de la Ley que da nueva redacción al artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000. El precepto dispone:

“Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

Se denunciaba la inconstitucionalidad del precepto por vulnerar el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 28.1 CE y ser contrario a lo establecido en el artículo 23.4 de la Declaración universal de los derechos humanos, al artículo 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y al artículo 11 del Convenio europeo de derechos humanos. El ejercicio del derecho a la libertad sindical no requeriría la condición laboral de su titular, al contrario de lo que ocurre con el derecho de huelga, y por ello no cabría argumentar que los titulares del derecho sean sólo los trabajadores. El artículo 28.1 CE dispone: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

Recuerda la Sentencia que el derecho de libre sindicación tiene el contenido esencial que el Tribunal ha vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a “todos” los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a “todos” los sindicatos (artículo 28.1 en relación con el artículo 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo artículo 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a ellos. Siendo así, no resulta constitucionalmente admisible, dice el Tribunal, la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador [artículo 38 de la Ley Orgánica 4/2000 y artículos 1.1, 7.c) y 9.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo].

En seguida advierte el Tribunal que ello no significa que el legislador orgánico no pueda establecer limitaciones o excepciones a su ejercicio en los términos a los que ya se refiere el propio artículo 28.1 CE. Pero la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho de libertad sindical que efectúa el artículo 28.1 CE interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España. La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes “sean sujetos de una relación laboral” (en los términos del artículo 1.2 de la Ley Orgánica de libertad sindical: LOLS), no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalida-

des posibles, en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal.

De ahí que no resulte absurdo reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a su irregularidad. También en este punto precisa el Tribunal que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido de éste que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.

En consecuencia, los razonamientos anteriores conducen al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el artículo 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al artículo 28.1 CE.

VI. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Nuevamente se cuestiona el régimen de asistencia jurídica gratuita de los extranjeros. Se impugna el punto 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, y dispone:

“Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.”

Se remite la Sentencia a lo dicho en la STC 95/2003, de 22 de mayo. En consecuencia declara la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, por ser contrario al artículo 24 CE.

Es interesante destacar el alcance y contenido de la Sentencia que estamos comentando. Aclara el Tribunal que se ha de declarar la inconstitucionalidad de los preceptos que así se han considerado, sin embargo, matiza que, no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando “la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión” (en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7º; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22º; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13º; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6º). En el presente caso, concluye, no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley Orgánica 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros

que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad sólo del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”, que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Recuerda que no corresponde al Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23º), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.

Distinto es el alcance del fallo en relación con los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad conlleva la nulidad del inciso “residentes”, que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes fundamentos jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

VII. DERECHO A LA HUELGA

La STC 259/2007, de 19 de diciembre, resolvió el recurso frente a la nueva redacción que el apartado 9 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, da al artículo 11.2 –derecho de huelga– de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; se cuestionaba la circunstancia de que hace depender el derecho de huelga de los extranjeros a la previa autorización para trabajar, la cual se condiciona a la previa obtención del permiso de residencia o de la autorización de estancia, lo que, resultaría contraria a los artículos 28, 10.2 y 13 CE, en conexión con los artículos 23 de la Declaración universal de los derechos humanos, 11 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y 8.1 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 28.2 CE dispone: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. Asimismo, en relación con este derecho, el artículo 8.1.d) del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) de 16 de diciembre de 1966 reconoce el

derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país, y el artículo 6 de la Carta social europea reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga.

Recuerda el Tribunal su doctrina sobre el derecho a la huelga (SSTC 11/1981, de 8 de abril y 123/1992, de 28 de septiembre) afirmando que el concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse, en línea con lo que ya afirmado en la STC 236/2007 (FJ 9º) en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo.

Así pues la exclusión total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello –la cual, por lo demás, no están personalmente obligados a solicitar– no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el artículo 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el artículo 8.1 d) PIDESC, en cuya virtud los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales.

En consecuencia declara la inconstitucionalidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el artículo 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al artículo 28.2 CE.

VIII. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL

También la STC 236/2007 se pronunció sobre otros preceptos de la Ley Orgánica 4/2000 relativos a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar. El motivo de la impugnación se basaba en la remisión “en blanco” que los citados preceptos hacen a los reglamentos para su posterior desarrollo, la cual se reputa contraria a la reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 CE, o alternatively, la reserva de ley del artículo 53.1 CE por afectar al contenido y límites del derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), y por incumplir las exigencias constitucionales de tales remisiones.

El Tribunal llega a la conclusión de que los preceptos señalados no se refieren al derecho a la intimidad como entienden los recurrentes; considera que los artículos citados no regulan

ni desarrollan aspecto alguno de la intimidad familiar, ni siquiera de la vida familiar. Por otra parte, el artículo 17.1, así como el nuevo artículo 18.1, regulan el llamado derecho de reagrupación familiar, remitiendo al reglamento la determinación de “las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación” (artículos 17.2 y 18.4). Este derecho a la reagrupación familiar, afirma la Sentencia, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal. Aclara que nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 CEDH, y menos aun un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 CE.

A la vista de todo ello resulta claro que los preceptos impugnados, al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar, no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica (artículo 81.1 CE), ni a la reserva de ley establecida para los “derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II” (artículo 53.1 CE); en consecuencia, las remisiones reglamentarias contenidas en los artículos recurridos no han infringido aquellas disposiciones constitucionales.

Tampoco el Tribunal ha considerado inconstitucional los artículos relativos a la motivación o no de las resoluciones denegatorias de visados. Aclara que de la lectura de la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 al apartado 5 del artículo 27 (antes 25) de la Ley Orgánica 4/2000, permite concluir que, efectivamente, en ellos se establece la necesidad de motivar las resoluciones denegatorias del visado sólo en tres supuestos (visados de residencia para reagrupación familiar, para la prestación de trabajo por cuenta ajena, o cuando la denegación se deba a que el solicitante está incluido en la lista de personas no admisibles previstas en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen), pero no en los demás, en los que ciertamente no se impone la no motivación, sino que simplemente no se exige. El reproche de inconstitucionalidad aducido por la entidad recurrente se basa, pues, en esta falta de exigencia de motivación de las resoluciones administrativas denegatorias del visado, que se reputa contraria al artículo 24.1 en relación con los artículos 9.3 y 106.1 CE.

Recuerda el Tribunal que el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE, constituye uno de los derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” o, dicho de otro modo, es uno de “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español” (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º), conclusión que se obtiene “no sólo por la dicción literal del citado artículo (‘todas las personas’), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración universal de derechos humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a

‘toda persona’ o a ‘todas las personas’, sin atención a su nacionalidad” (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º; 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4º).

A la anterior constatación debe seguirle una segunda, y es que el derecho a la tutela judicial efectiva, según una reiterada doctrina del Tribunal, “exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente” (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2º).

La pretensión de inconstitucionalidad del precepto aquí examinado se basa en la exoneración del deber de motivación referido, no a una resolución judicial, sino a una resolución administrativa denegatoria de un visado, con las excepciones mencionadas. Al respecto, ya señaló el Tribunal que “frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones” (STC 7/1998, de 13 de febrero, FJ 6º).

Debe tenerse en cuenta que el supuesto normativo analizado no contempla propiamente la restricción de un derecho, pues la obtención del visado no es un derecho reglado del extranjero, dado que el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el artículo 19 CE (STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 8º). Pues bien, la exoneración del deber de motivación de los actos administrativos denegatorios del visado establecida en aquellos preceptos no debe reputarse contraria al artículo 24.1 CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental, como ha quedado expuesto. Por otra parte, aquella exoneración tampoco debe considerarse incompatible con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y con el obligado control de la actuación administrativa por parte de los Tribunales (artículo 106.1 CE), que la Ley aquí enjuiciada garantiza “en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España” (artículo 65.2).

La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos. Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (artículo 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales.

Se impugnó también, por posible vulneración del principio *non bis in idem*, el punto 50 del artículo primero de la Ley 8/2000, que da nueva redacción a los apartados 2 y 8 del artículo 57 (antes 53) de la Ley Orgánica 4/2000. El apartado 2 del artículo 57 dispone:

“Asimismo constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”

El apartado 8 del artículo 57 dispone:

“Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.”

Según la parte recurrente, el precepto impugnado vulneraría la dimensión material o sustantiva del principio *non bis in idem*, por cuanto establece que el mismo sujeto puede ser objeto de una sanción penal y de una sanción administrativa con base en un mismo fundamento, ya que la única causa de expulsión contemplada en él es la comisión del propio hecho delictivo, que ya fue sancionado penalmente. Concurriría, pues, el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, es decir, una identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como hemos venido afirmando en nuestra jurisprudencia (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5º).

El Tribunal considera que lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en éste, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la “causa de expulsión” que el extranjero haya sido condenado penalmente, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes.

En el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientadas a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues, explica el Tribunal, que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6º).

Se plantearon también dudas de constitucionalidad sobre el punto 53 del artículo primero de la Ley 8/2000, que da la siguiente redacción al artículo 60 (antes 56) de la Ley Orgánica 4/2000:

“Artículo 60. Retorno.

1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de

setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.”

Del contenido de la demanda se deduce que se impugna el apartado 1 del artículo por entender que vulnera el artículo 17.1 y 2 CE, pues no garantiza que más allá de las setenta y dos horas corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad, ya que de su redacción se desprende que el Juez no tendrá posibilidad de decidir otra cosa distinta al internamiento.

Sobre esta materia recuerda el Tribunal la STC 115/1987, de 7 de julio, que conduce directamente a la desestimación del motivo de inconstitucionalidad aducido, basado en una interpretación del apartado 1 del artículo 60 de la Ley Orgánica 4/2000 que no puede compartirse. De acuerdo con esa interpretación, el precepto impediría al Juez decidir sobre la situación de los extranjeros que deben retornar a su punto de origen cuando la autoridad gubernativa que acordó el retorno se dirigiera a aquél, en el supuesto de que fuera a retrasarse más de setenta y dos horas. Y ello porque la decisión judicial debería ceñirse a determinar “el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”, según la dicción del precepto, limitando así el alcance de esa intervención judicial en contra de lo exigido por el artículo 17.1 y 2 CE.

Sin embargo, resulta incontestable para el Tribunal que el precepto recurrido admite otra interpretación acorde con la Constitución, y como señala la repetida STC 115/1987, al igual que entonces, declara ahora que “la voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución, es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad” (STC 115/1987, FJ 1º). Y, en consecuencia, la expresión “para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta el momento del retorno”, contenida en el precepto impugnado, debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión.

La última impugnación analizada por la STC 236/2007 se centra en el artículo 63, que establece:

“Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.”

Se aduce que el precepto es inconstitucional porque el plazo de cuarenta y ocho horas que se otorga al interesado para formular alegaciones en su defensa, tras la incoación del procedimiento sancionador, vulnera el artículo 24 CE en relación con el artículo 6 CEDH

al producir indefensión, como se desprendería de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se cita al efecto.

Ahora bien, la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues es doctrina reiterada que la brevedad de los plazos no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 8º; 335/1994, de 19 de diciembre, FJ 3º; 130/1998, de 16 de junio, FJ 5º; 85/2003, de 8 de mayo, FJ 11º).

También en la Sentencia 249/2007, se pronunció sobre el derecho a la “la tutela cautelar”. Los preceptos impugnados disponían lo siguiente:

“Artículo 21. Derecho al recurso contra los actos administrativos:

2. 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.”

“Artículo 63. Procedimiento preferente:

4. La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.”

Analiza el Tribunal la alegada imposibilidad de acordar la suspensión cautelar de la expulsión decretada por la autoridad administrativa en el denominado procedimiento preferente de la que se derivaría la consiguiente vulneración del artículo 24.1 CE. Este procedimiento preferente previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, resulta ser de aplicación a unos supuestos determinados por la realización de las conductas tipificadas como infracciones graves o muy graves en el apartado 1 de ese artículo, que no ha sido cuestionado. Con remisión a la STC 236/2007, de 7 de noviembre, se reitera que se trata de un procedimiento administrativo sancionador, lo que determina que a este procedimiento preferente le sean aplicables los valores esenciales reflejados en el artículo 24 CE, entre ellos el que proscribe cualquier indefensión, lo cual sin duda resulta también de aplicación en lo relativo a la tutela cautelar derivada del régimen de suspensión de los actos administrativos impugnados.

Recuerda seguidamente su doctrina sobre el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 CE, afirmando que no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7º). La potestad jurisdiccional de suspensión responde, como todas las medidas cautelares, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, la de evitar que un posible fallo favorable de la pretensión quede, contra lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, desprovisto de

eficacia, guardando dicha eficacia o efectividad de la tutela judicial una estrecha relación con todo lo atinente a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo y, en particular, con la regulación del régimen de suspensión del acto impugnado (STC 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 3°).

En relación con la concreta materia de extranjería, la STC 115/1987, de 7 de julio, ya señaló (FJ 4°) que “si bien la efectividad de la tutela judicial que el artículo 24 CE establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido sino que lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales”, ello no significa que resulte constitucionalmente admisible el establecimiento de un principio general absoluto de no suspensión, de tal suerte que en dicha Sentencia, en que se destacaba el nexo entre la potestad jurisdiccional en suspensión cautelar y la efectividad de la tutela judicial, declaramos inconstitucional el último inciso del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en cuanto establecía que “en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”.

Diferente conclusión se extrae de los preceptos ahora analizados: no es posible apreciar que los preceptos impugnados vulneren las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, conforme a las cuales debe quedar asegurado que las pretensiones cautelares de los justiciables se someten a la consideración de un Tribunal de justicia, y que éste resuelva sobre éstas, ya que dichos preceptos no impiden al extranjero afectado ejercer la posibilidad procesal de que la ejecutividad del acto impugnado sea sometida a un control judicial que pueda concluir, en su caso, con la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Para finalizar, la STC 260/2007, de 20 de diciembre, se refirió a la constitucionalidad del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000.

“Artículo 57. Expulsión del territorio.

1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b) Los que tengan reconocida la residencia permanente. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación

contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

6. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo de extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni la mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

7. Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.”

Recuerda el Tribunal el supuesto resuelto en el ATC 409/2007, de 6 de noviembre, por el que se inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada a éste por la Ley Orgánica 8/2000. En dicho Auto se dijo que el precepto cuestionado no define conductas, sino que establece sanciones para las conductas tipificadas en el artículo 53 de la Ley, disponiendo que cuando aquéllas se realicen “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”, sin que de tal posibilidad se derive incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25.1 CE en relación con la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. Dicha predeterminación normativa supone la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 4º; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7º, y 133/1999, de 15 de julio, FJ 2º).

Considera el Tribunal que la norma cuestionada no contiene una habilitación en blanco a la Administración. Por último, recuerda que “en la misma STC 113/2002, el Tribunal declaró que el hecho de que la sanción pueda imponerse con carácter potestativo, como así lo hace el precepto ahora cuestionado (“podrá aplicarse...”), sin fijar unos criterios específicos que sirvan como orientación para decidir sobre su imposición y graduación, no supone la consagración legal de una inadmisibles discrecionalidad a favor de la Administración sancionadora (FJ 7º). Al igual que en aquella resolución, también aquí se puede afirmar, en un examen preliminar, que el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave [artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000], y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992. Tal como afirma el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, la Ley establece

unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones”.

También se cuestionó, por supuestamente contrario al artículo 17 CE, que en el seno de procedimientos sancionadores en los que pueda proponerse la expulsión del extranjero, se pueda adoptar la medida cautelar consistente en la residencia obligatoria en determinado lugar.

El Tribunal despeja las dudas afirmando que la medida cautelar, impuesta sobre el extranjero al que se ha incoado un expediente sancionador por la realización de determinadas conductas tipificadas por la propia Ley como infracciones graves o muy graves consistente en la obligación de residir en un lugar determinado, no afecta a la libertad personal, sino a la libertad de residencia y circulación proclamada por el artículo 19 CE. En relación con estas libertades el Tribunal ha dicho [entre otras, SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FFJJ 2º y 3º; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2º; 24/2000, de 30 de enero, FJ 4º y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.a)] que los extranjeros pueden ser sus titulares de acuerdo con lo establecido en los tratados internacionales y en las leyes españolas. La consecuencia de ello es que las personas que no poseen la nacionalidad española sólo tienen derecho a residir en España, y a circular dentro del territorio nacional cuando se lo otorga la disposición de una ley o de un tratado o la autorización concedida por una autoridad competente, puesto 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 (artículo 10.1 CE, y STC 107/1984, FJ 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, 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” (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3º). Ahora bien, el legislador no goza de absoluta libertad al configurar los derechos de los extranjeros en cuanto a su entrada y, por lo que ahora importa, permanencia en España.

Afirma que la medida cautelar impugnada consiste en una medida que se acuerda legítimamente en el marco de un procedimiento sancionador en materia de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, procedimiento que ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2000 y en sus disposiciones de desarrollo y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y dirigida, como toda medida de esta naturaleza, a asegurar la eficacia de la resolución administrativa que sobre el fondo del asunto se adopte en supuestos de realización de conductas tipificadas como infracciones muy graves del artículo 54 de la Ley, o algunas graves, como encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducadas las pertinentes autorizaciones sin haber solicitado la renovación [artículo 53.a)], encontrarse trabajando en España sin

haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar [artículo 53.b)], incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave de los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio [artículo 53.c)], incumplir las medidas impuestas por razones de seguridad pública [artículo 53.d)], o participar en actividades contrarias al orden público de carácter grave [artículo 53.f)]. Esta circunstancia no excluye, evidentemente, la necesidad de que la adopción de tal medida ha de encontrarse dentro de los anteriores supuestos legales y sea convenientemente razonada en términos de Derecho en función de las circunstancias del caso, así como tampoco su control por las vías administrativas y jurisdiccionales que resulten procedentes.

En la STC 260/2007, se cuestionó el plazo de duración máxima de la medida cautelar de internamiento adoptada durante la tramitación de un expediente sancionador en materia de extranjería, duración fijada en cuarenta días por el apartado 2 del artículo 62, de la Ley Orgánica 4/2000, después de la reforma por la Ley Orgánica 8/2000, el cual dispone literalmente lo siguiente:

“Artículo 62. Ingreso en centro de internamiento.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado.”

Se planteó la duda de constitucionalidad de este plazo máximo de cuarenta días, sobre todo si se considera que implica una radical privación de libertad, suponiendo, por tanto, un sacrificio desmesurado de la libertad de las personas contrario a los artículos 17 CE y 5.1.f) CEDH.

El Tribunal recuerda que ya en la STC 115/1987 se dijo al respecto que “Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de setenta y dos horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no sólo del artículo 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del artículo 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad. Tampoco entraría el precepto en colisión con el artículo 24.2 de la Constitución, porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento”. En el mismo sentido, y ya en relación con el precepto que se cuestiona, la STC 303/2005, de 24 de noviembre, consideró que las ga-

rantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del *habeas corpus*. Recuerda que tales garantías, comprenden la necesaria y previa audiencia del interesado; la exigencia de que sea el Juez de Instrucción competente el que disponga el ingreso en un centro de internamiento mediante un Auto motivado y en el que, sobre la base de una duración máxima de cuarenta días, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, el Juez podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado.

En consecuencia, afirmó el Tribunal que el artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 58 del artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2000, no es inconstitucional.

IX. CONCLUSIONES

Con los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se han intentado sistematizar en el presente trabajo, se puede afirmar que, desde el punto de vista de la interpretación de la Constitución, el estatuto jurídico de los extranjeros en cuanto a sus derechos fundamentales y libertades públicas, ha sido completado. Las Sentencias examinadas, además de recopilar la jurisprudencia anterior, han establecido un nuevo parámetro para determinar cuándo un derecho fundamental es inherente a la dignidad de la persona y cuándo el grado de conexión de un derecho con la dignidad permite al legislador formular “condicionamientos adicionales” para su ejercicio por parte de los extranjeros.

Sin embargo, desde el plano de la legalidad, las Sentencias comentadas contienen un llamamiento al legislador para culminar la regulación de determinados derechos fundamentales; como se ha destacado antes, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, al determinar el contenido y alcance de su fallo, convoca al legislador para que regule dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, ya que no procede declarar la nulidad del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”, que figura en cada uno de los artículos que regulan los referidos derechos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador, ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos.

Por tanto, mientras el legislador no regule dichos derechos con los condicionamientos que estime oportunos, respetando lo dicho por el Tribunal, se plantea el problema de en qué condiciones pueden, entre tanto, ejercer el derecho de reunión, asociación y sindicación los extranjeros que no tengan autorización de residencia. En definitiva, seguimos a la espera.

La cuestión de ilegalidad como imprescindible mecanismo de cierre del sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales

MATILDE CARLÓN RUIZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo. UCM
Letrada del Tribunal Constitucional

Resumen

LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD COMO IMPRESCINDIBLE MECANISMO DE CIERRE DEL SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES

Como punto de llegada de una larga evolución en el régimen de control de las normas reglamentarias, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) introdujo como principal novedad –que no única– una nueva técnica: la cuestión de ilegalidad. Frente a sus referentes confesados, la cuestión de ilegalidad presenta peculiaridades que son objeto de análisis en el presente estudio, en el que se defiende su virtualidad

como mecanismo de cierre del sistema de control de las normas reglamentarias –criticando, por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, restringiendo el acceso al recurso de casación, ha extendido, conscientemente, su ámbito de aplicación–. Sobre las conclusiones alcanzadas se apoya un análisis del procedimiento de tramitación de la cuestión y del contenido y efectos de la sentencia que la resuelva, inadmitiéndola, estimándola o desestimándola.

Abstract

THE ILLEGALITY MATTER AS INDISPENSABLE CLOSE MECHANISM OF THE SYSTEM OF JURISDICTIONAL CONTROL OF THE ILLEGAL REGULATIONS

As point of arrival of a long evolution in the regime of control of the statutory norms, the Law 29/1998, of July 13, of the Contentious-administrative Jurisdiction (LJCA) introduced as main novelty –that not only– a new technique: the question of illegality. In front of its confessed sources, the question of illegality presents some peculiarities that are object of analysis in the present study, in which its virtuality as close

mechanism in the system of control of the statutory norms is defended –by criticizing, for it, the jurisprudence of the High Court that, restricting the access to the cassation appeal, has extended, willingly, its application field-. On the reached conclusions is based an analysis of the procedure of the question and of the content and effects of the sentence that solves it, not admitting it, considering it or rejecting it.

Sumario:

I. De cómo el carácter subordinado de la norma reglamentaria condiciona el régimen de su control jurisdiccional. II. Claves de la introducción de la cuestión de ilegalidad en la LJCA en el contexto de la reconfiguración del recurso indirecto contra reglamentos. III. Acotaciones críticas al sentido y alcance de la cuestión de ilegalidad en su actual configuración. IV. Generalidades sobre el procedimiento de tramitación de la cuestión de ilegalidad. V. La sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad: contenido y efectos.

I. DE CÓMO EL CARÁCTER SUBORDINADO DE LA NORMA REGLAMENTARIA CONDICIONA EL RÉGIMEN DE SU CONTROL JURISDICCIONAL

El principio de separación de poderes y, por ende, los derechos de los ciudadanos tal y como han sido formulados en la Constitución y en las leyes, dependen de cuales sean –en términos de eficacia– los medios con los que cuente el juez para defender el principio de jerarquía normativa y, consiguientemente, de seguridad jurídica, logrando la expulsión del ordenamiento jurídico –y no la mera inaplicación– de las normas reglamentarias

ilegales. Es éste, en efecto, el del control jurisdiccional de los reglamentos, un asunto de gran calado, máxime cuando se reconoce que en el actual sistema de fuentes la Ley va relativizando su papel ante el avance —cuantitativo y cualitativo— de la incidencia de la potestad reglamentaria.

Concurre, con todo, una característica en estas normas que condiciona intensamente el régimen de su control jurisdiccional. Y es que su carácter esencialmente subordinado conduce a una doble conclusión de capital importancia: Por una parte, de ello se deduce que la norma reglamentaria que ignore el principio de jerarquía normativa será, en todo caso, radicalmente nula —así se pronuncian taxativamente, hoy por hoy, los artículos 62.2 de la LRJPAC y 70.2 LJCA, sean cuales sean los vicios en los que haya podido incurrir: de contenido, de procedimiento o de competencia, en mayor o menor grado—, lo que hace necesario articular mecanismos que garanticen su expulsión definitiva del ordenamiento partiendo de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. Por otra, y a diferencia de lo que ocurre con la Ley, el carácter subordinado del reglamento implica que todos los órganos jurisdiccionales pueden y deben plantearse la validez de la norma reglamentaria y actuar en consecuencia —cuando menos, a través de la regla de la inaplicabilidad del reglamento ilegal, de general aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales (y a la propia Administración) por exigencias del artículo 6.1 LOPJ—. Sin que ello impida reconocer un papel cualificado al orden contencioso-administrativo en general e, incluso, modular el alcance de los poderes de estos órganos en función del principio de competencia.

Todos estos datos deben tenerse presentes a la hora de analizar el sentido y alcance de los instrumentos incorporados por la LJCA para el control de las normas reglamentarias y, muy particularmente, el nuevo procedimiento incorporado a tal efecto: la llamada cuestión de ilegalidad¹.

II. CLAVES DE LA INTRODUCCIÓN DE LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD EN LA LJCA EN EL CONTEXTO DE LA RECONFIGURACIÓN DEL RECURSO INDIRECTO CONTRA REGLAMENTOS

La introducción de la cuestión de ilegalidad en la LJCA es el punto de llegada de una larga evolución en la legislación contencioso-administrativa que ha venido marcada —en lo que al control de la potestad reglamentaria se refiere— por la búsqueda de técnicas eficaces que cualificaran el papel de esta jurisdicción frente al que corresponde a todos los órdenes jurisdiccionales de inaplicar los reglamentos ilegales, en virtud de lo dispuesto en el vigente artículo 6.1 LOPJ. En el marco de la Ley Santamaría de Paredes de 1888, junto a la técnica clásica de la “excepción de ilegalidad” toma cuerpo sucesivamente una suerte de “recurso indirecto” contra reglamento, dirigido contra un acto de aplicación, si bien ambas técnicas no dejan de ser una manifestación específica, en el ámbito de lo contencioso-

(1) Estas reflexiones, inevitablemente apretadas, pueden ser ampliadas en nuestra monografía *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

administrativo, de aquel deber-facultad de inaplicación del reglamento ilegal, común a todos los órdenes desde que se introdujera en la Ley –paradójicamente– Provisional de Organización del Poder Judicial aprobada en 1870.

Hubo que esperar hasta la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 para encontrar un verdadero recurso directo contra reglamentos, dirigido de forma inmediata a calibrar la legalidad de la norma reglamentaria en el plazo de dos meses desde su publicación. La novedad radical que suponía concebir al reglamento en sí mismo considerado como posible objeto de un recurso contencioso-administrativo, no contagió, sin embargo, en la práctica judicial, a la vieja técnica del que ya podía, propiamente, llamarse “recurso indirecto”², que siguió anclada en la simple regla de la inaplicación, sin que la jurisprudencia mayoritaria concibiera la posibilidad de dotar de efectos generales a sus fallos basados en la ilegalidad de la norma reglamentaria aplicada por el acto recurrido, desconociendo, de este modo, el papel cualificado que debía jugar el orden contencioso frente a la generalidad de los órganos jurisdiccionales.

Las negativas consecuencias de tal jurisprudencia –no forzada, como se ha pretendido, por la letra de la Ley– se demostraron en la multiplicación de sentencias reiterativas sobre asuntos idénticos, no pocas veces contradictorias, toda vez que la imposibilidad de expulsar definitivamente del ordenamiento la norma considerada ilegal implicaba su perpetuación en el tiempo, *pro futuro* y *pro praeterito*, en franca contradicción con el carácter radicalmente nulo de la norma reglamentaria ilegal. Así lo denunció tempranamente la mejor doctrina³, que exigía superar la regla de la mera inaplicación, para lo cual encontró un apoyo imprevisto en una jurisprudencia constitucional que, en el contexto de recursos de amparo o de conflictos de competencia, venía a declarar expresamente la nulidad de normas reglamentarias que consideraba directamente lesivas de derechos fundamentales⁴.

Frente a esta insatisfactoria situación reacciona el legislador en 1998, asumiendo el objetivo de lograr que en todo recurso indirecto frente a normas reglamentarias se obtenga finalmente –en el mismo proceso o en otro iniciado *ad hoc*– una declaración sobre la

(2) En rigor, la primera vez que pudo hablarse de “recursos indirectos” en sentido propio –frente a la situación previa en la que sólo cabía atenerse a la regla de la inaplicación– fue en el limitado contexto del Estatuto Municipal de 1924, en el que se concibió un “recurso contencioso-administrativo” de anulación contra actos de las entidades municipales basado expresamente en la “infracción de disposiciones administrativas”. Recurso que, evidentemente, se correspondía con la introducción paralela de una suerte de recurso directo contra ciertas normas reglamentarias: las ordenanzas de policía y buen gobierno y las ordenanzas de exacciones, aún con una fuerte restricción respecto de la legitimación. *Vid.*, respectivamente, artículos 253 y 168 y 322 y 323 del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924. El recurso directo reapareció, con vocación general, en el artículo 101 de la Constitución republicana de 1931 –sin alcanzar desarrollo legal–, para volver a replegarse al ámbito local en la Ley de Régimen Local de 1950 (artículos 386 y 698).

(3) Encabezada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 21 y 22.

(4) Así ocurrió, en efecto, con la Sentencia 7/1990, de 18 de enero, a la que siguieron las Sentencias 32/1990, de 26 de febrero; 61/1990, de 29 de marzo y 78/1990, de 26 de abril. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA dedicó un primer comentario, elogioso, a esta novedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –“La eliminación general de las normas nulas con ocasión de recursos contra actos de aplicación”, en REDA, núm. 66, 1990, págs. 279-291–, comentando las dos primeras sentencias citadas.

validez de la norma que despliegue efectos generales. Consciente de que la norma reglamentaria ilegal es radicalmente nula, mantiene la doble vía de impugnación de los reglamentos —el recurso directo y el indirecto—, pero dotando a este último de virtualidad como medio de expulsión del ordenamiento de la norma reglamentaria ilegal. No quiere obviar, sin embargo, el sistema de distribución de competencias entre los distintos órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, de modo que distingue el alcance del pronunciamiento del Juez o Tribunal que conozca de un recurso *indirecto* según él mismo fuera o no competente para conocer del correspondiente recurso *directo*. De coincidir en el órgano ambas competencias —y, en todo caso, el Tribunal Supremo⁵—, deberá dotar de efectos generales a su consideración sobre la validez de la norma, en los términos de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 27, tanto si conoce del recurso en primera instancia como si lo hace en ulteriores instancias o grados (apelación o casación). Si no fuera doblemente competente en los términos señalados, tendrá que plantear posteriormente —una vez firme su sentencia— la correspondiente cuestión de ilegalidad ante el Tribunal que sea competente para conocer del recurso directo, conforme le exige el artículo 27.1, con lo que, a través de este nuevo procedimiento derivado del recurso indirecto se logrará también, aunque de forma mediata, una declaración con efectos generales sobre la legalidad de la norma reglamentaria cuestionada adoptada por el único Tribunal competente para adoptarla.

En consecuencia, con el pie forzado de garantizar el respeto al orden interno de competencias, separándose de su antecedente más cercano⁶, el legislador en 1998 introduce una artificiosa distinción en el objeto del recurso indirecto contra reglamentos que será doble —acto y reglamento— o simple —solamente el acto— según el órgano jurisdiccional que conozca de él fuera competente también para haber conocido del correspondiente recurso directo contra la norma indirectamente impugnada. Lo que conduce, en todo caso, a constatar, en palabras del Tribunal Supremo, que las reglas de los distintos apartados del artículo 27 constituyen dos aspectos de la “misma institución”⁷, algo que, sin embargo, ha olvidado el propio legislador, que apenas presta atención a la virtualidad de la técnica contenida en los apartados 2 y 3 de este artículo⁸.

(5) Y ello porque, gracias a la precisión del apartado 3 del artículo 27 LJCA, el Tribunal Supremo podrá pronunciarse con efectos generales sobre reglamentos de cuyos recursos directos no hubiera podido conocer cuando conozca en vía de recurso de recursos indirectos contra éstos: como, por ejemplo, en el caso de recursos contra Órdenes ministeriales. Lo que tendrá especial importancia toda vez que las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no pueden ser recurridas ante la Audiencia Nacional, única competente para conocer de los recursos directos contra este tipo de reglamentos.

(6) En el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-administrativo, publicado en mayo de 1986, su artículo 27.1 obligaba a cualquier Juez o Tribunal contencioso-administrativo a pronunciarse expresamente sobre la disconformidad a Derecho de la disposición reglamentaria sobre la base de cuya ilegalidad hubiera decidido en sentido estimatorio un recurso indirecto.

(7) Así lo ha afirmado expresamente el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 26 de enero de 1999 (Ar. 1091) al extender la aplicabilidad de la prescripción de la DT Sexta LJCA —referida, en sus términos literales, a la cuestión de ilegalidad— a los supuestos en los que el órgano jurisdiccional que conozca del supuesto y, particularmente, el Tribunal Supremo tenga competencia para pronunciarse sobre la validez de la norma reglamentaria con efectos *erga omnes*.

(8) Resulta, en efecto, criticable que la LJCA no haya recogido en su articulado ninguna especialidad procedimental respecto de este supuesto. Ante el silencio de la Ley, en nuestra opinión, deberían aplicársele —por remisión— los mecanismos previstos en relación con el recurso directo contra reglamentos, y muy especialmente aquellos referidos a la preferencia y a la audiencia de las partes; asumiendo en particular la llamada al procedimiento de aquellos interesados

No debemos perder de vista, finalmente, la complementariedad de los recursos directos e indirectos contra reglamentos. Si los primeros permiten una vía de reacción abstracta e inmediata frente a la norma reglamentaria ilegal – y, por ello, limitada en el tiempo –, los recursos indirectos permiten un control concreto y diferido del reglamento ilegal, posibilitando una reacción frente a éste en el momento en que el ciudadano se vea afectado por él a través de un acto que lo aplique –lo que los hace especialmente útiles–, en coherencia con la imprescriptibilidad de la acción que se deriva del carácter nulo del reglamento ilegal. De ahí que –confirmando una regla ya contenida en el apartado 4 del artículo 39 Ley de 1956– el actual artículo 26.2 LJCA advierta del carácter independiente de ambas técnicas de impugnación. Se trata, con ello, de impedir que, en el caso de que pase el corto plazo de dos meses desde la aprobación de la norma reglamentaria sin que se hubiera interpuesto el recurso directo o, incluso, cuando interpuesto éste en tiempo y forma, hubiera sido desestimado, quede cerrada toda vía de impugnación de la norma y, con ello, de reconsideración de su conformidad a Derecho. Obsérvese que un tal planteamiento asume el carácter meramente anulable del reglamento ilegal, sobre la base de entender que el consentimiento, incluso no expreso, y el simple aquietamiento ante la norma conducen a la convalidación de los vicios en que pudiera incurrir⁹.

III. ACOTACIONES CRÍTICAS AL SENTIDO Y ALCANCE DE LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD EN SU ACTUAL CONFIGURACIÓN

Se puede concluir, en definitiva, que la cuestión de ilegalidad ha sido configurada –en los artículos 27 y 123 a 126 LJCA– como un procedimiento que debe instar *obligatoriamente* el órgano jurisdiccional que –en cualquier grado, esto es importante– haya dictado una sentencia *firme estimatoria* en un recurso *indirecto* contra una norma reglamentaria por considerarla ilegal cuando carezca de la competencia para haber conocido del correspondiente recurso directo, siendo su finalidad alcanzar una resolución con efectos generales sobre la validez de dicho reglamento, ya que el proceso *a quo* se habrá resuelto, en los estrechos límites del artículo 6 LOPJ, mediante la mera inaplicación de la norma. De ahí que la cuestión deba ser planteada “ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición”, órgano que monopoliza, en principio, la competencia para declarar con efectos generales la validez de esa norma, sea a través del recurso directo, sea a través del recurso indirecto planteado ante él mismo, sea a través de la propia cuestión de ilegalidad que le plantee *obligatoriamente* cualquier otro órgano jurisdiccional, dejando a salvo la competencia cualificada del Tribunal Supremo.

en la conservación o anulación de la norma reglamentaria, aun cuando puedan no estar legitimados en relación con el acto recurrido.

(9) Y es que, precisamente, esta regla vino a rectificar un criterio jurisprudencial fraguado en la aplicación del artículo 3 de la Ley Santamaría de Paredes y consolidado en relación con el recurso directo contra los reglamentos y ordenanzas de los entes locales introducido –como sabemos– por la Ley de Régimen Local de 1950, el cual se basaba en la aplicación de la técnica del “acto consentido”.

Este perfil definitivo de la cuestión de ilegalidad, abandonada la configuración prejudicial que se proponía en algunos de sus antecedentes por referencia a la cuestión de inconstitucionalidad y a la cuestión prejudicial comunitaria, responde sustancialmente —más allá de las obvias dificultades prácticas que planteaba aquel modelo¹⁰— a la necesidad de respetar la facultad de todos los Jueces y Tribunales, incluidos los contencioso-administrativos, de inaplicar la norma reglamentaria ilegal relevante al caso¹¹. Reside ahí, precisamente, la mayor debilidad de la cuestión de ilegalidad, que, planteada con posterioridad a haberse resuelto —con carácter firme— el proceso *a quo*, no permite, en principio, trasladar a este proceso el definitivo criterio sobre la norma adoptado por el único Tribunal para dotarle de efectos generales en los términos de lo dispuesto en el artículo 126.5 LJCA; debilidad que se muestra en toda su crudeza cuando la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad es desestimatoria, de modo que se confirma —por el único órgano competente para hacerlo con efectos generales— la legalidad de una norma cuya supuesta invalidez sirvió al Juez o Tribunal *a quo* para declarar inválido el acto recurrido.

Las consecuencias de la contradicción entre la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad y la sentencia *a quo* se multiplican si esta última ha generado un proceso de extensión de sus efectos en aplicación de lo dispuesto en los artículos 110 y 37.2 y 111 de la Ley. De aplicarse en tales casos, sin limitaciones, tal técnica de extensión de efectos de la sentencia *a quo*, el efecto distorsionador de la contradicción entre ambas sentencias obliga a ponderar el principio de igualdad —en la aplicación de la doctrina sentada por la sentencia cuya extensión se pretende— y el principio de legalidad —que impediría extender una doctrina basada en la ilegalidad de una norma cuya legalidad confirma, con efectos generales, el único Tribunal competente para hacerlo—. Rechazada por la escasa jurisprudencia habida hasta ahora la posibilidad de suspender el expediente de extensión de sentencias una vez planteada la correspondiente cuestión de ilegalidad¹², sólo cabe aplicar de forma extensiva el artículo 110.5 y considerar que la desestimación de tal cuestión de ilegalidad impide extender los efectos de la sentencia *a quo*, lo que responde, por otra parte, al principio de que no cabe la igualdad en la ilegalidad.

Se puede concluir, en definitiva, que las especialidades que determinan cualquier modelo de control de las normas reglamentarias, derivadas en último término de la naturaleza

(10) Así, en el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1995 y en las correspondientes enmiendas al Proyecto de Ley introducidas por el Grupo Federal Izquierda Unida se había incorporado la cuestión de ilegalidad como un procedimiento incidental de carácter prejudicial a resolver, en el plazo de seis meses, en el seno del proceso abierto por el recurso indirecto, dentro del plazo para dictar sentencia y previa audiencia de las partes. Modelo este que, amén de generar dilaciones en el proceso *a quo*, se enfrentaba con la dificultad de garantizar el carácter vinculante de lo resuelto en la cuestión de ilegalidad respecto de la resolución del proceso principal suspendido para la tramitación de aquélla, particularmente en el caso de que la cuestión de ilegalidad fuese desestimada.

(11) Obsérvese que la prejudicialidad de la cuestión de inconstitucionalidad es inevitable a partir del carácter concentrado del control de constitucionalidad de las leyes, monopolizado por el Tribunal Constitucional como consecuencia de la propia naturaleza de estas normas, del mismo modo que ocurre en relación con la cuestión prejudicial comunitaria —calificada como mecanismo de cooperación judicial—, en tanto en cuanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas monopoliza la interpretación y control del Derecho comunitario.

(12) La SAN de 2 de octubre de 2001 (Ar. 9490) apela —en términos simplistas— al carácter firme de la sentencia *a quo* para imposibilitar la suspensión del incidente, mientras que el TSJ de Castilla y León en varias Sentencias de abril y mayo de 2001 —vid., por todas, las de 18 y 29 de mayo (Ar. 230742) descarta que el planteamiento de la cuestión de ilegalidad entrañe, por sí mismo, “un grave riesgo para el interés general” para negar la aplicación analógica del hoy apartado 6 del artículo 110 LJCA.

subordinada de este tipo de normas, impiden alcanzar una fórmula óptima, en la que, respetándose esta especial naturaleza, se conjuguen celeridad y unidad de criterio: o se concentra siempre y en todo caso el análisis de la validez de la norma reglamentaria en el único órgano competente para declarar, en su caso, su nulidad con efectos generales —lo que, amén de retrasar el enjuiciamiento de la actuación administrativa, chocaría con la facultad-deber prevista en el artículo 6 LOPJ¹³—, o se permite a un órgano jurisdiccional no competente para hacer una declaración general en ese sentido que conozca “incidentalmente” sobre la norma reglamentaria a los efectos de enjuiciar el acto (o inactividad) —con el consiguiente riesgo de contradicción entre su criterio y el que finalmente adopte el único órgano competente para conocer de la norma—.

Se hace, en definitiva, evidente la necesidad de acotar el papel de la cuestión de ilegalidad a un mero mecanismo de cierre del sistema, imprescindible pero restringido en su ámbito de aplicación. Esta conclusión se explica en la constatación de que la obligación de plantear la cuestión de ilegalidad sólo surge —y esto es de radical importancia— cuando la sentencia dictada en el proceso *a quo* hubiera devenido firme, lo que nos permite afirmar que, en la medida en que el sistema de recursos contra sentencias permita depositar la decisión sobre el recurso indirecto ante el órgano jurisdiccional competente para haber conocido del correspondiente recurso directo, entrarán en juego las reglas del artículo 27, apartados 2 y 3, y —correlativamente— se reducirá el ámbito de aplicación de la cuestión de ilegalidad. La vía de recurso es óptima, porque permite trasladar la definitiva valoración sobre la norma al proceso mismo en que se plantea la validez del acto, si bien no debemos obviar que su viabilidad depende de la voluntad y pericia de las partes. Ello exige, en consecuencia, que la cuestión de ilegalidad quede expedita como vía a plantear de oficio por el Juez o Tribunal para garantizar la plena depuración del ordenamiento siempre y en todo caso.

Precisamente por ello, debemos criticar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al interpretar restrictivamente el artículo 86.3 de la Ley —mucho menos claro, bien es verdad, que el artículo 81.2.d), que no deja lugar a la duda respecto del recurso de apelación¹⁴—, impide el acceso a la casación a la mayoría de las sentencias que, precisamente, encajan en el supuesto que da pie al planteamiento de la cuestión de ilegalidad —casi siempre las dictadas

(13) Se ha llegado a defender, como alternativa a la cuestión de ilegalidad, la incorporación de una regla según la cual el conocimiento de los recursos indirectos deberá ser trasladado al órgano jurisdiccional competente para conocer del correspondiente recurso directo; posibilidad esta que no deja, sin embargo, de plantear problemas, tanto en los supuestos en los que la impugnación del acto administrativo no se base con carácter exclusivo en argumentos relativos a la supuesta ilegalidad del reglamento que aquél aplica, como —sobre todo— en el caso de que los argumentos de este tipo no sean planteados por la parte demandante, sino que sean propuestos a la consideración de las partes por el órgano jurisdiccional en ejercicio de las facultades que le reconocen el artículo 6 LOPJ y el artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción. En este caso parece difícil, sino imposible, arbitrar mecanismos que —inmediatamente antes de dictar sentencia, como obliga el artículo 33.2— permitan el traslado del proceso al órgano competente para conocer del recurso directo contra la norma supuestamente ilegal.

(14) No cabe, en efecto, duda de que las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, ante los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, respectivamente, siempre que “resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales” [artículo 81.2.d) LJCA].

en única instancia, en todo caso las dictadas en segunda instancia¹⁵. Se amplía así, de forma intencionada —aunque, seguramente, inconsciente—, el ámbito de aplicación de la cuestión de ilegalidad multiplicando el riesgo —demostrado en la práctica— de sentencias desestimatorias de cuestiones de ilegalidad y, por ello, contradictorias con las sentencias dictadas en los procesos originarios que, no lo olvidemos, pueden estar incursas en expedientes de extensión de sus efectos. Piénsese que de haber podido conocer el Tribunal Supremo en casación, su decisión sobre la norma —confirmando su validez— repercutiría en el propio supuesto planteado en el recurso original. Sin embargo, si el Tribunal Supremo conoce de la cuestión de ilegalidad, su confirmación de la validez de la norma no es trasladable al proceso *a quo*, que ya ha quedado resuelto mediante sentencia firme dictada sobre la base de considerar que el reglamento cuestionado era contrario al ordenamiento¹⁶.

La situación pasa de insatisfactoria a paradójica cuando se observa que el asunto puede recalar finalmente en el propio Tribunal Supremo por la vía de la casación contra la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad, posibilidad esta perfectamente contemplada en el artículo 86.3 de la LJCA, que, de hecho, ya ha encontrado algún ejemplo en la práctica. Todo lo cual nos invita a proponer, *de lege ferenda*, la reformulación del artículo 86.3 de la LJCA para permitir residenciar ante el Tribunal Supremo las dudas de legalidad de todas las normas reglamentarias cuando el Tribunal *a quo* que haya conocido previamente de éstas no sea competente para dotar de efectos generales a su valoración sobre su legalidad. Propuesta que es perfectamente compatible con la incorporación de una cláusula restrictiva, como la tradicionalmente asumida por la jurisprudencia, conforme a la cual sólo podría revisarse en casación el argumento relativo a la ilegalidad de la norma reglamentaria.

En estos términos se dotaría de perfil definitivo a una técnica, la cuestión de ilegalidad, que puede llegar a representar un papel fundamental en la depuración del ordenamiento jurídico cuando las partes no hayan querido —o sabido— abrir la vía del recurso contra sentencia, siempre preferible. En la regulación de su procedimiento debe atenderse, por ello, con espe-

(15) Más dificultades plantea, sin embargo, la interpretación del artículo 86.3 de la Ley en relación con el acceso al recurso de casación de las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional dictadas en atención a la supuesta invalidez de una norma reglamentaria, particularmente con ocasión de resolver recursos indirectos contra éstas: y ello por cuanto —por más que en él se afirma expresamente que “cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”— esta expresión ha sido interpretada en su literalidad por el Tribunal Supremo enlazándola con los dos primeros apartados del mismo artículo para concluir —en una jurisprudencia monolítica— que sólo cabe recurso de casación contra sentencias dictadas en única instancia y, además, sólo cuando hayan declarado expresamente la nulidad o conformidad a Derecho de la norma discutida, sea a través de un recurso directo o de un recurso indirecto del que conozca el órgano jurisdiccional que hubiera podido conocer de aquél, en aplicación del artículo 27.2 LJCA. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la regla del apartado 4 del mismo artículo 86.

(16) La conclusión anterior no puede ser salvada por la vía de los recursos extraordinarios de casación —por unificación de doctrina o en interés de la ley—, recursos que, como es sabido, entrarán en juego de forma subsidiaria —por el orden en que han sido citados— en los casos en los que no quepa plantear el recurso de casación ordinario contra sentencias dictadas —eso sí— en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional. Y ello no sólo porque, en efecto, sólo caben contra sentencias dictadas en única instancia y porque la admisibilidad de ambos recursos está muy condicionada, sino también, y sobre todo, para el caso de la sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la Ley, porque ésta “respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida”, en los términos de lo previsto en el artículo 100.7 de la LJCA. Precisamente por ello no ha de extrañar que más de un autor haya destacado las similitudes existentes entre la cuestión de ilegalidad en su actual configuración y el recurso de casación en interés de ley.

cial interés, a la garantía de la intervención de las partes, considerándose como tales a todos los que puedan verse afectados por la norma cuestionada. Así lo destacaremos.

Garantizado el principio de audiencia de las partes, podría pensarse en dar un paso más en la evolución que explica la introducción de la cuestión de ilegalidad —y su paralelo, las técnicas del artículo 27.2 y 3— en la Ley de 1998. Incluso se puede entender que en la propia Ley están implícitos los argumentos que, en búsqueda de la más plena depuración del ordenamiento jurídico, obligan a extraer las máximas consecuencias de la superación de la concepción revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa para aplicar las reglas contenidas en los distintos apartados del artículo 27 de la LJCA a todos los supuestos en los que se pueda poner en duda la legalidad de una norma reglamentaria, y no exclusivamente a aquellos identificados estrictamente como recursos indirectos contra reglamentos. De este modo, hemos defendido que el carácter obligatorio de la regla de la inaplicabilidad de la norma reglamentaria ilegal contenida en el artículo 6 de la LOPJ, permite —e impone— al Juez o Tribunal contencioso-administrativo que conozca de un recurso contra un acto —aunque no sea un recurso indirecto— o, incluso, de un recurso contra una inactividad de la Administración, a contrastar la legalidad de la norma reglamentaria aplicable al caso y, en la medida en que la considere ilegal, atenderse a las exigencias de aquel artículo 27, bien declarándolo en el fallo con efectos generales, bien planteando *a posteriori* la correspondiente cuestión de ilegalidad. Las técnicas de los apartados 2 y 3 del artículo 33 LJCA le permiten superar la original delimitación del proceso que perfilan las propias partes, las cuales —esto es obvio— deben ser oídas en uno y otro caso. Así lo ha asumido una creciente práctica de Tribunales Superiores de Justicia que debería extenderse para la mejor garantía de los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica.

Por las mismas razones, sería conveniente, *de lege ferenda*, dejar expedita la vía de la cuestión de ilegalidad para los Jueces y Tribunales no contenciosos que, en ejercicio de la facultad-deber que les reconoce el artículo 6 LOPJ, inapliquen un reglamento que consideren ilegal. De este modo, obligando a los órganos jurisdiccionales de otros órdenes jurisdiccionales a plantear la cuestión de ilegalidad ante el órgano jurisdiccional competente del orden contencioso-administrativo, sin dotar a este procedimiento de carácter prejudicial, se respeta plenamente el sentido del artículo 6 LOPJ, favoreciendo que alcance a los reglamentos dictados en materias no administrativas un mecanismo que tiende a la plena depuración del ordenamiento.

IV. GENERALIDADES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DE LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

En la exigua regulación del procedimiento de tramitación de la cuestión de ilegalidad —contenida en el Capítulo II del Título V de la Ley de Jurisdicción (artículos 123 a 126)— se mezclan elementos procedentes de la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad

y del recurso directo, a cuya regulación se remite expresamente el artículo 126.2 LJCA. Doble referente que no deja de ser distorsionador –sobre todo el primero, máxime una vez se ha superado la configuración prejudicial de la cuestión de ilegalidad–, pero que, en todo caso, marca las peculiaridades de un procedimiento, cuyos trámites claves pasamos a describir someramente para poder valorar, finalmente, el sentido y alcance de la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad.

1. El procedimiento por el que se tramita una cuestión de ilegalidad se inicia –en los términos del artículo 123 LJCA– de oficio mediante auto dictado por el Juez o Tribunal *a quo* en el plazo no preclusivo de cinco días contado desde que conste en las actuaciones la firmeza de su sentencia. Frente a este auto no cabrá recurso alguno y su contenido se ceñirá únicamente a identificar el precepto o preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda.

En estos términos, el planteamiento de la cuestión de ilegalidad resulta obligatorio –sin necesidad de dar audiencia a las partes–, salvo que la cuestión haya perdido su objeto, sea porque el precepto cuestionado haya sido ya declarado nulo y expulsado del ordenamiento en sentencia firme y publicada –esto es importante– dictada en proceso hábil, es decir, en recurso directo, indirecto resuelto por el órgano jurisdiccional competente para dotar a su pronunciamiento de efectos generales, o –por supuesto– en una previa cuestión de ilegalidad; sea porque la misma cuestión de ilegalidad haya sido planteada ya –eso sí, en idénticos términos–. No será así, sin embargo, cuando la norma cuestionada haya sido derogada o, incluso, cuando la derogación haya afectado a la norma violada por la norma cuestionada, puesto que los efectos *ex nunc* de la derogación no niegan la virtualidad de una posible sentencia anulatoria sobre los actos y sentencias no firmes que aplicaron la norma derogada.

2. Una vez dictado el auto de planteamiento de la cuestión de ilegalidad, el Juez o Tribunal que conoció del proceso *a quo* lo remitirá al Tribunal que habrá de conocer de la cuestión junto con una “copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo”, documentos ambos cuya reclamación se corresponde más propiamente con el modelo prejudicial. En todo caso, así lo ha previsto el artículo 124 LJCA, que se limita a establecer que este traslado se producirá “urgentemente”. En buena lógica, se debería cumplir con estas remisiones obligatorias de forma inmediata a que se hayan practicado las actuaciones que, en principio, deben quedar reflejadas en la documentación de obligatorio acompañamiento con el auto: emplazamiento de las partes y publicación del propio auto, aun cuando ambas pueden ser suplidas por el Tribunal *ad quem*.

Las partes, que deben ser identificadas de forma desvinculada del proceso *a quo* en atención a que el objeto de la cuestión es la norma reglamentaria, deberán ser, en efecto, emplazadas personalmente –en tanto en cuanto sean identificables– para que en el plazo de quince días comparezcan ante el Tribunal *ad quem*. Previsión esta que se conecta con el trámite de publicación del auto, que deberá llevarse a cabo “en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada”, ya que con ello se pretende, no sólo hacer saber con carácter general que la norma reglamentaria cuestionada puede

ser anulada y eliminada del ordenamiento jurídico, sino también abrir una vía para que los interesados en el procedimiento que no hubieren sido personalmente emplazados —particularmente los que no hubieran sido parte en el proceso originario— puedan personarse en él.

3. Una vez trasladado al Tribunal que deba conocer de la cuestión de ilegalidad el auto por el que se plantea, se ha previsto un trámite de admisión, conforme al cual deberá comprobarse —“sin necesidad de audiencia de las partes”, lo cual no deja de ser criticable— si concurren en el supuesto las “condiciones procesales” que determinan la admisibilidad de la cuestión —ampliadas a las causas comunes, particularmente las derivadas de la pérdida sobrevenida de objeto por anulación firme, que no derogación, de la norma cuestionada— (artículo 125.2 LJCA). Y ello en el bien entendido de que la comprobación de la concurrencia de estas condiciones debe estar inspirada por el principio *pro actione*, descartando la inadmisión por la falta de condiciones subsanables, incluyendo en este supuesto la posibilidad de que el Tribunal *ad quem* supla determinados trámites, como el emplazamiento de las partes, la reclamación del expediente o la publicación, cuando no hubieran sido cumplidos por el órgano jurisdiccional *a quo*. Como consecuencia de este trámite, se dictará, bien un auto de inadmisión, bien una providencia de admisión.

4. Conviene advertir que la admisión de la cuestión de ilegalidad no exime al Juez o Tribunal que conoció del proceso original de su obligación de ejecutar la sentencia que —no lo olvidemos— ha devenido firme. Tampoco implica, por sí misma, la suspensión de la norma cuestionada, si bien esta posibilidad queda abierta por la vía de la adopción de una medida cautelar en tal sentido por parte del Tribunal que conozca de la cuestión de ilegalidad. Opción esta que debería verse favorecida en la práctica, especialmente en los supuestos de extensión de los efectos de la sentencia dictada en el proceso *a quo* por aplicación de lo previsto en los artículos 110 o 37.2 y 111 LJCA, máxime en tanto en cuanto no se identifique en el apartado 6 del artículo 110 de la Ley —y, de forma paralela, en el apartado 1.c)— la cuestión de ilegalidad entre los procesos que, estando pendientes, obligan a suspender el incidente en el que se deba decidir la extensión de la sentencia: recurso de revisión y recurso de casación en interés de la Ley.

Debemos confirmar, por otra parte, al hilo de lo anterior, que —en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26.2 LJCA— la admisión de una cuestión de ilegalidad no impone la excepción de litispendencia respecto de otros procesos en los que se discuta la legalidad de la norma cuestionada. Ejemplos hay en la práctica judicial que vienen a avalar este razonamiento, sin que se deba descartar que el Juez o Tribunal adopte medidas cautelares en el proceso del que conozca cuando la conclusión alcanzada en relación con la cuestión de ilegalidad pueda tener incidencia sobre éste, tanto si se trata de recursos indirectos contra la misma norma cuestionada o, incluso, recursos directos contra normas que dependan jerárquicamente de aquélla. En el bien entendido de que es ésta una decisión que queda en manos del órgano jurisdiccional que, además, dispone de la facultad de inaplicar por sí mismo la norma reglamentaria cuestionada en ejercicio de la técnica del artículo 6 LOPJ sin tener que esperar a que se resuelva la cuestión de ilegalidad por otro Tribunal, aun

cuando, en este caso, el artículo 126.4 de la LJCA aplica –como veremos– un criterio de preferencia reforzada en su tramitación.

Es de lamentar, finalmente, que nada se haya previsto expresamente en la LJCA acerca de la posible tramitación acumulada de varias cuestiones planteadas simultáneamente respecto de la misma norma reglamentaria. La tramitación separada no sólo desconoce el principio de economía procesal, sino que –lo que es más grave– pone en riesgo el principio de igualdad –como la práctica ha demostrado–, particularmente si la primera sentencia dictada es desestimatoria, conduciendo a la consecuencia paradójica de reproducir la misma situación problemática de reiteración de sentencias sobre la misma norma que la LJCA pretendió, precisamente, evitar con la nueva regulación del recurso indirecto. Todo lo cual invita, pues, a abogar por aplicar en el contexto de la cuestión de ilegalidad la técnica de la acumulación regulada en el artículo 37.1 de la LJCA para el procedimiento ordinario.

5. Una vez admitida la cuestión de ilegalidad mediante providencia, el Tribunal se enfrenta con el objeto mismo de la cuestión: determinar si la norma reglamentaria considerada ilegal por el órgano jurisdiccional que conoció del proceso *a quo* es efectivamente nula y, en consecuencia, debe ser definitivamente expulsada del ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, no se opone al ordenamiento jurídico y se debe confirmar su validez. Para ello cuenta, en principio, únicamente con dos elementos de juicio: por una parte, tal y como se deduce del artículo 124.1 de la Ley, “los autos principales y el expediente administrativo” trasladados por el Juez o Tribunal que conoció del proceso original; por otra, la documentación que, en su caso, hayan aportado las partes junto con su escrito de personación y alegaciones por estimarla oportuna a los efectos de “enjuiciar la legalidad de la disposición cuestionada” (artículo 125.1 LJCA), como puedan ser una sentencia posterior a la que dio origen al planteamiento de la cuestión de ilegalidad o la aportación del expediente de elaboración de la propia norma reglamentaria objeto de la cuestión por parte de la Administración autora de la misma en el supuesto –poco probable, pero posible– de que no constase en autos en el proceso *a quo*. Este expediente podrá, en último término, ser reclamado por el Tribunal, en aplicación del apartado 3 del mismo artículo 125, que le habilita para suspender el plazo para dictar la sentencia con la intención de reclamar dicho expediente o practicar alguna prueba de oficio. En uno y otro caso debe darse traslado a las partes para alegaciones.

También cabe que, llegado el momento de dictar sentencia, el Tribunal que conozca de la cuestión de ilegalidad decida ampliar su objeto en uso de las facultades que le reconoce el artículo 33.3 de la Ley, al que se remite expresamente –en relación con la cuestión de ilegalidad– el artículo 126.2. Cabe incluso que, por esta vía, se amplíe el cuestionamiento de la norma a todo su articulado, particularmente si se entiende que ésta ha incurrido en vicios de forma, dado que en nuestra opinión, el propio apartado 2 del mismo artículo 33 es plenamente aplicable a la cuestión de ilegalidad –aunque la norma no haga remisión expresa a éste–, posibilitando que el Tribunal plantee a las partes la consideración de motivos de ilegalidad distintos a los originalmente alegados por ellas. Lo que no impide hacer notar que se puede detectar en los Tribunales una cierta tendencia a resolver las cuestiones de ilegalidad mediante el expediente simple de contrastar los argumentos

volcados por el órgano jurisdiccional *a quo* para justificar su consideración de ilegalidad de la norma, incluso a través de la valoración de la propia sentencia dictada en el proceso original, algo que no encaja con un procedimiento que en ningún caso se constituye en una nueva instancia.

6. En principio, el procedimiento de tramitación de la cuestión de ilegalidad se habrá declarado concluido una vez terminado el plazo de alegaciones de las partes —en los términos estrictos del apartado 2 del artículo 125—, sin que parezca posible la celebración de una vista. En este momento, el Tribunal deberá señalar día para votación y fallo dentro de los diez días siguientes, si bien este plazo puede verse ampliado —por aplicación analógica del artículo 67.2 de la Ley— o, como hemos indicado, suspendido. Con todo, es importante advertir que en el trámite de señalamiento de fecha para votación y fallo deberá tenerse en cuenta la aplicación de la regla de la preferencia contenida en el artículo 66, al que se remite el 126.2, de modo que la cuestión de ilegalidad —como los recursos directos— se antepondrá para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, de cualquier instancia o grado, excepto cuando se trate de procesos especiales de protección de derechos fundamentales. Regla de preferencia perfectamente justificada en el principio de seguridad jurídica y que, como tal, entronca con la necesidad de depurar el ordenamiento: de ahí que deba interpretarse que es igualmente aplicable a los recursos indirectos de los que conozca el órgano jurisdiccional competente para dotar de efectos generales a su valoración sobre la norma reglamentaria en aplicación de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo 27 LJCA.

Las mismas razones de seguridad jurídica explican que este criterio preferencial se cualifique, en los términos de lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo 126, cuando la cuestión que se dirima sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos, como puedan ser aquéllos en los que se dirima la ilegalidad de la misma norma reglamentaria que es objeto de la cuestión de ilegalidad, en definitiva, de recursos indirectos, y muy particularmente cuando hayan entrado en juego las reglas de los artículos 110 y 111 de la Ley. Previsión esta que, por este solo dato, no puede considerarse meramente reiterativa de la del artículo 126.2 de la Ley, a lo que se suma que tiene una virtualidad más intensa, ya que determina la preferencia de la cuestión, no sólo en la fase de resolución, sino también en la de tramitación frente a otros procesos, excluidos, obviamente, los que tengan por objeto el amparo judicial de derechos fundamentales.

V. LA SENTENCIA DICTADA EN LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD: CONTENIDO Y EFECTOS

Finalmente, teniendo en cuenta todos los elementos aportados a lo largo del procedimiento y, en su caso, habiendo extendido el objeto del proceso a otros preceptos conexos a aquellos que fueron considerados inválidos en el proceso original, el Tribunal dictará sentencia en la cuestión de ilegalidad. Y ello siempre y cuando el procedimiento en que

consiste la cuestión de ilegalidad no hubiese terminado por una de las vías o modos de terminación del procedimiento contencioso-administrativo de los regulados en los artículos 74 a 77 de la LJCA, en la medida en que sean trasladables a este procedimiento peculiar.

La sentencia dictada en el proceso abierto por la cuestión de ilegalidad podrá determinar su inadmisión —con todo lo paradójico que resulta esta opción— o, entrando en el fondo, concluir, total o parcialmente, en su estimación o desestimación. Esta precisión del artículo 126.1 de la Ley —perfectamente coherente con el 68— debe ser completada con la remisión expresa que hace el apartado 2 de aquel artículo a los artículos 70, 71.1.a), 71.2, 72.2 y 73 de la misma Ley, de lo que se deduce que esta sentencia se asemeja, en sus contenidos y efectos, a la dictada en un proceso abierto por un recurso directo.

1. La sentencia de inadmisibilidad se corresponde, más propiamente, con una sentencia “desestimatoria por razones procesales”, toda vez que, como el artículo 126.1 advierte, sólo podrá dictarse este tipo de sentencia cuando “faltare algún requisito procesal insubsanable”. De ahí que debamos concluir que esta opción debe resultar residual si recordamos el juego del trámite de admisión, sin perjuicio de reconocer su virtualidad en los supuestos en los que la causa de inadmisibilidad haya surgido de forma sobrevenida —como en caso de cosa juzgada, especialmente por haberse dictado ya sucesivamente sentencia estimatoria en una previa cuestión de ilegalidad—.

De lo que no cabe duda es de que la sentencia de inadmisibilidad tendrá efectos limitados como consecuencia de su propio contenido: por aplicación analógica del artículo 72.1 LJCA, podemos concluir que no producirá efecto de cosa juzgada respecto del fondo, pero sí respecto de la cuestión procesal, lo que supone que, habiéndose resuelto una concreta cuestión de ilegalidad mediante una sentencia de inadmisión, podrá volver a plantearse una cuestión sobre la misma norma reglamentaria sin que se prejuzgue en absoluto su validez, a no ser que tal sentencia estuviera basada en que se hubiera anulado ya judicialmente tal norma, en cuyo caso carecerá de objeto.

2. La sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad puede, también, tener un contenido plenamente estimatorio, lo que implica que contendrá una declaración de nulidad de los preceptos del reglamento cuya ilegalidad hubiera servido, en su momento, de base para estimar el recurso planteado en el proceso a quo. En definitiva, se confirmará el criterio del Juez o Tribunal que conoció del proceso original, dotando finalmente de efectos generales a su consideración de invalidez de la norma, sin que se produzca ninguna contradicción entre ambos criterios, pudiendo incluso ampliarse esta declaración a otros preceptos conexos e, incluso, a la totalidad de la norma en aplicación del artículo 33, como nos consta.

En principio, la remisión que el artículo 126.2 hace al 71.1.a) se debe entender en términos absolutos, de modo que la sentencia declarará no ser conforme a Derecho y, en todo caso, anulará total o parcialmente la disposición objeto de la cuestión, dado que en el Tribunal que dicta la sentencia en la cuestión de ilegalidad concurre efectivamente la

competencia para hacerlo en los términos de lo dispuesto en el artículo 27.1¹⁷. Lo que no puede hacer, en ningún caso, la sentencia estimatoria de una cuestión de ilegalidad—y en esto es meridianamente claro el artículo 71.2 de la Ley, al que se remite igualmente el 126.2— es dar nueva redacción a los preceptos cuya nulidad declara. Lo contrario excedería radicalmente de las potestades del Poder Judicial tal y como han sido perfiladas en el artículo 117 de la Constitución y, en último término, se opondría frontalmente al principio de división de poderes, máxime si se tiene en cuenta que la potestad reglamentaria es por naturaleza discrecional y la voluntad del Gobierno —entendido en sentido amplio— no puede ser sustituida. Lo que no impide admitir la posibilidad de que se dicte una suerte de sentencia “interpretativa” en la que el órgano jurisdiccional indique unas pautas o cauces en concordancia con los cuales debe aprobarse la norma reglamentaria en sustitución de la declarada nula.

En estos términos, la sentencia firme que estime una cuestión de ilegalidad tendrá los mismos efectos que una sentencia estimatoria de un recurso directo contra reglamentos. No en vano, el artículo 126.2 se remite expresamente al 72.2 de la LJCA. Más concretamente, la anulación de una norma reglamentaria supone su expulsión definitiva del ordenamiento, con plenos efectos *pro futuro* una vez haya sido publicada la correspondiente sentencia en los términos que veremos, lo que implicará que deberán declararse nulos todos los actos dictados en aplicación de la norma anulada con posterioridad a su anulación judicial.

Pero, ¿cuáles serán los efectos de la anulación judicial de una norma sobre las situaciones jurídicas afectadas por ella con anterioridad a tal declaración judicial de nulidad? Teniendo en cuenta que el efecto de la nulidad, asumido en términos estrictos, supone la negación *ab initio* de la validez de la norma reglamentaria, debería concluirse que todos los actos y sentencias dictados en aplicación de tal norma —incluyendo la sentencia dictada en el proceso que dio origen a la correspondiente cuestión de ilegalidad— deben ser declarados nulos y revisadas, respectivamente, por carecer de apoyo en una norma válida. Sin embargo, este planteamiento maximalista debe ser matizado de forma inmediata, particularmente por lo que se refiere a los actos y sentencias firmes que hubieran aplicado la norma anulada. Las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica obligan a concluir que tal declaración de nulidad no debe conllevar *de forma automática* la nulidad de todos los actos y sentencias dictados en su aplicación. Desaparecida la cobertura jurídica inmediata de tales actos y sentencias una vez declarada la nulidad de la norma reglamentaria, se deberá analizar en cada caso —a través de los procedimientos que correspondan, en la medida en que estén expeditos— si ello implica o no la anulación de aquéllos o éstas; lo cual no excluye, ni siquiera, la posibilidad de que se llegue a forzar, en determinados casos, la anulación de un acto o sentencia firme, en los términos del

(17) Ello no ha de impedir, sin embargo, como tampoco lo ha hecho el tenor literal del artículo 39.1 de la LOTC respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una Ley, que se plantee la existencia de sentencias estimatorias que declaren la no conformidad a Derecho de las normas reglamentarias pero demorando la consiguiente declaración de nulidad.

artículo 73 LJCA, en el caso de que “la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”¹⁸.

Lo que debe quedar claro, en todo caso, es que la sentencia firme dictada en una cuestión de ilegalidad que anule ciertos preceptos de una determinada norma reglamentaria tendrá como efecto inmediato, desde su publicación, el de la terminación de todos aquellos procesos abiertos en que se esté dirimiendo la legalidad de estos mismos preceptos. En estos supuestos se puede afirmar que la eliminación de la disposición o disposiciones declaradas nulas en sentencia firme implica la desaparición del objeto de los procesos abiertos para dirimir su supuesta nulidad, tal y como hemos tenido ocasión de destacar.

¿Qué decir, finalmente, sobre la virtualidad de la declaración de nulidad de la norma reglamentaria contenida en la sentencia estimatoria de la cuestión de ilegalidad para hacer recuperar la vigencia a las normas reglamentarias que hubieran quedado derogadas por aquélla? Si nos ceñimos a la lógica misma de la declaración judicial de la nulidad de una norma, debemos recordar que ésta —a diferencia de la derogación¹⁹— supone que el reglamento en cuestión desaparece del mundo del Derecho desde el momento de su promulgación, lo que implicará que, en principio, cualquier norma reglamentaria que hubiera sido expresa o implícitamente derogada por aquélla recuperará su vigencia. Ello sin perjuicio, obviamente, de qué causas distintas hubieran implicado la derogación o nulidad de tal norma reglamentaria.

3. La sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad será totalmente desestimatoria cuando el Tribunal considere plenamente válidos los preceptos reglamentarios cuya consideración de ilegalidad determinó la sentencia dictada en el proceso originario. La peculiaridad de la sentencia desestimatoria reside, precisamente, en la contradicción que encierra entre el criterio definitivo sobre la validez de la norma, sentado por el único Tribunal competente para dotar de efectos generales a su valoración, y el criterio de invalidez que, en su momento, sirvió para resolver el proceso a quo por la vía de la inaplicación de la norma reglamentaria. Esta contradicción es la que demuestra, como sabemos, la debilidad de un modelo de depuración del ordenamiento que combina, inevitablemente, abstracción y concreción.

Nos remitimos a las reflexiones ya hechas en su momento, no sin destacar que es precisamente en relación con las sentencias desestimatorias de la cuestión de ilegalidad —asumida su vigente configuración no prejudicial— con las que cobra toda su importancia la regla recogida en el apartado 5 del artículo 126 de la Ley, conforme al cual la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad tendrá —en principio— sólo efectos *ex nunc*, sin afectar

(18) Si bien no debemos obviar la renuencia de la jurisprudencia a anular los actos firmes por consentidos, dado que —y en este sentido se sigue la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero— en aplicación del principio de seguridad jurídica, no puede concederse un trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales, en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones posteriormente declaradas ilegales mediante sentencia firme. Vid., entre todas, las SSTs de 26 de enero de 1999 (Ar. 70), y de 8 de noviembre de 1999 (Ar. 9088).

(19) Recordemos que el artículo 2.2 CC, *in fine*, prescribe que “por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado”.

a “la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla”. Expresión esta que, en sentido estricto, no añade nada a las consecuencias que se derivan directamente del carácter firme de la sentencia dictada en el proceso *a quo*, pero que puede adquirir pleno sentido si se asume que la “situación jurídica concreta derivada” de la sentencia *a quo* puede ser más amplia que la que dio origen al recurso por ella resuelto, particularmente en los supuestos en los que se dictara sentencia desestimatoria de la cuestión de ilegalidad estando pendientes de resolución incidentes de extensión de efectos de la sentencia *a quo* instados en aplicación los artículos 110 y 37.2 y 111 de la Ley. De ahí que, en aras a garantizar más plenamente el principio de legalidad, hayamos defendido la aplicación analógica del artículo 110.5 de la LJCA —aplicable también, por remisión, a los supuestos regulados en el artículo 111— para concluir que no será posible extender los efectos de la sentencia *a quo* cuando su sentido sea contradictorio al de la sentencia definitivamente dictada en la cuestión de ilegalidad.

El legislador guarda silencio sobre los efectos que deban derivarse de las sentencias que desestimen cuestiones de ilegalidad respecto de los actos y sentencias, anteriores o posteriores, a las relacionadas con el proceso *a quo*. Nos debemos plantear, por ello, como hicimos en relación con las sentencias de inadmisibilidad, la posibilidad de aplicar analógicamente la regla contenida en el artículo 72, precepto que advierte que las sentencias desestimatorias de recursos contencioso-administrativos sólo producirán “efectos entre las partes”. El planteamiento que en su momento defendimos en relación con las sentencias de inadmisión —que no producirán efecto de cosa juzgada respecto del fondo, pero sí respecto de la cuestión procesal— presenta dificultades en su aplicación a las sentencias desestimatorias cuando lo ponemos en conexión con la regla contenida en el artículo 26.2, que —aunque se refiere estrictamente a los efectos de la desestimación de un recurso directo contra reglamento— puede ser extrapolada a la cuestión de ilegalidad. De ello se concluye que la desestimación de una cuestión de ilegalidad no debe impedir que se plantee sucesivamente un recurso indirecto respecto de los mismos preceptos cuestionados y, en consecuencia, que en el mismo recurso o por la vía de la cuestión de ilegalidad se encuentre nueva ocasión para dotar de efectos generales a la reconsideración de su validez, máxime cuando la desestimación del recurso directo o de la cuestión de ilegalidad se basara en criterios y argumentos distintos a los que se proponen en el nuevo cuestionamiento de la norma reglamentaria o cuando deba entrar en juego el principio formulado en el artículo 3.1 del Código Civil, que obliga a interpretar las normas jurídicas en relación con “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”²⁰.

(20) Puede haber razones que, pasado el tiempo, inviten a dudar de la validez de una norma que había sido originalmente confirmada. Este puede ser, de hecho, el caso cuando haya sido derogada la norma que le diera cobertura, llegando incluso a plantearse una derogación implícita de la norma que, en todo caso, invita a su formalización mediante sentencia en aras a garantizar la seguridad jurídica. También cuando la norma de cobertura ha sido declarada nula en vía judicial, si se trata de otra norma reglamentaria de rango superior, o en vía constitucional, en el caso de que se trate de una ley. Cuando no concurren este tipo de supuestos, si es el mismo Tribunal el que conoce de la misma norma en un corto lapso de tiempo, es difícil que se produzca un cambio de criterio.

Bien es verdad que, según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de enero de 2005²¹, queda, en principio, descartado que pueda volver a plantearse al mismo Tribunal, por la vía de la cuestión de ilegalidad, la conformidad a Derecho de una norma cuya legalidad ya confirmara, normalmente en vía de recurso directo. Conclusión esta que, asumida en términos tajantes plantea las dificultades ya anunciadas, toda vez que en absoluto se discute que el artículo 26.2 implique la posibilidad de reiterar sucesivos recursos indirectos frente a la misma norma. Si quedara definitivamente vedada la vía de la cuestión de ilegalidad, podrá reiterarse la situación que este mismo mecanismo ha querido evitar, cual es la multiplicación de sentencias divergentes. Y ello porque, tal y como asume el propio Tribunal Supremo en su sentencia, los órganos inferiores no están plenamente vinculados por un principio de jerarquía y pueden resolver desentendiéndose del precedente. Todo lo cual invita a defender, *de lege ferenda*, la introducción, en el artículo 26.2, de una mención expresa a la cuestión de ilegalidad —e, incluso, a los recursos indirectos de los que conozca un órgano jurisdiccional con competencia para pronunciarse con efectos generales sobre la disposición general cuestionada—.

4. Conviene advertir, finalmente, que la sentencia dictada en una cuestión de ilegalidad sólo desplegará efectos cuando adquiera firmeza y, es más, sólo lo hará plenamente cuando la sentencia sea objeto de publicidad. Y ello en el bien entendido de que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo adquirirán —directamente— firmeza, mientras que las sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional podrán ser objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en aplicación del ya conocido artículo 86.3 LJCA, siempre y cuando se trate de sentencias sobre el fondo, nunca de sentencias de inadmisibilidad.

El mismo matiz juega en relación con la obligación de publicar la sentencia, una vez sea firme. Sólo tras su publicación adquiere efectos geneales, con lo que se pretende aplicar simétricamente el mismo grado de publicidad a la aprobación de la norma y a la valoración que sobre la misma haya podido efectuar el único órgano jurisdiccional con competencia para dotarla de efectos generales, lo que tiene especial importancia en el caso de sentencias estimatorias. Siendo esto así, no se debe descartar que, en el *interim*, es decir, desde que la sentencia adquiera firmeza hasta su publicación, aquella pueda llegar a desplegar efectos, pudiendo ser objeto de alegación en otros procesos donde la valoración sobre la validez de la norma —particularmente en el caso de sentencias estimatorias— pueda ser determinante. De ahí que pueda llegar a tener cierta virtualidad, a pesar de ser un claro reducto de la configuración prejudicial de la cuestión, el trámite previsto en el artículo 126.3 LJCA, según el cual la sentencia firme deberá ser comunicada al Juez o Tribunal que planteó la cuestión de ilegalidad, sea cual sea su contenido; y ello muy particularmente en relación con incidentes que, en aplicación de los artículos 110 y 37.2 y 111 LJCA, pudiera tener pendientes de resolver el Juez o Tribunal *a quo*.

Quedan así descritas, en apretada síntesis, las claves de una nueva técnica que, acotada a sus justos términos, ha de seguir cumpliendo un papel fundamental en la mejor depura-

(21) Ar. 1277.

ción del ordenamiento jurídico. La peculiar naturaleza de la norma reglamentaria hace imprescindible la incorporación de una técnica que, aun respetuosa con la capacidad genérica de todos los órganos jurisdiccionales —de cualquier orden— para pronunciarse *ad casum* sobre la conformidad a Derecho de una norma reglamentaria, permita que el órgano contencioso-administrativo con competencias plenas al respecto se pronuncie definitivamente sobre ella, para la mejor garantía del principio de seguridad jurídica.

La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP o el último ataque a los Principios Constitucionales reguladores del acceso al Empleo Público

JORGE FONDEVILA ANTOLÍN

Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería
de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria.
Secretario de Administración Local

Resumen

LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DEL EBEP O EL ÚLTIMO ATAQUE A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES REGULADORES DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, vuelve a reabrir, en contra de la opinión de la Comisión de Expertos redactora del Informe que sirvió de base para la elaboración del Proyecto de Ley, un problema que se entendía definitivamente cerrado, en concreto, el acceso y consolidación del empleo temporal en las administraciones públicas por medio de procedimientos “singulares”, que recordemos originaron en su momento una amplia jurisprudencia constitucional no siempre favorable a este tipo de procedimientos y únicamente admitidos por razones de “excepcionalidad”.

Así, este artículo tras realizar un detallado examen de la Jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Constitucional, y en especial de las situaciones normativas que justificaron la excepcionalidad de esta clase de convocatorias, procede a contrastar ésta con las actuales previsiones del EBEP, alcanzando como conclusión básica que la citada Disposición Transitoria presenta serias dudas de constitucionalidad, tanto en los fundamentos que sirven de justificación para su establecimiento como en su concreto contenido normativo, en especial, méritos como la valoración de la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria.

Abstract

THE FOURTH TRANSITORY DISPOSITION OF THE EBEP OR THE LAST ATTACK TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES REGULATORS OF THE ACCESS TO THE STATE EMPLOYMENT

The Fourth Transitory Disposition of the EBEP, reopens again, against the opinion of the Commission of Experts that drew up the Report that served as base for the elaboration of the Draft of the Law, a problem thought definitively closed, in short, the access and consolidation of the temporary employment in the Civil Services by means of "peculiar" procedures that, remember it, originated in their moment a wide constitutional jurisprudence not always in favour of this type of procedures and only admitted by reasons of "exceptionality."

Thus, this article after carrying out a detailed exam of the Jurisprudence passed by our Constitutional Court, and especially of the normative situations that justified the exceptionality of this type of competitive exams, it proceeds to contrast the jurisprudence with the current forecasts of the EBEP, reaching as basic conclusion that the aforementioned transitory disposition presents doubts of constitutionality, so much in the basis that serve as justification for its establishment as in its concrete normative content, especially, merits like the valuation of the experience in the jobs object of the competitive exam.

Sumario:

I. La evolución histórica de los procesos "singulares" de consolidación del empleo.

II. Clases de sistemas de selección utilizados en los procesos "singulares". III. Análisis de las especialidades de la citada Disposición Transitoria Cuarta del EBEP. A) El mérito del tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas. B) El segundo de los méritos, sería la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

IV. Algunas consideraciones sobre las garantías comunes aplicables a esta clase de procesos. V. Conclusiones finales.

Tras un largo y muy discutido camino¹ de procesos de consolidación del empleo público temporal (contratos administrativos, interinos y laborales temporales), que la lógica del orden normativo constitucional, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el senti-

(1) Resulta recomendable la lectura sobre estas cuestiones de MARTÍN REBOLLO, L. (1985), "La Constitución y su incidencia en el Derecho Público Interno del Estado", Publicaciones Universidad de Santander, págs. 36 y ss., también ALEGRE ÁVILA, J.M. (1989), "La función pública y los interinos y contratados", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 243, págs. 663 y ss., del mismo autor (1993), "De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, 151/1992 y 302/1993)", Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 3, págs. 253 y ss., y por último, RIVERO ORTEGA, R. (2000), "Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)", Revista de la Administración Pública, núm. 151, págs. 343 y ss.

do común nos inducían a considerar terminado, nos encontramos que el legislador, sin explicación alguna, reabre de nuevo un nuevo procedimiento “restringido” de facto para la consolidación de las nuevas contrataciones temporales realizadas con posterioridad a los ya referidos procedimientos de consolidación, siendo además el nacimiento de esas relaciones, en muchos casos, claramente irregular si no ilegal².

Lo anterior, resulta más sorprendente cuando la Comisión de expertos³ en su Informe manifestó expresamente que “... debe reducirse la temporalidad en el empleo público y consolidarse en mayor medida el empleo estable, una cosa es la ‘consolidación de los empleos’ y otra muy distinta la subjetiva o particular de aquellos empleados que se han integrado en la administración por procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados”, no podemos adoptar otra decisión más que adherirnos a esta opinión, y por ello, rechazar las previsiones de esta Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, tanto por razones de lógica defensa de las exigencias constitucionales en el acceso al empleo público (artículos 23.2 y 103.3 CE), como de su dudosa legalidad, conforme expondremos posteriormente.

I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PROCESOS “SINGULARES” DE CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO

La premisa básica a tener en cuenta en esta cuestión, es que estos procesos de consolidación de empleo temporal en las diferentes Administraciones Públicas, tuvieron una justificación de carácter “excepcional y por una sola vez”, al concurrir unas situaciones fácticas totalmente delimitadas, por ello, vamos a realizar una breve comprobación de los marcos legales generales que ampararon los más importantes de estos procesos singulares y excepcionales de consolidación del empleo temporal en las administraciones públicas, así:

a) Ley 30/1984, de 21 de agosto, LMRFP, en concreto, su Disposición Transitoria Sexta⁴, que además de declarar su aplicación a la Administración General del Estado, ampliaba

(2) Esta calificación y conclusión no es sólo propia sino que también proviene del contenido de los informes tanto del Consejo Económico y Social (CES), en su Informe 3/2004, de 22 de diciembre, sobre “La Temporalidad en el Empleo Público”, y también el Informe del Defensor del Pueblo (2003), sobre “Funcionarios Interinos y Personal Eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público”.

(3) “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP –Madrid– 2005, págs. 84 y ss., elaborado por encargo del MAP.

(4) La citada disposición señala expresamente: “Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación.

En todo caso estas convocatorias de acceso deberán respetar los criterios de mérito y capacidad mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por este personal.

Las Comunidades Autónomas aplicarán las anteriores normas al personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de éstas para acceso a las respectivas funciones públicas autónomas.

Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán convocar pruebas específicas para el personal que, al amparo de lo establecido en disposiciones de carácter general promulgadas por las correspondientes Comunidades Autónomas tuviesen, con anterioridad al 15 de marzo de 1984, la condición de contratados administrativos en expectativa

la misma a las Comunidades Autónomas, recordemos que su configuración institucional, por medio de sus Estatutos de Autonomía, era relativamente de reciente creación, competencia que fue desarrollada a lo largo de todos estos años por la totalidad de las Comunidades Autónomas, sin excepción alguna.

b) Ley 7/1985, de 2 de abril, LRRL, en concreto, su Disposición Transitoria Octava⁵, que también incorporaba unas previsiones en el mismo sentido a las arriba indicadas para la AGE y CCAA, justificadas ellas en la necesidad de dar una solución a las contrataciones de personal temporal en los municipios tras la restauración del régimen democrático en éstos.

En desarrollo de las previsiones de la LRRL, se dictó el RD 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regulaba el acceso a la función pública local del personal contratado e interino, lo que también se extendió a los funcionarios de habilitación de carácter nacional⁶.

Este marco legal y los fundamentos fácticos que los han justificado han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional, en el momento de valorar la constitucionalidad de los procesos convocados a su amparo, como también otros supuestos especiales surgidos como consecuencia de todo este proceso de transformación de nuestro Estado, en múltiples pronunciamientos, en concreto:

1. Los procesos que estaban motivados principalmente por la emergencia de unas nuevas Administraciones, es decir, el nacimiento de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento de los Ayuntamientos Democráticos, así, entre otras, SSTC 67/1989, 27/1991, 151/1992, 281/1993 y 60/1994.

2. También los procesos surgidos por la creación de un cuerpo nuevo (STC 137/1986).

3. Otra posibilidad resulta de la existencia de una reforma integral de un determinado sector de la Administración y Función Pública (SSTC 185/1994, 228/1994, 229/1994, 238/1994 y 251/1994), dictadas todas ellas en interpretación de las previsiones de la Disposición Adicional Quinta de la LOGSE, resaltando de éstas la declaración que realiza el Alto Tribunal sobre la “singularidad y excepcionalidad” del sistema, añadiendo que sus características nos deben llevar a afirmar que no puede siquiera considerarse que estemos

de acceso a su respectiva función pública. Se considerarán incluidos en el presente precepto los contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984.”

(5) La citada disposición establece que “no podrán celebrarse por las Administraciones locales contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, ni renovarse los existentes. (...)”

Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las correspondientes plazas.

En todo caso estas convocatorias de acceso deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivamente prestados por este personal”.

(6) A este Real Decreto se remite la Disposición Transitoria Quinta.Dos del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional y en el cual también se contempla la posibilidad de ver valorado el tiempo de servicios prestados como interino o contratado.

ante un concurso-oposición, sino ante un sistema singular, específico y excepcional de selección.

A la vista de los supuestos reconocidos por nuestra Jurisprudencia Constitucional como justificativos de las medidas excepcionales adoptadas para regularizar las situaciones de empleo público, debemos preguntarnos en qué situación “excepcional” nos encontramos actualmente, que permita adoptar una nueva medida de esta clase, cuando han transcurrido más de veinte años desde que entrara en vigor el marco legal que hemos reseñado y, por lo tanto, tras regularizar esas situaciones excepcionales, las administraciones estaban obligadas simplemente a cumplir, en el reclutamiento de su personal, las normas específicas sobre empleo público que han tenido un carácter estable y constitucionalmente reconocido, en esta misma línea argumental ya se ha pronunciado también la Jurisprudencia⁷.

La única situación “excepcional” que se ha podido apreciar en este período estaría configurada por la existencia de un reclutamiento masivo de personal temporal (interino y laboral), sin cumplir las más mínimas exigencias legales, tanto en los procedimientos de selección como manteniendo estas situaciones de temporalidad, a pesar de las obligaciones legales de incorporar esas plazas ocupadas temporales a las correspondientes ofertas de empleo anuales, a lo que debemos añadir el personal laboral proveniente de contratos declarados como indefinidos y concertados para la ejecución de planes y programas públicos dotados de forma no estable y de naturaleza propiamente temporal, los cuales deberían haber extinguido su relación laboral obligadamente al amparo de las previsiones del artículo 52.e) del ET⁸, siendo por ello importante, a este respecto, destacar que, a nuestro juicio, existe una imposibilidad de aplicación a este personal de las previsiones de esta Disposición Transitoria, dado que éste de forma expresa se refiere a puestos de trabajo de “carácter estructural”, no siendo admisible un posible uso torticero de la cuestión, por cuanto nos podemos encontrar con personal laboral que adquirió su condición de indefinido al amparo de un programa o plan temporal público, por resolución judicial o contratación claramente ilegal, ya que formalizar un contrato como indefinido para un

(7) STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2001, que señala:

“Noveno.—Tampoco es aplicable al caso la doctrina del Tribunal Constitucional que justifica como carácter excepcional, y por una sola vez, el favorecimiento del acceso de los interinos a la función pública, en base a la construcción del Estado autonómico y la consolidación de unas Administraciones emergentes, inicialmente aún no dotadas de una función pública propia, pues no es la primera vez que la Administración recurre a un proceso excepcional que permita un acceso más o menos indiscriminado de los interinos. Todo el personal de la época llamada preautonómica, ya se benefició de un proceso esencialmente privilegiado, que concluyó con la incorporación a la función pública, como funcionarios de carrera, del personal interino entonces contratado. Antes de los Decretos de transferencia del período 1986-1989 la Administración autonómica ya había hecho uso de este procedimiento excepcional. Y ante las nuevas competencias transferidas la Administración autonómica hizo uso por tres veces de estas medidas excepcionales, incorporando a la función pública a un determinado número de funcionarios interinos.”

(8) Así, debemos recordar que este precepto fue incorporado por el artículo 3.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, señalando el artículo 52.e) lo siguiente: “En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo⁹.

programa de naturaleza temporal se desvía manifestamente de la finalidad de la norma, y que en estos momentos se encuentre desempeñando un puesto de trabajo reconocido en la RPT o Plantilla, dado que el origen de su relación no es la misma que la otra categoría de los “indefinidos no fijos de plantilla”.

Por lo tanto, la única excepcionalidad provendría exclusivamente de una contumaz actuación ilegal de las Administraciones Públicas y, desde luego, esta situación nunca puede amparar constitucionalmente, conforme los parámetros fijados por nuestro Alto Tribunal, el establecimiento de procedimientos “excepcionales” de acceso al empleo público de un personal temporal, por un previo incumplimiento de la legislación vigente por las Administraciones Públicas, de forma que se desplace e inaplique *de facto* las exigencias de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE y, a este respecto, recordemos cómo nuestro Tribunal Supremo con relación a las contrataciones laborales ilegales⁹, rechazó la posibilidad de establecimiento de procesos especiales, como de la posibilidad de consolidación de esa situación, exigiendo la convocatoria de las citadas plazas ilegalmente cubiertas.

II. CLASES DE SISTEMAS DE SELECCIÓN UTILIZADOS EN LOS PROCESOS “SINGULARES”

Efectivamente, durante la ejecución de las previsiones previstas por la legislación tanto estatal, autonómica y local para la consolidación “excepcional” del empleo público se utilizaron dos tipos de sistemas selectivos (restringidos y concurso-oposición libre), pero lo que nos importa destacar a este respecto, en especial a la vista de la nueva regulación del EBEP, es que ambos fueron considerados por el Tribunal Constitucional como “excepcionales”, con independencia de la mayor o menor concurrencia de ciudadanos sin relación alguna con la administración, pues la clave se encontraba en la configuración de la fase de concurso y, en concreto, en la valoración especialmente significativa de la experiencia en puestos de trabajo en la administración y la antigüedad en la relación temporal o servicios prestados, así:

1. Pruebas restringidas, en virtud de las cuales se reserva en exclusiva las vacantes ofertadas a quienes han venido prestando servicios a la administración, en su condición temporal (interinos o laborales temporales), reconociendo la excepcionalidad de este proceso las SSTC 27/1991, 151/1992 y 60/1994, entre otras.

2. Pruebas de concurso-oposición, que consisten en la posibilidad de concurrencia conjunta de ciudadanos sin relación previa con las administraciones y personal temporal al servicio de éstas, pero con una fase de concurso donde sólo se valoran los servicios previos prestados a la administración como la experiencia en el desempeño de determinadas funciones o puestos de trabajo también de las mismas administraciones, si bien, por doctrina constitucional con un límite máximo de la puntuación de la fase concursal del 45% de la puntuación total.

(9) SSTs de 21 de enero, 27 de marzo, 20 y 28 de abril de 1998, 19 y 26 de enero de 1999, 8 de febrero, 29 de mayo y 29 de noviembre de 2000, entre otras muchas.

Pues bien, el Tribunal Constitucional también ha reconocido este carácter “excepcional”, a estos procedimientos por la especial configuración de los méritos objeto de valoración, desde la consideración subjetiva del tipo de sus destinatarios, en concreto, interinos y personal laboral temporal, y a este respecto podemos destacar las SSTC 67/1989¹⁰ y 60/1994, e igualmente la STSJ de Andalucía de 8 de febrero de 2001¹¹.

Es cierto que se puede argumentar que la utilización del sistema de concurso-oposición, por parte de la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, está justificado por cuanto no estamos en presencia de pruebas restringidas, sobre las que no existe duda alguna de la imposibilidad de su uso actualmente, conforme la doctrina del Tribunal Constitucional a la que nos hemos referido anteriormente, pero es que tampoco, a nuestro juicio, y a la vista de la calificación que de este otro tipo de sistema selectivo (concurso-oposición) realiza ese Alto Tribunal, tal como hemos expuesto anteriormente, puede admitirse que cuando existe una especial configuración subjetiva de méritos, esa fórmula sea conforme al orden constitucional, sin acreditar cuáles son las razones “excepcionales” que deberían servir de soporte al EBEP para haber establecido este tipo de sistema selectivo “preferente”.

III. ANÁLISIS DE LAS ESPECIALIDADES DE LA CITADA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DEL EBEP

De inicio, a la vista de lo expuesto anteriormente, resulta dudosa la constitucionalidad del precepto, en cuanto a la posibilidad de que las Administraciones Públicas, en el momento actual, para proceder de nuevo al establecimiento de nuevas pruebas “restringidas de facto” para consolidar el empleo público, cuando esa situación, sin ningún tipo de duda, proviene de una actuación ilegal de las Administraciones Públicas, y ello, tras más de veinte años desde la aprobación de una serie de medias legales para la regulación de las situaciones excepcionales nacidas como consecuencia del tránsito democrático operado en nuestro Estado, y que sirvieron de soporte a las decisiones posteriores del Tribunal Constitucional

(10) Así, la STC 67/1989 señala en su FJ 3º: “La finalidad explícita de la regla se conecta a las especiales circunstancias creadas por la puesta en marcha de la Administración Autonómica y a la necesidad de contar inmediatamente con personal propio, lo que hubo de hacerse, aunque mediante concurso público, mediante formas contractuales o eventuales de adscripción de personal administrativo. Ello ha dado lugar a la existencia de un número importante de funcionarios en situación precaria.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 2/1987, de la Función Pública de Extremadura, siguiendo el modelo de la legislación estatal, y el ejemplo de otras legislaciones autonómicas, ha previsto dos primeras y únicas convocatorias en las que se conceden algunas facilidades o beneficios al actual personal para permitirles consolidar su situación, (...)”

(11) STSJ de Andalucía de 8 de febrero de 2001, que señala:

“Décimo.—Hemos de concluir que si bien desde un punto de vista estrictamente nominalista, nos hallamos ante un concurso de libre acceso a la función pública pues, efectivamente, personas sin vinculación alguna con la Administración pueden participar en el proceso; **materialmente por la valoración efectuada en el baremo de los méritos y por la finalidad confesada del proceso selectivo, consolidación de empleo temporal, nos encontramos ante unas pruebas restringidas**, pues como hemos señalado hacen prácticamente imposible el acceso a la función pública a personas ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía, y favorecen sin causa objetiva a los interinos de la Junta respecto del resto de funcionarios de las demás Administraciones. ‘La Junta de Andalucía acude a este procedimiento privilegiado para solucionar un problema concreto, que está constituido por la bolsa tan amplia de personal que ha accedido de forma provisional, interina, a la función pública andaluza sin sujeción a los principios de mérito y capacidad; o al menos sin que esos principios hayan podido ser contrastados mediante pruebas objetivas, antes de su selección’. No debemos olvidar que los funcionarios interinos no tienen por ese hecho de ser interinos ningún derecho preferente para el acceso a la condición de funcionario.”

que declararon su adecuación al orden constitucional, pero como consecuencia de su “excepcionalidad y por una sola vez”.

Dicho lo anterior, procede examinar los méritos que el apartado tercero de la citada Disposición Transitoria, éste reconoce expresamente:

A) El mérito del tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas

Este mérito, en principio, fue admitido como conforme al orden constitucional por las SSTC 67/1989, 60/1994, entre otras muchas, pero no debe olvidarse que este reconocimiento siempre se produjo dentro del contexto de los procesos “especiales” de consolidación del empleo público temporal, y su justificación siempre giró al mismo argumento la “excepcionalidad de la situación”, es decir, la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas y de los primeros Ayuntamientos democráticos.

En el momento actual, estos motivos han desaparecido, y las razones de excepcionalidad, no se acreditan en el EBEP, a lo que debemos añadir que este concepto actualmente es de muy dudoso sentido objetivo, ya que, si una de las líneas fundamentales del EBEP es la “evaluación de desempeño” (artículo 20 del EBEP), no parece ni razonable y tampoco racional, admitir como mérito al personal temporal el simple hecho de haber prestado servicios durante un tiempo determinado, es decir, a los funcionarios de carrera se les evalúa su desempeño, y para acceder con “algunas facilidades”¹² a la adquisición de la condición de empleado público (funcionario de carrera o personal laboral fijo), sólo es necesario asistir al puesto de trabajo, y ni tan siquiera eso, pues la situación de “incapacidad transitoria” también sería objeto de valoración de esa prestación de servicios.

B) El segundo de los méritos sería la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria

Esta previsión, a nuestro juicio y el de un sector de la doctrina¹³, presenta serias dudas, igualmente, de constitucionalidad, pues a este respecto ya se ha pronunciado el **Tribunal Constitucional** rechazando por inconstitucional la evaluación de esta clase de méritos, así, en su **STC 281/1993**, señaló:

“(…) procede analizar a continuación la infracción constitucional denunciada por los actores y localizada, según se ha dicho, en las bases de la convocatoria para el concurso de méritos destinado a la provisión de varias plazas de personal laboral en el Ayuntamiento de Leganés.

En la base cuarta de la convocatoria se fijaba un baremo de méritos, ahora impugnado, con arreglo al cual podía obtenerse (...) se desglosaban del siguiente modo: 1) diez puntos como máximo por cada año de servicio prestado como Auxiliar Administrativo en el Ayuntamiento

(12) Términos literales utilizados por el Tribunal Constitucional en su STC 67/1989, FJ 3º.

(13) SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007), pág. 411, manifiesta sus serias dudas sobre la constitucionalidad de este mérito.

de Leganés (sólo dos puntos si los servicios se habían prestado en otro Ayuntamiento o un punto si lo habían sido en la empresa privada) (...);

Aun cuando, en principio, la atribución de semejante relevancia a un solo mérito no tiene por qué contrariar las exigencias del principio constitucional de igualdad, tal principio padece irremediabilmente cuando, como es ahora el caso, el mérito en cuestión no evidencia en los concursantes que pueden acreditarlo una cualidad objetiva que, por su relevancia para el desarrollo de los cometidos de cuyo ejercicio se trata con la plaza objeto de concurso, merezca hacer a sus titulares acreedores del puesto ofertado.

Con todo, contraría abiertamente al principio constitucional de igualdad el que en un concurso de méritos que, como el de autos, se articula alrededor de la experiencia adquirida en diversos puestos administrativos, se prime desafortadamente y de manera desproporcionada —y con la consecuencia de hacerlo determinante del resultado último del concurso— la experiencia representada por el desempeño de una determinada categoría (la de los puestos convocados) en un determinado Ayuntamiento (el convocante)

Y una diferencia no justificada es, precisamente, la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el principio constitucional de igualdad”.

Asimismo, el Tribunal Supremo en su STS de 23 de diciembre de 1996 alcanza la misma conclusión que la formulada por el Tribunal Constitucional, señalando:

“El razonamiento no tiene entidad suficiente para enervar el que constituye fundamento de la sentencia impugnada, porque aun aceptando el sentido amplio que da la Administración a la expresión Servicios Regionales de Salud utilizada en el baremo, de todas formas los únicos elementos identificadores de una específica valoración de la experiencia previa continúan siendo la cualidad profesional de Veterinario y la prestación de servicios en tal concepto a una Administración Pública, sin que aparezca circunstancia alguna que permita una cualificación diferenciada, según la Administración a la que se haya servido, (...) (lo que de ningún modo resulta probado es que exista) (...) relevancia bastante para justificar el distinto trato dado a la experiencia previa, según haya tenido lugar en una o en otra Administración.”

Por otro lado, tenemos también dos sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (Sevilla) STSJ de 8 de febrero de 2001 y de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2000, entre otras, rechazando todas ellas¹⁴ la valoración como mérito de la experiencia en el concreto puesto de trabajo objeto de la convocatoria de selección.

(14) STSJ de Andalucía de 8 de febrero de 2001, que señala:

“No existe razonabilidad en la diferente consideración que se da a los funcionarios interinos de la Junta de Andalucía frente a los funcionarios de otras Administraciones, ya que no existe fundamento lógico ni razonable que justifique un trato desigual a quien ha prestado sus servicios en la Junta de Andalucía frente a quien ha prestado idénticos servicios en otra Administración, dado que el trabajo a desarrollar por los funcionarios que se pretende seleccionar no difiere sustancialmente del prestado por los funcionarios de otras Administraciones, lo que lleva a considerar como nulas de pleno derecho las órdenes impugnadas por ser contrarias a la previsión del artículo 23.2 de la Constitución que garantiza

c) La citada disposición, admite la valoración de “otros méritos”, ahora bien, éstos no pueden responder, a nuestro juicio, a los criterios subjetivos anteriormente examinados, que presentan serias dudas de constitucionalidad, sino que en todo caso deberán respetar los criterios generales establecidos por nuestro Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, en concreto:

1. No es posible establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio, en ese sentido STC 193/1987, FJ 5º; STC 47/1990, FJ 6º; STC 353/1993, FJ 6º y STC 166/2001, FJ 2º.

2. No son admisibles referencias individualizadas y concretas en las convocatorias, en ese sentido STC 50/1986, FJ 4º; STC 67/1989, FJ 2º; STC 27/1991, FJ 4º; STC 353/1993, FJ 6º y, por último, STC 73/1998, FJ 3º.

3. No solicitar para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad, en ese sentido STC 167/1998, FJ 4º.

4. Debe impedirse que las bases sean establecidas en términos singulares y muy concretos, provocando una discriminación positiva a un conjunto prefijado de personas, en ese sentido STC 67/1989, FJ 5º.

Por lo tanto, esos “otros méritos” a los que se refiere el apartado tercero deberán ser necesariamente muy ponderados, en caso de decidirse utilizarlos, pues recordemos que la norma ofrece una posibilidad, pero no impone su uso.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS GARANTÍAS COMUNES APLICABLES A ESTA CLASE DE PROCESOS

Así pues, podemos resumir las notas básicas de este procedimiento de concurso-oposición, “excepcional o singular”, previsto en la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP:

- Los procesos deben garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
- Los procesos selectivos serán abiertos, es decir, no se admiten las pruebas restringidas.

el derecho de igualdad en el acceso a la función pública. El argumento expuesto ha sido manejado por el Tribunal Constitucional en sus resoluciones –SSTC 27/1991, 302/1993– siendo especialmente significativa la STC 281/1993.

Octavo.–Pero además, se favorece a los funcionarios interinos de la Junta de Andalucía respecto de aquellos ciudadanos que no tienen una relación previa con la Administración, pues para lograr la valoración de los cursos de formación se exige que guarden relación directa con las tareas propias de conjunto de puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a los que optan. Al calificar de directa la relación que se exige entre los cursos y las plazas a que se opta es muy difícil, si no imposible, que se hayan podido realizar sin estar vinculado a la Administración, por lo que también se está favoreciendo a los funcionarios interinos.”

Por último, esta sentencia en sus FFJJ 9º y 10º, cuyo texto se encuentra en anteriores notas a pie de página en este mismo trabajo, conexiona lo anteriormente expuesto con la confirmación de que no estamos en ningún caso ante procesos excepcionales, dado que no existe motivo que la justifique, y además considera que el proceso de selección es materialmente una prueba restringida.

- La puntuación a otorgar en la fase de concurso será proporcionada y no determinante por sí misma del resultado del proceso selectivo.
- Se reconoce como hemos visto, entre otros, la posibilidad de valorar como méritos los servicios prestados y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Por otro lado, es necesario recordar, aunque parezca obvio, y lo decimos por ejemplos que ya están apareciendo, que estos procedimientos se encuentran sometidos a las exigencias legales de los artículos 55, 60 y 61 del EBEP, así:

a) En primer lugar, a pesar de la claridad del precepto, en el sentido de no admitir la posibilidad de utilización de convocatorias de “pruebas restringidas” en un sentido formal, ya han empezado los incumplimientos a la Disposición Transitoria, ya de dudosa legalidad por sí misma, pero que para alguna administración estas facilidades al personal temporal resultan insuficientes, y proceden a convocar públicamente pruebas restringidas para la consolidación de empleo temporal¹⁵, con independencia de su legalidad o no, la justificación de la ilegalidad de esta actuación ha quedado claramente expuesta anteriormente.

b) En segundo lugar, nos encontramos con una de las cuestiones que se convierte en la clave de bóveda del procedimiento selectivo, en concreto, la composición del órgano encargado de la selección, pues igualmente ya se han apreciado incumplimientos a las exigencias legales del EBEP¹⁶, y que vamos a recordar de forma breve.

(15) En este sentido, destaca la Aprobación por el Ayuntamiento de Cartes (Cantabria) de las bases para la provisión, mediante concurso oposición, por procedimiento de consolidación de empleo temporal, de dos plazas de Auxiliar de la Administración General (BOC núm. 114, de 13 de junio de 2007), y así en el artículo 3º de las citadas bases se señala:

“Artículo 3. Requisitos de los aspirantes.

1. Para ser admitidos a la realización de las pruebas selectivas los aspirantes deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) Tener la nacionalidad española o de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.
- b) Tener cumplidos dieciocho años de edad.
- c) Estar en posesión como mínimo del título de Graduado escolar, Formación Profesional de I Grado u otras titulaciones equivalentes.
- d) No padecer enfermedad o defecto físico que impida o menoscabe el desempeño de las correspondientes funciones.
- e) No haber sido separado del servicio de la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas o de la Administración Local, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de la función pública.
- f) Desempeñar en el Ayuntamiento de Cartes, con carácter interino o temporal, las plazas objeto de esta convocatoria, con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Todos los requisitos anteriores deberán poseerse en el momento de finalizar el plazo de presentación de instancias solicitando tomar parte en el proceso selectivo.”

Como se puede apreciar este Ayuntamiento de Cartes procede a convocar un proceso restringido, al amparo de las previsiones de la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, como señala expresamente en el artículo 1º.1 de las Bases, lo que sin duda alguna no es ajustado a derecho, hoy es el día en que ni tan siquiera la Comunidad Autónoma ha impugnado estas Bases.

(16) Nos referimos a la convocatoria del Ayuntamiento de Quentar (Granada), en las convocatorias realizadas al amparo de la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, para la provisión de plazas de Auxiliar Administrativo y Agente Notificador, publicadas en el BOP de Granada núm. 138, de 19 de julio de 2007, donde la Base quinta establece la siguiente composición del Tribunal:

“5. Tribunal

5.1. El Tribunal Calificador, que tendrá la categoría correspondiente de las recogidas en el artículo 30.1 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, está integrado por los siguientes miembros:

La regulación del artículo 60 del EBEP responde directamente a una de las expresas propuestas formuladas por la ya citada Comisión de expertos, que tuvo en esta cuestión uno de sus principales caballos de batalla, sin olvidar que ha sido precisamente el ámbito de la Administración Local, el principal inspirador de este nuevo marco jurídico, ya que, la composición y funcionamiento de los órganos de selección ha sido puesta en serias dudas, dada la manifiesta y comprobada aparición de un clientelismo político y social en el reclutamiento del empleo público y, en especial, con relación a la contratación indefinida laboral y la temporal, tanto de personal funcionario interino como laboral.

Así, no existe duda de que el artículo 60 del EBEP recoge directamente los principios que podemos caracterizar como de carácter legal o procedimental del artículo 55.2 del Estatuto, y fruto de ello son las novedades que incorpora el precepto.

1. Comencemos pues el análisis del **apartado primero del artículo 60 del EBEP**, de éste podemos extraer fundamentalmente las siguientes consideraciones:

A) Declaración expresa de que los órganos de selección serán obligadamente “**colegiados**”, con ello se cierra cualquier posibilidad de utilización de fórmulas unipersonales, que han sido utilizadas en muchas ocasiones de las selecciones temporales con anterioridad a la publicación del EBEP. Pero una consecuencia más importante de esta declaración es la exigencia legal derivada de su condición de “colegiados”, en concreto, nos referimos a la obligación de someterse la formación de su voluntad a las reglas y principios establecidos expresamente en el Capítulo II del Título II y por ende del resto de las previsiones que puedan resultar de aplicación sobre sus actos de la Ley 30/1992 LRJPAC.

Por último, señalar que con referencia a las Entidades Locales, las previsiones del RD 896/1991 sobre Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la administración local, ya establecían el carácter colegiado del órgano de selección, al prever en su artículo 4.e) la composición de los Tribunales, ahora bien, con relación al personal interino y laboral (Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, respectivamente), no se establecía una mención expresa al respecto, aunque la lógica nos obligará a concluir la exigencia de aplicación de las previsiones del citado apartado e), pero desde luego con la nueva regulación básica del EBEP no existe duda al respecto, por ello todos los órganos encargados de la selección con independencia del tipo de relación jurídica y su temporalidad deberá ser realizada por órganos colegiados.

Presidencia: El Sr. Alcalde como titular y suplente la Concejala o Concejál en quien delegue.

Vocalías, que **deberán poseer titulación o especialización** iguales o superiores, a las exigidas para las plazas convocadas, y que actuarán a título individual, no pudiendo ostentar su pertenencia al órgano de selección en representación o por cuenta de nadie:

- Un miembro titular y otro suplente propuestos por la Junta de Andalucía.
- Tres funcionarios/as de carrera y suplentes.

Secretaría: La Secretaria-Interventora de la Corporación como titular y un suplente, con voz y sin voto.”

B) Por otro lado, el precepto obliga a que “**todos**” los miembros que compongan estos órganos deberán cumplir las exigencias legales de “**profesionalidad e imparcialidad**”, procede pues analizar de forma separada ambas exigencias, y a este respecto debe tenerse en cuenta que las previsiones del RD 896/1991, en su artículo 4º, apartado e), exigía una composición “preferentemente técnica”, si bien, ahora resulta directamente inaplicable por el carácter de legislación básica el EBEP, y lo mismo debe decirse con referencia a la regulación del artículo 11 del RGI, si bien éste no precisaba nada al respecto.

B.1) En cuanto a la exigencia de “**profesionalidad**”, tal como ya hemos señalado anteriormente al analizar los principios, debe ser entendida como la posesión por parte de los miembros de los tribunales de la adecuada y suficiente formación sobre las materias que son objeto de examen en el proceso selectivo y como ha señalado algún autor¹⁷ también una formación específica como técnico seleccionador o expertos en técnicas de selección, es decir, estamos en presencia del principio de especialización, elemento esencial de una adecuada selección, por cuanto no hay que olvidar que la actuación de éstos se caracteriza por estar dentro de la esfera de la denominada “discrecionalidad técnica”, que supone que las decisiones valorativas adoptadas no pueden ser objeto de revisión jurisdiccional y, por ello, debe exigir en contraprestación lógica la adecuada acreditación de la especialización de los miembros del tribunal.

B.2) En cuanto a la exigencia de “**imparcialidad**”, debemos recordar cómo el Tribunal Constitucional¹⁸ ha señalado que ésta presenta un contenido subjetivo, entendido éste como la prohibición de intervención a aquellos miembros que hayan tenido una relación previa indebida o inconveniente y, por otro lado, un contenido objetivo, que al igual que en el caso anterior impide la participación pero por causa de la existencia de vínculos directos y permanentes con los ciudadanos que optan al proceso selectivo.

A lo anterior, tal como ya hemos indicado, le resultan de aplicación otras previsiones recogidas por normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pero que entendemos no han resultado afectadas, en el sentido de su derogación expresa o tácita, nos referimos, en concreto, a las previsiones de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, LRJPAC, que regulan las causas legales de abstención y recusación, a lo que debe añadirse la prohibición contenida en el artículo 13.2 del RD 364/1995, RGI, que impide a los funcionarios que hubieran participado en la preparación de opositores en los cinco años anteriores. Ahora bien, con relación a este punto, se puede plantear la reflexión de que esta última garantía de imparcialidad, como se deduce de su propia literalidad, sólo afectaría al personal funcionario, y dado que, como veremos posteriormente, el actual marco legal no establece límite alguno a la participación en los tribunales de personal ajeno a la administración pública, puede pretenderse que esa limitación sólo afecte al personal con relación jurídico-funcionarial e incluso que quedara fuera de esa exigencia también el personal con

(17) FEREZ FERNÁNDEZ, M. (1997), “El Proceso selectivo: Reflexiones sobre la renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas”, en la obra de AAVV, *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, IVAP-Oñate, pág. 61.

(18) Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional son referidos especialmente al ámbito judicial, si bien sus consideraciones son de directa aplicación a nuestro caso, así destacan SSTC 5/2004, 240/2005, 306/2005 y 55/2007.

relación laboral al servicio de las administraciones públicas, a nuestro juicio, esa pretensión sería un manifiesto fraude de ley, dado que las previsiones del RGI en el fondo sólo suponen una concreción o explicitación de las causas generales de abstención y recusación previstas en la LRJPAC, y por ello no sería posible establecer un régimen diferenciado según el origen de la relación previa que se mantuviera con la administración.

Por último, no hay que olvidar cuál es la razón que ha animado al legislador ha incorporar la exigencia como principio básico a la imparcialidad, y que no es otra, como ya manifestó la Comisión de expertos y también hemos expuesto nosotros anteriormente, que la acreditación de que nuestro sistema de selección se ha visto afectado en demasiadas ocasiones por el clientelismo social y político, y estas previsiones más las que analizaremos a continuación se han diseñado con la única finalidad de evitar, en la medida de lo posible, el lastre que presenta nuestro sistema en estos momentos.

C) Por último, se hace una mención expresa a la **cuestión de la paridad entre hombre y mujer** en la composición de los órganos de selección; ésta es directo reflejo de las modificaciones legislativas introducidas recientemente en nuestro ordenamiento jurídico al respecto, en concreto, nos referimos a las previsiones de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

2. Continuamos con el examen de las previsiones referidas directamente a la composición de los órganos de selección, establecidas por el **apartado segundo del artículo 60 del EBEP**.

Lo primero que debemos destacar es que la génesis de este precepto se encuentra en la propuesta formulada por la Comisión de expertos¹⁹, y que la fundamenta en los manifiestos supuestos de clientelismo social y político que se han producido en la selección del empleo público en nuestro país y, en especial, en el ámbito de la administración local.

De forma general debemos destacar que la norma en su redacción se configura como contenido de exclusión, es decir, nos indica cuáles son las personas que no pueden formar parte de los tribunales de selección, lo que nos permite formular una primera consideración al respecto, y que es el reconocimiento de que puede formar parte de los citados órganos cualquier ciudadano aunque no tenga una relación jurídica de servicio con las administraciones públicas, siendo igualmente indiferente en el caso de personal al servicio de éstas la clase de relación que mantengan, es decir, funcional o laboral, ahora bien, lo que sí resultará de aplicación estricta a todos ellos son las exigencias del apartado primero del artículo 60 (imparcialidad y profesionalidad –especialidad–).

Ahora bien, lo anterior no significa que estas previsiones supongan la inaplicación del contenido del artículo 11 del RGI, que exige una composición de funcionarios para la selección de personal con esa misma relación jurídica, ya que el estatuto no establece un determinado tipo de composición, simplemente abre un abanico de posibilidades a la

(19) "Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público", INAP –Madrid– 2005, págs. 91 y ss., elaborado por encargo del MAP.

hora de nombrar miembros de los órganos de selección, exigencia que no existía para el ámbito local dado que el RD 896/1991 nada decía al respecto.

Ahora bien, lo que también deja claro el EBEP es la prohibición expresa de que un determinado tipo de personal no pueda participar en la composición de los tribunales, en concreto:

- a) Personal de elección o de designación política.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal eventual.

Con relación al personal de elección o de designación política, como primera consecuencia debemos entender que se ha producido una derogación tácita de las previsiones del artículo 4.f) del RD 896/1991, que establecía la obligatoriedad de que todos los tribunales en las Entidades Locales estuvieran presididos por el Alcalde-Presidente de la corporación o miembro de ésta en quien delegara, asimismo, también deben considerarse excluidos los miembros de las Juntas de Gobierno no concejales, por su manifiesta designación política conforme regula el artículo 126.2 LRBRL y también el personal directivo local de libre designación, nombrado al amparo de las previsiones del artículo 176.3 del RDL 781/1986.

Por otro lado, llama la atención una ausencia en la lista de exclusiones y no es otra que la del personal laboral temporal, que carece de sentido alguno, siendo la única justificación que encontramos el que ésta es una manifestación más de la deficiente técnica legislativa que ha sufrido la elaboración parlamentaria del EBEP, de todas formas la lógica con la ratio interna del precepto debería llevar a los posteriores legisladores encargados del desarrollo del EBEP a subsanar esta deficiencia, incorporando en su leyes de desarrollo la prohibición de participación de este colectivo, dado que resulta absolutamente incoherente prohibir la participación para evitar posibles interferencias a la independencia de ese personal, con la excusa de su temporalidad y permitir la de otro colectivo cuya situación de temporalidad suele ir unida generalmente a proyectos o programas sometidos a subvenciones de renovación temporal.

Por último, una breve reflexión sobre el problema que puede surgir con relación al personal directivo, diferenciado del personal de la administración local del artículo 176.3 del RDL 781/1986, dado que éste no está incluido en ninguna de las clases de empleados públicos regulados en el artículo 8.2 del EBEP, y el artículo 13 tampoco especifica cuáles pueden ser los procedimientos de nombramiento de este personal, por lo que no es descartable que su nombramiento sea absolutamente discrecional y, por ello, “político o cuasipolítico”, lo que lógicamente nos llevaría a reclamar su inmediata exclusión de cualquier Tribunal de selección.

3. Finalmente nos enfrentamos a otra de las novedades, que a nuestro entender debe ser bienvenida, nos referimos a la exigencia de que la participación en los órganos de selección deberá ser siempre a título individual, no siendo admisible actuar en representación o por cuenta de nadie.

Lo primero que debemos destacar es que estas previsiones resultan de directa aplicación, tanto al personal funcionario como laboral, es decir, no existe ámbito de exclusión, y junto con esta consideración también debe tenerse en cuenta que deberá entenderse derogada tácitamente cualquier legislación o convenio colectivo que contradiga las previsiones de este precepto en su integridad y no sólo este último apartado.

Ahora bien, es cierto que desde la propuesta inicial de la Comisión de expertos, y el texto articulado inicial, la norma ha sufrido varios cambios, en un intento sobre todo de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y órganos legales de representación, de no perder esa cuota de poder y clientelismo social que les daba su participación en los tribunales de selección, de todas formas esta propuesta y lo aprobado definitivamente no es sino una continuación de las previsiones del apartado anterior con referencia a los cargos políticos.

Es cierto que las diferentes negociaciones sobre el proyecto han conseguido eliminar la mención expresa a las organizaciones sindicales, pero eso no significa que no formen parte de las entidades destinatarias del objeto del artículo, en este sentido se han manifestado varios de los miembros de la Comisión de expertos²⁰, a lo anterior debe añadirse también la tácita derogación de la previsión del artículo 4.f) del RD 896/1991, por cuanto tampoco se puede admitir la participación de un “representante de la Comunidad Autónoma”.

Por último, debemos examinar ahora las previsiones del artículo 61.7 del EBEP, que es resultado igualmente de la negociación con las organizaciones sindicales, cuyo contenido se hace, en principio, difícil de determinar, en concreto, nos referimos al acotamiento jurídico material de la facultad reconocida a las organizaciones sindicales para “negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de procesos selectivos”.

Desde luego, conviene realizar unas reflexiones iniciales sobre el contenido del precepto:

a) El acceso al empleo público, y por ende, los procedimientos y procesos selectivos, forman parte del derecho individual de igualdad constitucionalmente reconocido **a todos los ciudadanos** de este país, por medio de las previsiones de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna, por ello no se alcanza a comprender cuál es el papel que deben desempeñar unas entidades que representan unos concretos intereses profesionales, los de los empleados públicos ya incorporados a la administración, con la intervención en la determinación de las condiciones en que debe desarrollarse el ejercicio de un derecho fundamental de todos los ciudadanos (artículo 23.2 CE).

b) Sobre lo que no hay duda es que las previsiones de este apartado 7º únicamente alcanzan a las relaciones laborales y sus organizaciones sindicales, quedando expresamente

(20) Efectivamente tanto ORTEGA ÁLVAREZ, L. como SANCHEZ MORÓN, M. manifestaron expresamente que la denominada “cuota sindical” en los Tribunales de selección debía considerarse definitivamente excluida a la vista de las previsiones de este precepto, estas declaraciones se realizaron en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), en Santander, dentro del Curso denominado: “El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público”, organizado por el MAP y celebrado los días 3 al 7 de septiembre de 2007.

fuera de su objeto los funcionarios y sus instrumentos de negociación (Acuerdos y Pactos), si bien, esta apreciación inicial, como veremos después, no es del todo cierta.

c) Una premisa esencial a tener en cuenta es que las previsiones del artículo 60.3 del EBEP se configuran como norma expresamente prohibitiva de carácter general y los efectos de su extensión alcanzan por razones constitucionales (naturaleza básica) a todas las administraciones públicas, y por razones subjetivas resulta de aplicación al conjunto de las relaciones de empleo público (funcionarios y laborales), por ello, este apartado séptimo del artículo 61 no puede ser interpretado en colisión con las exigencias legales del precitado artículo, sino que éste debe ser integrado dentro del sentido general establecido de prohibición expresa de la participación sindical en los órganos de selección.

d) A la vista de lo expuesto, examinemos detalladamente el contenido del precepto, así, éste establece que lo que se permite negociar son únicamente “formas de colaboración”, lo que supone, a nuestro juicio²¹, que en ningún caso éstas pueden suponer una participación ni tan siquiera indirecta (en este sentido ya se ha planteado en algunos municipios la figura del observador), en los órganos de selección, dado que prevalece necesariamente el mandato general del artículo 60.3 de aplicación también al personal laboral.

Lógicamente debemos preguntarnos entonces cuál es el ámbito material donde se debe desarrollar esa colaboración, así, entendemos que debe acotarse éste, desde un criterio positivo y, por otro lado, a través de la vía de exclusión, así:

1. Empezando por el último de los criterios, como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN²² esta colaboración no puede poner en cuestión, en ningún caso, el derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso al empleo público, asimismo, como ya hemos indicado anteriormente, en ningún caso se pueden incumplir las previsiones del artículo 60.3 del EBEP.

2. Asimismo, desde un criterio positivo no deben olvidarse las previsiones del artículo 37.2 del EBEP, que conforme manifiesta la doctrina²³, en una interpretación quizás al límite de lo posible, resulta de aplicación común a funcionarios y laborales las previsiones del citado artículo, pero lo que nos importa destacar es que el citado precepto declara que quedan excluidas “de la obligatoriedad” de negociación “la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público (...)”, lo que a *sensu contrario*, significa que es posible si existe una decisión compartida entre los agentes negociadores (incluidos los funcionarios) de incluir estas materias en los procesos de negociación, así pues, éste sería el posible espacio jurídico material que podría ser objeto de negociación y, como consecuencia de ello, dentro de éste establecer las denominadas medidas de colaboración.

(21) En este mismo sentido se han pronunciado SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007), págs. 413 y ss. y también ORTEGA ÁLVAREZ, L. en ponencia expuesta en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIIMP), en Santander, dentro del Curso denominado: “El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público”, organizado por el MAP y celebrado los días 3 al 7 de septiembre de 2007.

(22) SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007), pág. 414.

(23) SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007), págs. 293 y ss.

V. CONCLUSIONES FINALES

A la vista de todo lo expuesto, debemos ratificarnos en lo que decíamos al principio, en el sentido de que estamos en presencia de un caballo de Troya, que puede terminar con el empleo público objetivo y profesional, dado que van a volverse a llenar las oficinas y servicios públicos de personal reclutado inicialmente por criterios de clientelismo social y político, en la mayor parte de los casos, con un incumplimiento manifiesto de las Administraciones Públicas, tanto de los requisitos exigibles legalmente en la selección, por muy mínimos que éstos fueran, como posteriormente con el incumplimiento de la obligación anual de incorporar todas estas plazas temporales a las correspondientes ofertas de empleo, es decir, estamos ante una disposición para legalizar todas las actuaciones realizadas sin ajustarse al ordenamiento jurídico.

A esto debemos añadir que es un personal normalmente con poca preparación técnica y que ahora, sin mejorar esa preparación y a través de unos procedimientos de muy dudosa legalidad constitucional, van a incorporarse definitivamente a la Administración Pública, por ello es difícil, a la vista de esta política de selección, sostener que el empleo público va a ser una garantía de objetividad, profesionalidad y calidad de servicio, al contrario, esto parece diseñado por un enemigo acérrimo de la función pública.

Pero los problemas que puede y va a ocasionar esta disposición no acaban con lo expuesto, ya que esta clase de instrumentos de selección favorecen directamente el clientelismo y el nepotismo en la selección, de forma que las “deudas” contraídas con quien ha favorecido este tipo de procesos excepcionales, permitiendo con ello la consolidación de la situación profesional de ese empleado público, van a ser un lastre a lo largo de la carrera administrativa de ese empleado, pues con seguridad esas deudas en algún momento se deberán pagar, con el correspondiente deterioro del principio de objetividad y profesionalidad.

También hay un efecto perverso sobre la propia organización consolidada, es decir, los empleados públicos que accedieron por los procedimientos selectivos correctos y legales, se encuentran con el hecho de que sus esfuerzos sirven para muy poco, ya que, en primer lugar, la ocupación de múltiples plazas por personal temporal provoca un cercenamiento de la carrera administrativa de los empleados profesionales, ya que estas plazas no son objeto de oferta en procedimientos de provisión, con el añadido de que en muchas ocasiones tras acceder el personal temporal a través de estos procesos “especiales” terminan ocupando en adscripción definitiva los puestos que desarrollaban antes, con lo cual el funcionario profesional ve por partida doble frustradas todas sus aspiraciones, con las lógicas consecuencias de desincentivación para éste y que, al final, va a perjudicar a la eficacia y calidad de los servicios a prestar a los ciudadanos.

Por último, también tiene una influencia negativa en la sociedad civil, por cuanto estas situaciones alejan de la administración en muchas ocasiones a futuros opositores, que piensan que lo importante no es el estudio, sino que es más rentable tener una buena relación de clientelismo social o político, lo que aleja del servicio profesional probablemente a futuros excelentes empleados públicos.

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) Facultades especiales de intervención en el mercado energético español. b) 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.

2. PRINCIPIOS GENERALES

Resulta destacable la **STJCE (Gran Sala) de 12 de febrero de 2008, As. C-2/06**, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial acerca de la interpretación del principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE, visto a la luz de la Sentencia de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz* (C-453/00, Rec. p. I-837).

Según jurisprudencia reiterada, incumbe a todas las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros garantizar la observancia de las normas del Derecho comunitario dentro del ámbito de sus competencias (véanse las Sentencias de 12 de junio de 1990, *Alemania/Comisión*, C-8/88, Rec. p. I-2321, apdo. 13). Igualmente procede recordar que la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 234 CE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario que aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o

habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor (véanse, en particular, las Sentencias de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, Rec. p. 1205, apdo. 16; de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Telekom*, C-50/96, Rec. p. I-743, apdo. 43). En otros términos, una sentencia prejudicial no tiene un valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada (véase, en este sentido, la Sentencia de 19 de octubre de 1995, *Richardson*, C-137/94, Rec. p. I-3407, apdo. 33).

De ello deduce el Tribunal en la Sentencia comentada de 12 de febrero de 2008 que, en un asunto como el de autos, una norma de Derecho comunitario interpretada de este modo puede y debe ser aplicada por un órgano administrativo en el marco de sus competencias incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se dictara la sentencia que se pronunciara sobre la petición de interpretación.

Sin embargo, como ha recordado el Tribunal de Justicia, dicha jurisprudencia debe ser vista a la luz del principio de seguridad jurídica que figura entre los principios generales reconocidos en el Derecho comunitario. A este respecto, señala el TJCE que la firmeza de una resolución administrativa, “adquirida al expirar plazos razonables de recurso o, como ocurre en el caso de autos, por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad con la consecuencia de que el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza”.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que circunstancias particulares pueden, en virtud del principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE, obligar a un órgano administrativo nacional a examinar de nuevo una resolución administrativa firme tras el agotamiento de las vías de recurso internas, para tener en cuenta la interpretación de una disposición pertinente del Derecho comunitario, efectuada posteriormente por el Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, la Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *i-21 Germany y Arcor*, C-392/04 y C-422/04, Rec. p. I-8559, apdo. 52).

Si bien el Derecho comunitario no obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a examinar de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones de la normativa comunitaria cuando el examen de dicho motivo las obligaría a exceder los límites del litigio tal como lo habían delimitado las partes, dichos órganos jurisdiccionales deben examinar de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma comunitaria de carácter imperativo cuando, en virtud del Derecho nacional, estén obligadas o facultadas para hacerlo en el caso de una norma de Derecho interno de carácter imperativo (véanse, en este sentido, las Sentencias de 14 de diciembre de 1995, *van Schijndel y van Veen*, C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705, apdos. 13, 14 y 22, y de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld y otros*, C-72/95, Rec. p. I-5403, apdos. 57, 58 y 60).

Por ello, entiende el Tribunal que en el marco de un procedimiento ante un órgano administrativo que tiene por objeto revisar una resolución administrativa que ha adquirido

I. Derecho Comunitario

firmeza en virtud de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional que conocía en última instancia, estando dicha sentencia fundada en una interpretación errónea del Derecho comunitario a la vista de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia, este Derecho no exige que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario en el marco del recurso jurisdiccional de Derecho interno interpuesto contra dicha resolución.

Por lo que respecta a la cuestión del límite temporal para presentar una solicitud de revisión, el Derecho comunitario no impone ningún plazo preciso para presentar una solicitud de revisión. Sin embargo, es necesario precisar que, según jurisprudencia reiterada, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni, por otra parte, haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, en particular, las Sentencias de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apdo. 43, y de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros, C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apdo. 28, y la jurisprudencia que allí se cita).

De este modo, el Tribunal de Justicia ha reconocido, en interés de la seguridad jurídica, la compatibilidad con el Derecho comunitario de la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir (véanse, en este sentido, las Sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, apdo. 5; Comet, 45/76, Rec. p. 2043, apdos. 17 y 18; Denkavit italiana, antes citada, apdo. 23; de 25 de julio de 1991, Emmott, C-208/90, Rec. p. I-4269, apdo. 16; Palmisani, antes citada, apdo. 28; de 17 de julio de 1997, Haahr Petroleum, C-90/94, Rec. p. I-4085, apdo. 48, y de 24 de septiembre de 2002, Grundig Italiana, C-255/00, Rec. p. I-8003, apdo. 34). En efecto, unos plazos de este tipo no son de naturaleza tal que hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (sentencia Grundig Italiana, antes citada, apdo. 34).

De dicha jurisprudencia reiterada se desprende que los Estados miembros pueden exigir, en nombre del principio de seguridad jurídica, que una solicitud de revisión y revocación de una resolución administrativa firme y contraria al Derecho comunitario según ha sido interpretado posteriormente por el Tribunal de Justicia sea presentada en un plazo razonable ante la administración competente.

Por consiguiente, el TJCE responde a la segunda cuestión planteada en el asunto C-2/06 que “el Derecho comunitario no impone ningún límite temporal para presentar una solicitud dirigida a la revisión de una resolución administrativa firme. No obstante, los Estados miembros siguen siendo libres de establecer plazos razonables para interponer recurso de conformidad con los principios comunitarios de efectividad y equivalencia”.

3. FUENTES

Pocas novedades pueden destacarse de los pronunciamientos del TJCE emitidos en el período de referencia a que se circunscribe este número de la *Revista Justicia Administrativa* pudiéndose, no obstante, destacar la **STJCE de 3 de abril de 2008, Comisión c. Portugal, As. C-289/07**. En ella se señala una importante idea que, como *leit-motiv*, se reitera al tratar las fuentes comunitarias en general y las directivas en particular.

En efecto, la citada STJCE incide en una reiterada doctrina del Alto Tribunal Comunitario con relación al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptar el Derecho interno a una Directiva comunitaria. Pues bien, la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto.

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 y 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, como a menudo hacemos en este apartado de la Crónica de Derecho Comunitario, podemos recordar algunos de los contenidos aparecidos en estas sentencias, sobre todo en aquellas en las cuales algunas de las partes son españoles. Respecto las sentencias españolas debemos recordar la **STJCE (Sala Tercera) de 6 de marzo de 2008, España/Comisión, As. C-196/07**, por medio de la cual se declaró el incumplimiento por parte del Reino de España de las condiciones primera a sexta, octava y decimoséptima impuestas por la resolución de la Comisión Nacional de la Energía a EON, declaradas incompatibles con el Derecho comunitario por el artículo 1 de la decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2006 [As. COMP/M.4197 –EON/Endesa– C(2006) 4279 final], y de las condiciones primera, décima, undécima y decimoquinta modificadas, impuestas por la resolución del Ministro de Industria, Turismo y Comercio a EON, declaradas incompatibles con el Derecho comunitario por el artículo 1 de la decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2006 [As. COMP/M.4197 –EON/Endesa– C(2006) 7039 final].

De fecha posterior encontramos el **Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2008, Reino de España/Comisión, auto T-65/08 R**, por medio del cual desestimó la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2007 (As. COMP/M.4685-Enel/Acciona/Endesa), relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 139/2004

del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 24, p. 1), no dando lugar a medidas provisionales ya que no se acreditaban por parte del Reino de España la existencia de perjuicios graves e irreparables previsibles por un grado de probabilidad suficiente por la ejecución de esta decisión, y además:

“no cabe sostener que el hecho de tener que defenderse ante el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso por incumplimiento relativo a la inejecución de una decisión cuya legalidad es objeto de un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia constituya un perjuicio grave e irreparable que ponga de manifiesto la urgencia y justifique estimar una demanda de medidas provisionales. Por el contrario, la existencia de tal situación está prevista en el Estatuto del Tribunal de Justicia, que, en su artículo 54, párrafo tercero, establece los medios que permiten evitar el desarrollo de los dos procedimientos simultáneamente. En particular, cuando se sometan al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia asuntos que tengan el mismo objeto o que planteen la misma cuestión de interpretación o que cuestionen la validez del mismo acto, el Tribunal de Primera Instancia podrá suspender sus actuaciones hasta que el Tribunal de Justicia dicte sentencia o, a la inversa, el Tribunal de Justicia también podrá decidir suspender el procedimiento del que conozca, en cuyo caso, el procedimiento continuará ante el Tribunal de Primera Instancia” (FJ 73°).

Entre otras sentencias más que podemos recordar es la reciente **STJCE de 6 de mayo de 2008, Parlamento/Consejo, As. C-133/06**, mediante la cual anuló los artículos 29, apdos. 1 y 2, y 36, apdo. 3, de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Normas que concedían al Consejo la competencia de adoptar y modificar las listas de países seguros. El Tribunal de Justicia sostuvo que esta competencia atribuida al Consejo le concedía una facultad legislativa que excede de lo previsto en el Tratado y supondría vulnerar el principio de equilibrio institucional, que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás. El Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), en su **STPI de 17 de abril de 2008, Cestas/Comisión, As. T-260/04**, sostuvo que la nota de adeudo no es un acto susceptible de recurso ya que no fija definitivamente la postura de la Comisión. De igual forma, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera), en su **STPI de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisión, As. T-345/03**, sostuvo en el fundamento jurídico cuadragésimo sexto que “en el marco del control de la legalidad que ejerce el juez comunitario, no corresponde a éste dirigir órdenes conminatorias a las instituciones, sino que es la Administración interesada quien debe aportar las medidas que exige la ejecución de una sentencia dictada en el marco de un recurso de anulación”.

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

No ha sido éste un período especialmente propicio en lo que a novedades, o variaciones, en la jurisprudencia prejudicial y cautelar del Tribunal de Justicia se refiere.

En efecto, por lo que respecta a las primeras (las cuestiones prejudiciales), y tal y como de inmediato se comprobará, el argumento en más ocasiones abordado por la Corte comunitaria durante estos últimos meses ha sido, de nuevo, el de los motivos de inadmisión. Por su parte, y en lo que concierne a las medidas cautelares, ni una sola de las sentencias dictadas por la Curia comunitaria, en el período de tiempo considerado, ha abordado este tema. Así pues, puede deducirse fácilmente que, en lo que a esta segunda materia se refiere, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha experimentado variación ninguna.

No obstante lo anterior, existen algunos pronunciamientos dignos de mención y, por supuesto, de comentario. Pues, si bien es cierto que ninguno de ellos ha introducido —como se acaba de indicar— cambios significativos en la jurisprudencia de la Corte de Justicia, no lo es menos que algunos de ellos sí que han permitido afinar y, sobre todo, confirmar algunos de los tenores de ésta. Al menos, en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere.

En lo tocante al mecanismo prejudicial, la atención de la Curia comunitaria ha estado centrada en tres propósitos principales. A saber: a) perfilar el concreto alcance y contenido de los motivos de inadmisión prejudicial; b) reiterar que, de ordinario, la reapertura de la fase oral en este procedimiento no constituye regla, sino excepción, y c) asimismo, insistir en que, por lo general, las cuestiones prejudiciales de validez no suelen prosperar.

En efecto, en primer término, conviene dar noticia de un nutrido grupo de sentencias que se han ocupado del siempre discutido tema de los motivos de inadmisión, entre otras, las que a continuación se reseñan.

Encabeza la lista, la **STJCE de 21 de febrero de 2008, Part Service, As. C-425/06**, en la que una de las partes en el proceso (la propia *Part Service*) sostiene (apdo. 33 de la sentencia) que las cuestiones prejudiciales planteadas deben declararse inadmisibles, puesto que ninguna de ellas guarda relación con la realidad o el objetivo del litigio principal. En resumidas cuentas: porque poseen un carácter puramente hipotético.

Con base en esta alegación, el Tribunal de Justicia aprovecha la oportunidad para recordarnos (apdo. 34 de la sentencia): 1) que, con carácter general y en el marco de un procedimiento prejudicial, la Curia comunitaria está, en principio, obligada a responder a cuantas cuestiones se le formulen y 2) que, también con carácter general, la negativa a pronunciarse sobre éstas sólo es posible en una serie de supuestos tasados, entre los que se encuentra, precisamente, el de que las cuestiones suscitadas revistan carácter hipotético.

No obstante, y en este caso concreto, el Tribunal de Justicia opina (apdos. 36 a 38 de la sentencia) que la anterior circunstancia no resulta de aplicación, pues el órgano jurisdiccional nacio-

I. Derecho Comunitario

nal ha dejado del todo claro que la interpretación del Derecho comunitario solicitada guarda directa relación con el asunto principal. En consecuencia, la Corte comunitaria no puede hacer nada distinto a declarar (apdo. 39) que las cuestiones planteadas son admisibles.

La **STJCE de 13 de marzo de 2008, Doulamis, As. C 446/05**, también pertenece a este grupo de pronunciamientos referidos a los motivos de inadmisión prejudicial. Se trata de una sentencia en la que, al igual que sucediera en el caso anterior, aunque por motivos bien distintos (falta de definición del contexto fáctico y normativo nacional en la resolución de remisión), algunas partes en el procedimiento (más exactamente, los Gobiernos belga e italiano) manifiestan sus dudas acerca de la admisibilidad de la petición prejudicial suscitada.

Sin embargo, la Corte comunitaria —fiel a su reiterada jurisprudencia en la materia— insiste, ahora como antes (apdo. 14 de esta segunda sentencia), en que éste es un procedimiento de cooperación entre órganos jurisdiccionales (nacional y europeo), donde el segundo está obligado —salvo la concurrencia de una serie de motivos tasados— a facilitar al primero una respuesta útil respecto de las dudas que éste pueda tener en cuanto a la interpretación, o la validez, del Derecho comunitario. Y, así también (apdo. 13), subraya el Tribunal europeo que corresponde exclusivamente al “juez nacional” apreciar, tanto la necesidad como la pertinencia del planteamiento prejudicial.

De este modo, y puesto que a juicio de la Curia comunitaria (apdo. 16 de la sentencia), la resolución de remisión define suficientemente el contexto fáctico y normativo nacional en el que se inserta la cuestión objeto de disputa, tan sólo es posible declarar (apdo. 17) la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial del, en este caso concreto, Tribunal de *Première Instance de Bruxelles*.

Una tercera sentencia, perteneciente todavía a este grupo de pronunciamientos sobre inadmisión, es la **STJCE de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, As. C-212/06**. En esta ocasión, es el Gobierno flamenco quien considera que las cuestiones planteadas deberían declararse inadmisibles puesto que, a su juicio, ni son útiles ni necesarias para la resolución del litigio principal (apdo. 25 de esta sentencia).

Por enésima vez, y en sentido opuesto, el Tribunal de Justicia sostiene (apdos. 28 a 30 de la sentencia) que en el marco de un procedimiento prejudicial corresponde exclusivamente al juez nacional (la *Court d'arbitrage* holandesa) apreciar la necesidad y la pertinencia de este tipo de peticiones. Y que, además y en este caso concreto, ha quedado demostrado que la respuesta a algunas de las cuestiones planteadas resulta útil al mencionado juez nacional para resolver el litigio principal. Por consiguiente (apdo. 31 de la sentencia), también en este asunto, procede declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales (segunda y tercera) formuladas.

Por último, también la **STJCE de 3 de abril de 2008, Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau-Westelbien, As. C-442/05**, debe inscribirse en este grupo de pronunciamientos referentes a los motivos de inadmisión prejudicial. En efecto, en este caso —como en los anteriores— son de nuevo sendas partes en el procedi-

miento (*Finanzamt* y el Gobierno alemán) quienes estiman que las cuestiones prejudiciales planteadas deberían ser declaradas improcedentes pues, según su parecer (apdo. 20 de esta sentencia), el litigio principal no guarda relación alguna con la interpretación de la norma comunitaria solicitada.

En cambio, tal y como aconteciera en los supuestos anteriores y tras repasar su reiterada jurisprudencia en esta materia (apdo. 21), el Tribunal de Justicia llega a la conclusión (apdos. 22 a 24 de la sentencia) de que a) en la resolución de remisión el juez nacional describe suficientemente el contexto fáctico y normativo en el que la petición prejudicial se inscribe y b) que, por lo demás, el interrogante planteado al Tribunal de Justicia versa sobre el particular concepto de “distribución de agua” en el Derecho comunitario. Por consiguiente, sin ser hipotética y habiendo descrito el escenario (fáctico y normativo) nacional en el que se inscribe, procede admitir (apdo. 27 de la sentencia), también en este caso, la cuestión prejudicial planteada.

En suma, y a la luz de este primer grupo de sentencias, puede afirmarse que la Curia comunitaria ha vuelto a establecer, con absoluta nitidez, la regla de que, salvo una serie de supuestos excepcionales (cuando la petición prejudicial resulte hipotética, cuando no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal y, así también, cuando al Tribunal de Justicia no se le faciliten los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil), la Curia comunitaria se verá obligada a responder a ésta. Esto significa, por lo demás, que sobre las eventuales partes interesadas en la inadmisión recae la carga de la prueba. Asunto, éste, en absoluto baladí.

Dejando a un lado los motivos de inadmisión, el Tribunal de Justicia también ha tenido oportunidad durante estos meses de confirmar una segunda regla, y es que *la reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial constituye un supuesto excepcional*.

Así se infiere de lo contenido en la **STJCE de 8 de mayo de 2008, *Danske Svineproducenter, As. C-491/06***. Más concretamente, de su apdo. 21, donde el Tribunal de Justicia declara: 1) que tan sólo a él le atañe reabrir la fase oral del procedimiento prejudicial, bien de oficio, bien a propuesta del Abogado General o también a instancia de las partes y 2) que esto únicamente es posible, si aquél considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes.

Pues bien, en opinión de la Corte comunitaria (apdos. 22 a 25 de la antedicha sentencia) y en el supuesto que ahora nos ocupa, el primer requisito de forma se verifica (existe una instancia en este sentido de una de las partes en el procedimiento prejudicial, en concreto, de la demandante), pero, sin embargo, no puede decirse lo mismo de ninguno de los requisitos de fondo restantes.

En efecto, de un lado, el Tribunal de Justicia se considera suficientemente informado y, de otro, en lo concerniente a determinadas fotografías y a ciertos documentos adjuntos que —según la demandante— no han podido ser debatidos con anterioridad, la Corte comu-

nitaria señala: 1) que han existido otros momentos procesales más adecuados en los que deberían haberse invocado y 2) que ya en una reunión previa mantenida entre los jueces y las partes, antes de iniciarse la vista, aquéllos comunicaron a éstas que las fotografías objeto ahora de la petición de reapertura no serían admitidas.

En consecuencia, y habida cuenta de las anteriores consideraciones (apdo. 26 de la sentencia), el Tribunal de Justicia procede a denegar la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento presentada por la parte demandante en el asunto principal.

Poco o nada más cabe escribir acerca de los pronunciamientos prejudiciales emitidos durante este período. Salvo, quizá, *dos últimas anotaciones*. La primera, que las dos cuestiones de validez planteadas en el lapso de tiempo que comprende esta crónica han sido rechazadas. Y la segunda, que se han formulado también dos peticiones prejudiciales por parte de órganos jurisdiccionales españoles ambas, a nuestros efectos, intrascendentes.

Así es, en cuanto a lo primero, baste indicar que tanto la **STJCE de 28 de febrero de 2008, AGST Draht-und Biegetechnik, As. C-398/05**, como la **STJCE de 15 de abril de 2008, Nuova agricast, As. C-390/06**, ponen en duda la validez de varios preceptos del Derecho comunitario derivado. Una duda que el Tribunal de Justicia resuelve declarando que, en ambos casos, el examen de las cuestiones planteadas no ha puesto de relieve elemento alguno que pueda afectar a la validez de los preceptos discutidos. Lo cual, a nuestro juicio, no hace sino corroborar que la Curia europea se muestra, por lo común, poco propensa a declarar la invalidez de una norma o precepto de Derecho comunitario.

En cuanto a lo segundo, y para terminar, procede señalar que tanto la **STJCE de 21 de febrero de 2008, Robledillo Núñez, As. C-498/06**, como la **STJCE de 6 de marzo de 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, As. C-82/07**, tienen su origen en sendas peticiones prejudiciales formuladas por “jueces nacionales” españoles. Para ser más exactos y respectivamente, en la formulada por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras (Cádiz), mediante resolución de 18 de septiembre de 2006, sobre la interpretación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980 (relativa a la protección de los trabajadores asalariados), y en la planteada por el Tribunal Supremo, mediante resolución de 23 de enero de 2007, acerca de la interpretación de los artículos 3, apdo. 2, y 10, apdo. 1, de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (concerniente a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas).

Dos peticiones prejudiciales que, por lo demás, no merecen mayor comentario, pues nada añaden a lo ya dicho con anterioridad, ni tampoco a la que viene siendo reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto al mecanismo prejudicial.

En lo que concierne a las medidas cautelares, y tal y como ya se adelantaba al inicio de este epígrafe, tan sólo cabe apuntar que, durante el período de tiempo que comprende esta crónica, el Tribunal de Justicia no ha dictado sentencia alguna relativa a esta materia. Consiguientemente, la reafirmada jurisprudencia de la Corte comunitaria sobre esta temática se ha mantenido inalterada.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de febrero al 16 de mayo de 2008) el Tribunal ha publicado un total de cuatro sentencias. En primer lugar, la **STJCE (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008, Dynamic Medien, As. C-244/06**, en la cual se realiza una interpretación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). El litigio se plantea entre dos sociedades alemanas en relación con la venta en Alemania por parte de la segunda, por correo y a través de Internet, de soportes gráficos procedentes del Reino Unido, no sometidos, por una autoridad regional superior o un organismo nacional de autorregulación voluntaria, a control y clasificación a efectos de la protección de los menores y que no lleven una indicación, que emane de dicha autoridad o de dicho organismo, de la edad a partir de la que pueden verse tales soportes gráficos.

Dynamic Medien, empresa competidora de Avides Media, inició un procedimiento sobre medidas provisionales ante el *Landgericht Koblenz*, a fin de que se prohiba a esta última sociedad la venta por correo de tales soportes gráficos. A su juicio, la Ley sobre la protección del menor prohíbe la venta por correo de soportes gráficos que no hayan sido objeto, en Alemania, de un control con arreglo a dicha Ley y que no lleven indicación alguna de la edad a partir de la que pueden verse producto de una decisión de clasificación que emane de una autoridad regional superior o de un organismo nacional de autorregulación.

Según el Tribunal, el artículo 28 CE no se opone a una normativa nacional, como la alemana, controvertida en el litigio principal, que prohíbe la venta y la entrega por correo de soportes gráficos que no hayan sido objeto, por una autoridad regional superior o por un organismo nacional de autorregulación voluntaria, de un control y de una clasificación a efectos de la protección de los menores y que no lleven una indicación, que emane de dicha autoridad o de dicho organismo, de la edad a partir de la que pueden verse, salvo que resulte que el procedimiento de control, clasificación y etiquetado de soportes gráficos establecido por dicha normativa no sea fácilmente accesible o no pueda concluirse dentro de un plazo razonable o bien que la decisión denegatoria no sea recurrible judicialmente.

La **STJCE (Sala Tercera) de 21 de febrero de 2008, Comisión c. Francia, As. C-201/06**, en la cual la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 CE al exigir que, para la concesión de una autorización de importación de un producto fitosanitario importado de forma paralela, el producto importado y el producto ya autorizado en Francia tengan un origen común.

La Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios (DO L 230, p. 1) establece normas uniformes relativas a las condiciones y procedimientos para la autorización de comercialización (en lo su-

cesivo, “AC”) de productos fitosanitarios, así como su revisión y revocación. Su objetivo consiste no sólo en armonizar las normas relativas a los requisitos y los procedimientos de autorización de dichos productos, sino también en garantizar un elevado grado de protección de la salud de las personas y de los animales, así como del medio ambiente contra las amenazas y los riesgos derivados de un uso mal controlado de tales productos. Dicha Directiva tiene también por objeto eliminar los obstáculos a la libre circulación de éstos.

Por su parte, la normativa francesa (el Code Rural) prohíbe “la comercialización, utilización y posesión por el usuario final de productos fitosanitarios, si éstos no disponen de una AC o de una autorización de distribución para la experimentación concedida con las condiciones establecidas en el presente capítulo.

Queda prohibida la utilización de los productos mencionados en el párrafo primero en circunstancias que no sean las previstas en la decisión de autorización”.

El Decreto 94-359, de 5 de mayo de 1994, relativo al control de los productos fitosanitarios (JORF de 7 de mayo de 1994, p. 6683), aprobado para adaptar el ordenamiento jurídico nacional a la Directiva 91/414, establece los requisitos para la concesión de las AC de productos fitosanitarios en Francia.

El Decreto núm. 2001-317, de 4 de abril de 2001, por el que se establece un procedimiento simplificado de autorización de comercialización para los productos fitosanitarios procedentes del Espacio Económico Europeo (JORF de 14 de abril de 2001, p. 5811), que ha sido codificado en los artículos R. 253-52 a R. 253-55 del Code Rural, dispone en su artículo 1:

“La introducción en el territorio nacional de un producto fitosanitario procedente de un Estado del Espacio Económico Europeo en el que ya ha obtenido una AC expedida conforme a la Directiva 91/414 (...), e idéntico a un producto denominado, en lo sucesivo, ‘producto de referencia’, se autorizará con las siguientes condiciones:

El producto de referencia debe ser objeto de una AC expedida por el Ministro de Agricultura (...)

La identidad del producto introducido en el territorio nacional con el producto de referencia se deberá apreciar de acuerdo con los tres criterios siguientes:

- origen común de los dos productos, en el sentido de que han sido fabricados según la misma fórmula, por la misma sociedad o por empresas relacionadas con ella o que trabajan con licencia;
- fabricación utilizando las mismas sustancias activas;
- efectos similares de los dos productos, habida cuenta de las diferencias que puedan existir en cuanto a las condiciones agrícolas, fitosanitarias y medioambientales, en particular, climáticas, relacionadas con la utilización de los productos.”

En virtud del artículo 1 de la Orden ministerial de 17 de julio de 2001, relativa a la aplicación del Decreto núm. 2001-317 (JORF de 27 de julio de 2001, p. 12091), los solicitantes de una AC de un producto fitosanitario procedente de un Estado del Espacio Económico Eu-

ropeo deben presentar en apoyo de su solicitud un expediente formado por un impreso en el que se recojan los datos cuya relación figura como anexo de dicha Orden, un proyecto de etiqueta en francés del producto cuya comercialización se solicita a raíz de la importación paralela, así como una etiqueta original del producto o de los productos importados.

El anexo de dicha Orden ministerial establece que los solicitantes de una AC de tal producto fitosanitario deben aportar en apoyo de su solicitud indicaciones relativas a la identidad del importador, la identificación del producto importado y del producto de referencia, los usos alegados del producto objeto de la solicitud, así como la identificación francesa de la importación y el nombre comercial propuesto en Francia para el producto en cuestión.

Sin embargo, el Tribunal desestimó la demanda interpuesta y validó la normativa francesa.

En la **STJCE (Sala Tercera) de 10 de abril de 2008, Comisión contra Portugal, C-265/06**, se ventila una cuestión de vehículos y circulación vial. La normativa portuguesa decía: “El artículo 2, apdo. 1, del Decreto-ley núm. 40/2003 dispone:

“Queda prohibida la colocación de láminas tintadas en los cristales de vehículos automóviles destinados al transporte de personas o de mercancías, con excepción de los auto-adhesivos reglamentarios y de las láminas opacas no reflectantes colocadas en los remolques de los automóviles destinados al transporte de mercancías.”

En la sentencia el Tribunal considera la normativa portuguesa una medida de efecto equivalente y declara que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 CE, así como 11 y 13 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al haber prohibido, en el artículo 2, apdo. 1, del Decreto-ley 40/2003, de 11 de marzo, la colocación de láminas tintadas en los cristales de los vehículos automóviles.

Por último, la **STJCE (Sala Cuarta) de 17 de abril de 2008, Peek & Cloppenburg, As. C-456/06**, tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apdo. 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10).

Dicha petición se formuló en el marco de un litigio entre Peek & Cloppenburg KG (en lo sucesivo, “Peek & Cloppenburg”) y Cassina SpA (en lo sucesivo, “Cassina”) a propósito de la puesta a disposición del público y la exposición de muebles que, según Cassina, lesionan su derecho de distribución exclusivo.

Para el TJCE, el concepto de distribución al público del original de una obra o de una copia de ella por cualquier otro medio distinto de la venta, en el sentido de artículo 4, apdo. 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y

I. Derecho Comunitario

derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, supone exclusivamente una transmisión de propiedad del objeto. Por consiguiente, ni el mero hecho de ofrecer al público la posibilidad de usar las reproducciones de una obra protegida por derechos de autor ni la exposición al público de dichas reproducciones sin que se conceda siquiera la posibilidad de usarlas pueden constituir tal forma de distribución.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

Menos prolífica ha sido la producción jurisprudencial en materia de libre prestación de servicios. En el período analizado (del 15 de febrero al 16 de mayo de 2008), se han publicado solamente dos fallos del TJCE, todos ellos sentencias.

La primera de las sentencias a la que nos referimos es la **STJCE (Sala Tercera) de 21 de febrero de 2008, Telecom Italia, As. C-296/06**, en la cual se solicita al Tribunal la interpretación de los artículos 11, 22 y 25 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO L 117, p. 15).

EL TJCE dice al respecto que los artículos 6, 11, 22 y 25 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, se oponen a que un Estado miembro exija a un operador, antiguo titular de un derecho exclusivo sobre los servicios de telecomunicaciones públicas convertido en titular de una autorización general, el pago de una carga pecuniaria del tipo del canon controvertido en el litigio principal, correspondiente al importe anteriormente exigido como contraprestación por el mencionado derecho exclusivo, durante un año contado a partir de la última fecha prevista para la adaptación del Derecho nacional a la citada Directiva, a saber, hasta el 31 de diciembre de 1998.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008, Rüffert, As. C-346/06**, en la cual se somete también al tribunal a una cuestión prejudicial. Se trata de un complejo caso de contratación administrativa y subcontratación en otros Estados comunitarios. Concretamente tras una licitación, el Land Niedersachsen adjudicó en otoño de 2003 a Objekt und Bauregie un contrato de obras de estructura para la construcción del establecimiento penitenciario de Göttingen-Rosdorf. La cuantía del contrato ascendía a 8.493.331 euros, excluido el impuesto sobre el valor añadido. El contrato contenía el compromiso de observar los convenios colectivos y, más concretamente, el compromiso de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo mencionado con el núm. 1 “Edificios y obras públicas” (en lo sucesivo, “convenio colectivo ‘Edificios y obras públicas’”) en la lista de los convenios colectivos representativos.

Objekt und Bauregie recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante. En verano de 2004 surgieron sospechas de que dicha empresa había

contratado en la obra a trabajadores por un salario inferior al previsto en el convenio colectivo “Edificios y obras públicas”. Tras el inicio de las investigaciones, tanto Objekt und Bauregie como el Land Niedersachsen resolvieron el contrato de obras que habían celebrado. Este Land basó la referida resolución, en particular, en el hecho de que Objekt und Bauregie había incumplido la obligación contractual de atenerse a lo dispuesto en el convenio colectivo aludido. Se dictó una resolución penal contra el principal responsable de la empresa establecida en Polonia imputándole haber abonado a los 53 obreros empleados en la obra únicamente el 46,57% del salario mínimo fijado.

Según el TJCE, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 15 de febrero al 16 de mayo de 2008), se han publicado un total de ocho fallos del TJCE en esta materia, aunque seis de ellos se tramitaron acumuladamente en el mismo proceso. El primero de ellos se contiene en la **STJCE (Sala Cuarta) de 28 de febrero de 2008, Deutsche Shell, As. C-293/06**, en la que el Tribunal se pronuncia también de manera prejudicial sobre una cuestión impositiva; concretamente el trato fiscal que las autoridades de la República Federal de Alemania concedieron a la depreciación monetaria sufrida por una dotación de capital con motivo de su repatriación, capital que había sido concedido a un establecimiento permanente de dicha sociedad situado en otro Estado miembro.

Para el Tribunal, las disposiciones conjuntas de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro.

Asimismo, las disposiciones conjuntas de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen también a que una pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos.

I. Derecho Comunitario

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Primera) de 6 de marzo de 2008, Deutsche Post, As. Ac. C-287/06 a C-292/06**, en la que el Tribunal se pronuncia en el marco de litigios entre, por un lado, Deutsche Post AG (en lo sucesivo, “Deutsche Post”), como proveedor del servicio postal universal en Alemania, así como, por otro lado, Magdeburger Dienstleistungs- und Verwaltungs GmbH (MDG), Marketing Service Magdeburg GmbH y Vedat Deniz (en lo sucesivo, “preparadores de correo afectados”) y la República Federal de Alemania, en relación con resoluciones de la Bundesnetzagentur (Agencia Federal de Redes; en lo sucesivo, “BNA”) relativas a la concesión y a las condiciones de acceso de dichos preparadores de correo a las prestaciones de servicios parciales de Deutsche Post en su red postal.

La Normativa comunitaria en la materia está compuesta por la Directiva 97/67 que inició el proceso de liberalización gradual del mercado de servicios postales. Conforme al segundo considerando de la Directiva 2002/39, la Directiva 97/67 “estableció un marco regulador para el sector postal a escala comunitaria que incluía, en particular, medidas destinadas a garantizar un servicio universal y la fijación de límites máximos para los servicios postales que los Estados miembros podrán reservar al proveedor o los proveedores del servicio universal con el fin de mantener dicho servicio universal, así como un calendario para la toma de decisiones relativas a la prosecución del proceso de liberalización del mercado, con el objetivo de crear un mercado único de los servicios postales”.

La Directiva 2002/39 prosigue dicha liberalización y, según sus considerandos decimo-cuarto y vigésimo cuarto, fija un calendario para la apertura gradual y controlada del mercado postal a la competencia, indicando la fecha previsible de 2009 para la plena realización del mercado interior de los servicios postales.

Pues bien, el artículo 12, quinto guión, de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, en su versión modificada por la Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se niegue, a las empresas que agrupan con carácter profesional y en su propio nombre los envíos postales de varios remitentes, el beneficio de las tarifas especiales que el proveedor nacional del servicio postal universal concede, en el ámbito de su licencia exclusiva, a los clientes profesionales para el depósito en sus centros de gestión postal de cantidades mínimas de envíos clasificados previamente.

En tercer y último lugar, la **STJCE de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium, As. C-414/06**, en la que también se enjuicia una cuestión prejudicial respecto del tratamiento fiscal concedido por las autoridades alemanas competentes a las pérdidas de un establecimiento permanente de dicha sociedad sito en Luxemburgo.

El artículo 43 CE no se opone a que una sociedad establecida en un Estado miembro no pueda deducir de su base imponible las pérdidas de un establecimiento permanente de su propiedad, situado en otro Estado miembro, en la medida en que, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, los ingresos de dicho establecimiento se gravan en este último Estado miembro, en el que dichas pérdidas, en el marco de la tributación

de las rentas de dicho establecimiento permanente, pueden tomarse en consideración en ejercicios posteriores.

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) Facultades especiales de intervención en el mercado energético español

El Tribunal de Justicia ha declarado en su **STJCE de 14 de febrero de 2008, Comisión contra España, As. C-274/06**, que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE al mantener en vigor medidas como las previstas en la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada a ésta por el artículo 94 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que limitan los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por las entidades públicas en las empresas españolas que operen en el sector energético. Dicho precepto establece la posibilidad de que el Consejo de Ministros elimine o limite los derechos políticos de participaciones significativas de sociedades pertenecientes a los mercados energéticos, siempre que dichas acciones sean de titularidad pública¹.

(1) Según el precepto examinado,

“1. Las entidades o personas de naturaleza pública y las entidades de cualquier naturaleza, participadas mayoritariamente o controladas en cualquier forma por entidades o Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que directa o indirectamente tomen el control o adquieran participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos deberán notificar a la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y PYMES de la toma de control o adquisición que se haya efectuado, con especial referencia a las características y condiciones de la adquisición.

2. La Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y PYMES cuando haya sido notificada, o de oficio en el caso en que dándose el supuesto del número anterior no haya tenido lugar la notificación, instruirá un expediente, de conformidad con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (...) en el que informará preceptivamente la Comisión Nacional de Energía.

3. El Consejo de Ministros previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en el plazo máximo de dos meses podrá resolver reconociendo o no el ejercicio de derechos políticos correspondientes, o sometiendo el ejercicio de los mismos a determinadas condiciones en atención, entre otros, a los principios de objetividad, transparencia, equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y sistemas energéticos.

En todo caso, desde que se produzca la toma de control o la adquisición de participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos y hasta que no se pronuncie el Consejo de Ministros, por resolución expresa o por silencio, si no resuelve expresamente dentro del plazo máximo de que dispone, las entidades o personas a que se refiere el apartado 1 de la presente disposición no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a las participaciones en el mismo indicadas.

La resolución del Consejo de Ministros, que será motivada, tendrá en cuenta si la toma de control o adquisición de participaciones significativas tiene como consecuencia la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos sobre las actividades desarrolladas por las empresas en los mercados energéticos con el fin de garantizar la adecuada gestión y prestación de servicios por las mismas dentro del sistema energético, de conformidad con los criterios objetivos que se especifican en el apartado siguiente.

La falta de resolución del expediente en el plazo a que se refiere el párrafo primero de este apartado permitirá el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las mismas.

I. Derecho Comunitario

Para alcanzar tal conclusión el Tribunal de Justicia parte de que la normativa española produce una restricción de la libertad de capitales. Y es que los derechos de voto correspondientes a las acciones constituyen uno de los principales medios de participación del accionista en la gestión de una empresa o en su control. En consecuencia, cualquier medida encaminada a impedir el ejercicio de tales derechos o a someterlo a condiciones puede disuadir a los inversores de otros Estados miembros de adquirir participaciones en las empresas afectadas y constituye una restricción a la libre circulación de capitales. Por ello, la normativa analizada puede disuadir a las entidades públicas establecidas en otros Estados miembros de adquirir participaciones en las empresas españolas que operen en el sector energético y, por lo tanto, constituye una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 56 CE, apdo. 1.

Ahora bien, el Derecho comunitario tolera las restricciones a las libertades comunitarias siempre que estén debidamente justificadas. En este sentido, para que una medida esté comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 58 —que permite excepciones a la libre circulación de capitales—, no sólo ha de estar justificada por razones de orden público, sino que debe respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que debe ser idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (STJCE de 26 de septiembre de 2000, Comisión contra Bélgica, As. C-478/98, apdo. 41). Pues, en este caso, la medida no satisface el canon de proporcionalidad.

En efecto, en primer lugar, el Tribunal de Justicia niega que la medida enjuiciada sea adecuada para garantizar el fin de interés general invocado, la seguridad del abastecimiento energético. Y es que según el Tribunal,

4. A los efectos previstos en el apartado anterior, la existencia de riesgos significativos o efectos negativos se apreciará en función de:

- a) La transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda incorporarse la entidad como consecuencia de la operación y, en general, la existencia de dificultades para obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades.
- b) Los vínculos que, como consecuencia de la operación, la entidad en cuestión pueda mantener con otras personas físicas o jurídicas, siempre que tales vínculos puedan obstaculizar el buen ejercicio de la ordenación y supervisión de la correspondiente entidad.
- c) La posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de cualesquiera otras actividades desarrolladas por los adquirentes.
- d) El riesgo que la estructura financiera de la operación haga recaer sobre las actividades de la entidad sometidas a regulación, y sobre los recursos obtenidos por dichas actividades, en especial cuando se trate de rentas de origen regulados que se transfieren a actividades distintas de aquellas que las originan.
- e) Seguridad del suministro o de la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios y, en particular, en la necesidad de preservar y desarrollar la estructura de los mercados en cuestión con una calidad adecuada, y de forma accesible a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica; en especial, la protección frente al riesgo de una inversión insuficiente en infraestructuras a largo plazo que no permita garantizar, de forma continuada, la disponibilidad de una capacidad suficiente.
- f) Protección del interés general en el sector correspondiente afectado y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial.

La anterior resolución se entenderá sin perjuicio de las autorizaciones que resulten pertinentes en virtud del ordenamiento jurídico vigente.

5. A los efectos de la presente disposición se considerarán participaciones significativas aquellas que directa o indirectamente alcancen, al menos, el 3% del capital social o de los derechos de voto de la sociedad.

6. Se entenderá que existe una relación de control a los efectos de esta disposición siempre que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.”

“A este respecto, procede señalar que el carácter público del inversor, por sí solo, no parece constituir un peligro para el abastecimiento de energía de un Estado miembro.

Además, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el interés en reforzar la estructura competitiva del mercado de que se trate en general no puede constituir una justificación válida de restricciones a la libre circulación de capitales (véase la Sentencia Comisión/Italia, antes citada, apdo. 37).

Por otra parte, como alegó la Comisión, la supervisión de la entidad pública exclusivamente en el momento en que ésta tome el control de una empresa española que opere en el sector de la energía o en el momento en que adquiera una participación significativa en ella no permite garantizar que, una vez reconocidos los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por dicha entidad, ésta vaya a utilizarlos de una forma adecuada que garantice la seguridad del abastecimiento energético” (apdos. 43 a 45).

Por otro lado, el Tribunal Europeo también declara que la medida en todo caso es desproporcionada con respecto al objetivo perseguido. En los términos de dicha sentencia,

“(…) el régimen instituido por la DA Vigésima Séptima no es asimilable al régimen examinado en la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada. Este último constituye, en efecto, un régimen de oposición *a posteriori* a los acuerdos adoptados por una sociedad. En cambio, la DA Vigésima Séptima, en la medida en que suspende el ejercicio de los derechos de voto y permite su no reconocimiento o su limitación, produce sus efectos aun antes de que la sociedad haya adoptado una decisión, es decir, sin que se haya demostrado la existencia de un riesgo, siquiera potencial, de perjudicar a la seguridad del abastecimiento de energía.

Además, el régimen examinado en la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, únicamente contempla la intervención de las autoridades administrativas belgas cuando estén comprometidos los objetivos de la política energética, en situaciones específicas. Dicho régimen se circunscribe, pues, a determinadas decisiones relativas a los activos estratégicos de sociedades que operan en el sector de la energía y a decisiones de gestión específicas relacionadas con dichos activos, que pueden ser puntualmente cuestionadas. Por el contrario, en virtud de la DA Vigésima Séptima, el mecanismo de suspensión del ejercicio de los derechos de voto, de no reconocimiento de dichos derechos e incluso de sometimiento del ejercicio de tales derechos a condiciones, se aplica a todas las decisiones que dan lugar a una votación de los accionistas.

Por otra parte, como ha alegado la Comisión, los criterios que rigen la decisión que debe adoptar el Consejo de Ministros se definen de forma no exhaustiva y, por consiguiente, dejan a éste un amplio margen de apreciación difícilmente controlable por los órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, no sólo el Reino de España no ha probado que la DA Vigésima Séptima constituya una medida adecuada para garantizar el abastecimiento de energía en España, sino que, en cualquier caso, dicha medida es desproporcionada con respecto al objetivo perseguido (apdos. 50 a 52)”.

b) Ventajas fiscales

En el período de tiempo examinado, cuatro sentencias han analizado si determinadas ventajas fiscales infringían la libre circulación de capitales. El punto de partida para analizar todos estos supuestos ha sido la doctrina reiterada del Tribunal de Justicia según la cual para que las ventajas fiscales puedan considerarse compatibles con las disposiciones del Tratado, relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario, la lucha contra la evasión fiscal y la eficacia de los controles fiscales.

Pues bien, en el supuesto que resuelve la **STJCE de 17 de enero de 2008, Lammers & Van Cleeff, As. C-105/07**, el Tribunal considera que la medida en cuestión no es proporcionada y, por tanto, vulnera el Derecho comunitario. La sentencia analiza normativa belga conforme a la cual los intereses abonados por una sociedad residente sólo se someten a tributación, como dividendos, cuando se paguen a un administrador o a un socio que sean sociedades no residentes. Pues bien, para el TJCE aunque esta legislación tiene como objetivo combatir las prácticas abusivas, va en todo caso más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

Por su parte, la **STJCE de 18 de diciembre de 2007, Skatteverket, As. C-101/05**, se ocupa de un supuesto de restricción a los movimientos de capitales entre los Estados miembros y terceros países. En concreto, el Tribunal tiene que dilucidar si las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro conforme a la cual sólo puede concederse la exención del impuesto sobre la renta de los dividendos distribuidos en forma de acciones en una filial, si la sociedad que los distribuye está establecida en un Estado miembro delEEE o en un Estado con el que el Estado miembro de imposición haya celebrado un convenio fiscal que establezca el intercambio de información.

Como es sabido, el artículo 56 CE prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y terceros países. Pues bien, el Tribunal declara que el concepto de restricciones a los movimientos de capitales tiene el mismo alcance en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros que en las relaciones entre los Estados miembros. Así,

“aunque la liberalización de los movimientos de capitales con los países terceros pueda perseguir objetivos distintos de la realización del mercado interior, como, entre otros, los de garantizar la credibilidad de la moneda única comunitaria en los mercados financieros mundiales y mantener, en los Estados miembros, centros financieros de dimensión mundial, es preciso señalar que, cuando el artículo 56 CE, apdo. 1, extendió el principio de la libre circulación de capitales a los movimientos de capitales entre los países terceros y los Estados miembros, éstos optaron por consagrar dicho principio en el mismo artículo y en los mismos términos para los movimientos de capitales que tienen lugar dentro de la Comunidad y para los que se refieren a las relaciones con países terceros (apdo. 41)”.

En cualquier caso, el Tribunal aclara que en la medida en que los Estados miembros están facultados para aplicar determinadas medidas restrictivas de los movimientos de capitales,

éstas no pueden determinarse sin tener en cuenta el hecho de que los movimientos de capitales con destino a países terceros o procedentes de ellos se realizan en un contexto jurídico distinto de aquél en que se inscriben los producidos dentro de la Comunidad. Por ello el Tribunal concluye que los artículos 56 y 58 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro conforme a la cual sólo puede concederse la exención del impuesto sobre la renta de los dividendos distribuidos en forma de acciones en una filial cuando la sociedad que los distribuye está establecida en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en un Estado con el que el Estado miembro de imposición haya celebrado un convenio fiscal que establezca el intercambio de información, si dicha exención está supeditada a requisitos cuya observancia sólo puede ser comprobada por las autoridades competentes de este Estado miembro recabando información del Estado en que está establecida la sociedad que distribuye los dividendos.

Por su parte, la **STJCE de 18 de diciembre de 2007, Grønfeldt, As. C-436/06**, analiza determinada legislación alemana según la cual las plusvalías de la cesión de participaciones de sociedades de capitales extranjeras estaban sujetas a tributación cuando la participación en el capital social alcanzara al menos el 1%. En cambio, en condiciones por lo demás idénticas, las plusvalías de la cesión de participaciones de sociedades de capitales nacionales únicamente estaban sujetas a tributación cuando dicha participación alcanzaba el 10%. Pues bien, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 56 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa examinada, ya que dicha normativa no resulta justificada por una razón imperiosa de interés general.

Finalmente, la **STJCE de 17 de enero de 2008, Jäger, As C-256/06**, ha concluido que el artículo 56 CE, apdo. 1, en relación con el artículo 58 CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, a efectos del cálculo del impuesto de sucesiones sobre una herencia formada por bienes situados en el territorio de dicho Estado y por un bien agrícola y forestal situado en otro Estado miembro,

- establece que se tomará en consideración el bien situado en ese otro Estado miembro por su valor venal, mientras que a un bien idéntico situado en el territorio nacional se aplicará un procedimiento especial de valoración cuyos resultados sólo corresponden, como media, al 10% de ese valor venal, y

- reserva a los bienes agrícolas y forestales situados en el territorio nacional la aplicación de una exoneración fiscal concedida en función de tales bienes, así como la consideración de su valor residual únicamente en el 60% de su importe.

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) Recusación de Magistrados (artículos 80 LOTC y 219.10 LOPJ): la causa de recusación “contaminación por interés” demanda dudas objetivamente fundadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos. B) Conflicto en defensa de la autonomía local.

a) Extinción del proceso por desaparición sobrevenida del objeto: la derogación de la ley recurrida produce la extinción del proceso. C) Recurso de amparo. a) Legitimación

activa de sujetos públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC] para invocar el derecho de acceso a la jurisdicción. b) Legitimación activa de sujetos públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC] para invocar el derecho a no sufrir indefensión. c) Legitimación activa de sujetos públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC]: carecen de ella para invocar el derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho.

d) Extemporaneidad del recurso de amparo contra actos sin valor de ley de órganos parlamentarios (artículo 42 LOTC): la no presentación de la solicitud de reconsideración determina la extemporaneidad del recurso.

1. INTRODUCCIÓN

No hay este trimestre decisiones sobre controversias competenciales. La crónica se centra en aspectos procesales. Una vez más, reseñamos otra decisión polémica sobre recusaciones de Magistrados constitucionales: una entrega más de estos episodios nacionales que casi merecen el título de una película de terror “pesadilla en Doménico Scarlatti”. Confiamos en que el Tribunal Constitucional se levante en algún momento del sueño de estas alucinaciones y conserve indemne su apariencia de imparcialidad tras la cadena de sucesivos intentos de alterar su composición; y ojalá no repitamos tales episodios.

Como ya hemos señalado en los comentarios a las anteriores recusaciones y abstenciones publicados en esta Revista (vid. los núms. 36, 37, 38 y 39), estos asuntos revelan la urgente

necesidad de regular en su propia Ley Orgánica de forma expresa, y, sobre todo, moderna y adecuada a la lógica del emergente Derecho Procesal Constitucional todo lo relativo a las abstenciones y recusaciones de los Magistrados del Tribunal Constitucional; como, v.gr., se ha hecho en la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán. La peculiaridad de la jurisdicción constitucional así lo reclama; es muy desafortunada la solución actual consistente en aplicar al control de constitucionalidad de las leyes, subsidiariamente, la regulación prevista para la jurisdicción ordinaria en la ley procesal civil, pensada en un contexto muy distinto, y que produce, en general, efectos altamente disfuncionales.

Se resume también la segunda sentencia recaída en un conflicto en defensa de la autonomía local. Tras ésta, y la tesis restrictiva allí defendida, que no se compadece bien con la doctrina general en conflictos constitucionales, parece clara la voluntad de la jurisprudencia constitucional de que éste sea un camino que no puede recorrerse. Cada vez es más evidente que sólo una seria reforma de su regulación procesal podría hacer operativo el camino de los Municipios ante la jurisdicción constitucional.

Por último, sigue sin estar suficientemente clara la compleja jurisprudencia sobre la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por las personas jurídicas de Derecho público.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Recusación de Magistrados (artículos 80 LOTC y 219.10 LOPJ): la causa de recusación “contaminación por interés” demanda dudas objetivamente fundadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos

El ATC 81/2008, de 12 de marzo, estima la recusación de los Magistrados don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Roberto García-Calvo y Montiel formulada por el Gobierno en el recurso de inconstitucionalidad instado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el artículo único, apartados 6 y 7, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que dan nueva redacción al artículo 16.1 y 3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Con carácter previo, el Tribunal determina que el Pleno que debe conocer de la recusación estará formado por los diez Magistrados restantes, tras estimar justificadas las abstenciones de la Presidenta y del Vicepresidente (ATC 387/2007), incluidos, por tanto, los Magistrados recusados por el Gobierno, al igual que había sucedido en las recusaciones de los Magistrados don Manuel Aragón Reyes, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps formuladas por el Comisionado de los recurrentes en este mismo recurso de inconstitucionalidad e inadmitidas por el ATC 443/2007.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

En este caso, el Abogado del Estado funda su escrito de recusación en la existencia de una carta dirigida por los Magistrados recusados a la Presidenta del Tribunal el 22 de junio de 2007 en la que expresaban claramente su disconformidad con la mencionada reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, en lo relativo a la prórroga del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Según el parecer del Abogado del Estado, el contenido de esta carta es prueba de la “contaminación por interés” de los Magistrados recusados.

Frente a la alegación de los Magistrados recusados en la que afirmaban que la recusación debió ser inadmitida por ausencia de un principio de prueba, toda vez que sólo se aportaba un recorte de prensa, el Tribunal entendió que las informaciones periodísticas sí pueden constituir un principio de prueba sobre las causas de recusación que se invoquen, a efectos de la admisión a trámite de la recusación formulada, sin perjuicio de que, para que la recusación sea finalmente estimada, no es suficiente con la aportación de dichas informaciones, sino que es necesario que durante la tramitación del incidente resulte acreditada la causa de recusación que se deduce de esa información (ATC 226/1988).

A diferencia de lo ocurrido en la recusación resuelta por el ATC 443/2007 —comentado en el núm. 39 de esta Revista—, en este caso las afirmaciones de la información periodística resultaron debidamente acreditadas, puesto que la carta a la que se hacía referencia resultó ser un documento realmente existente, que se incorporó al incidente de recusación, así como el Acuerdo del Peno gubernativo del Tribunal de fecha 4 de julio de 2007, celebrado como consecuencia de la referida carta.

Después de estas consideraciones, el Tribunal entra a examinar las causas de recusación formuladas y descarta que concurran en este caso las previstas en los apartados 13 (“haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”) y 16 (“haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”) del artículo 219 de la LOPJ.

El análisis se funda, entonces, en la causa de recusación prevista en el apartado 10 del artículo 219 LOPJ (“tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”). Según el parecer del Tribunal, para que en garantía de la imparcialidad un Juez o Magistrado pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez o Magistrado no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

Continúa afirmando el Tribunal que para que ello suceda es preciso atender, en cada caso, a las circunstancias concurrentes y que éstas permitan constatar objetivamente dicha manifestación de opinión como una toma de postura sobre el fondo del concreto proceso

en el que la recusación se plantea. Entre las circunstancias que el Tribunal ha considerado relevantes en otros procesos (STC 5/2004 y AATC 226/2002; 61/2003, y 26/2007) cita las siguientes: si la opinión ha sido manifestada en la condición de Magistrado del Tribunal Constitucional o antes de haberse adquirido ésta; una vez que el proceso se haya iniciado o resulte probable su inicio o en momentos posteriores a éste; el medio o ámbito en el que las opiniones se vierten o dejan traslucir; así como el grado de precisión, la amplitud o “el tenor, la contundencia y radicalidad” de la opinión manifestada (STC 162/1999).

El Tribunal entra a considerar si las opiniones vertidas por los Magistrados recusados en este caso lo fueron concurriendo estas circunstancias enumeradas. Así, en primer lugar, afirma que dichos Magistrados expresaron sus opiniones en su condición de Magistrados del Tribunal Constitucional —pero no en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo que hubiera supuesto el rechazo a la consideración de que tuviera interés en el asunto (ATC 454/2006). En segundo lugar, pone de manifiesto que estas opiniones se plasmaron en un escrito dirigido a la Presidenta del Tribunal (no en conversaciones privadas), lo que revela el propósito de dar un contenido oficial a la discrepancia expresada. En tercer lugar, las opiniones controvertidas se expresaron respecto de una reforma legal ya vigente, dándose la circunstancia de que los Magistrados recusados conocían que era previsible que se presentara por el Grupo Parlamentario Popular un recurso de inconstitucionalidad contra dicha reforma —como efectivamente se presentó—. Existe, asimismo, una conexión directa e inmediata entre la opinión de los Magistrados recusados y el objeto del recurso de inconstitucionalidad posterior, pues dicha opinión se refiere a la nueva redacción del artículo 16.3 LOTC, en relación con la prórroga del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal, siendo así que entre los motivos del recurso de inconstitucionalidad se encuentra precisamente el relativo a la supuesta vulneración del artículo 160 CE por la nueva redacción del artículo 16.3 LOTC.

Finalmente, el Tribunal pone de manifiesto que la opinión de los Magistrados recusados revestía el tenor, la contundencia y radicalidad necesarias para fundamentar una sospecha justificada de pérdida de imparcialidad objetiva. A este respecto, recuerda el Auto que comentamos el tenor literal del escrito enviado por los Magistrados a la Presidenta del Tribunal: “dejamos constancia de nuevo en este escrito de nuestra más profunda discrepancia tanto con la forma como con el contenido de la explicación que se nos ofreció y con el resultado de la reforma en el punto relativo a la prórroga del mandato actual como Presidenta y Vicepresidente del Tribunal respectivamente”; según el Tribunal, estas palabras expresan claramente un juicio anticipado sobre la constitucionalidad de la reforma del artículo 16.3 LOTC.

A mayor abundamiento, el Tribunal recuerda también que en el Pleno gubernativo celebrado el 4 de julio de 2007 sobre el escrito de los Magistrados recusados se resolvió “no tomar en consideración y archivar el escrito”, con fundamento “en la conveniencia de no prejuzgar un posible recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de reforma de la LOTC”.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Los Magistrados don Javier Delgado Barrio y don Ramón Rodríguez Arribas formulan sendos Votos Particulares discrepantes. El primero de ellos afirma que coincide con la mayoría en que las opiniones vertidas por los Magistrados en su condición de tales no deben ser motivo de recusación. Ahora bien, discrepa del Auto en cuanto que considera que las opiniones de los Magistrados recusados se manifestaron en este caso en el ejercicio de sus funciones constitucionales (ATC 454/2006). Don Javier Delgado sostiene que la expresión “funciones constitucionales” no puede limitarse únicamente a las funciones jurisdiccionales: su *ratio* impone la extensión de tal exclusión al desarrollo de todos los cometidos propios de un Magistrado del Tribunal Constitucional. El Voto Particular sigue afirmando que ninguna actuación –sea jurisdiccional, sea gubernativa– de un Magistrado del Tribunal Constitucional en su condición de tal puede generar un motivo de recusación. Y entre las funciones gubernativas de los Magistrados figura la de solicitar la celebración de un Pleno [artículo 10.1.n) LOTC]. En cuanto a las opiniones manifestadas en el escrito de los Magistrados recusados, en opinión del Magistrado discrepante, integraban un antecedente y una motivación de su solicitud y, en todo caso, se produjeron en un medio claramente interno y no debían haber provocado publicidad. En esta última consideración incide también el Voto Particular de don Ramón Rodríguez Arribas, para quien las actividades “internas” del Tribunal no pierden tal carácter por el hecho de ser “filtradas” al exterior. Por todo ello, los Magistrados discrepantes consideran que no debió haberse estimado esta recusación.

B) Conflicto en defensa de la autonomía local

a) Extinción del proceso por desaparición sobrevenida del objeto: la derogación de la ley recurrida produce la extinción del proceso

La STC 47/2008, de 11 de marzo, declara extinguido el conflicto en defensa de la autonomía local promovido por once Ayuntamientos en relación con el artículo 2 y la Disposición Transitoria de la Ley de la Comunidad Valenciana 8/1999, de 3 diciembre, por la que se suprime el Área Metropolitana de l’Horta.

La Ley recurrida ha sido derogada dos años después de la demanda por la Ley de la Comunidad Valenciana 2/2001, de 11 de mayo, de Creación y Gestión de Áreas Metropolitanas. Esta Ley establece una nueva ordenación de las áreas metropolitanas y prevé, en sus Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, la creación de dos entidades metropolitanas, de servicios hidráulicos y para el tratamiento de residuos, que incluyen en su ámbito territorial de actuación a la totalidad de los municipios promotores del presente conflicto. Ambas entidades se subrogan en las obligaciones que hubiera asumido el órgano de gobierno de la suprimida Área Metropolitana de l’Horta y en ellas se integra el personal procedente de ésta.

El Tribunal considera que la Ley recurrida ha agotado sus efectos, pues tenía por objeto la regulación de una situación transitoria que ha sido superada por la Ley de la Comunidad Valenciana 2/2001. En efecto, la Ley valenciana 8/1999 establecía los criterios que habrían de regir en la ordenada realización del proceso de supresión del Área Metropolitana de l’Horta.

El Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez formula un interesante Voto Particular a esta Sentencia, la segunda que dicta el Tribunal en un conflicto en defensa de la autonomía local. Comienza recordando el Magistrado discrepante que, según doctrina reiterada del Tribunal, la derogación de una norma recurrida no siempre determina la extinción del proceso en el que se dirime su constitucionalidad. Lo relevante, a este respecto, es determinar si con esa derogación o alteración de la norma ha cesado o no la controversia que se planteaba pues, en ocasiones, aun habiendo sido expulsada la norma del ordenamiento jurídico, se mantiene viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado.

Y, según la opinión expresada en el Voto Particular, esto es lo que sucedía en el presente caso, que, aun derogada la norma, subsistía el interés de preservar los ámbitos respectivos de competencia. En particular, el Magistrado discrepante considera que el Tribunal debió pronunciarse, al menos, sobre la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley valenciana 8/1999, pues este precepto, aunque fue derogado formalmente por la Ley autonómica 2/2001, continuó surtiendo efectos, merced a lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de esta última Ley en lo que se refiere a la composición y funcionamiento de la denominada “Comisión Mixta Paritaria”. Concluye el Voto Particular afirmando que el hecho de que la posible vulneración de la autonomía local se haya perfeccionado —con la Ley 2/2001— no debería dar lugar a otra particularidad que la de resolver lo que proceda sobre las situaciones de hecho o de Derecho creadas en lesión de dicha autonomía local y lamentando que uno de los escasos conflictos de este tipo que ha logrado superar las indudables dificultades que su planteamiento encuentra en la LOTC no haya alcanzado a ser resuelto.

En efecto, huérfana o desprovista de un mayor razonamiento de carácter suasorio, la sentencia reseñada no encaja bien con la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre desaparición sobrevenida del objeto en los casos de derogación de normas y que se supone, en buena lógica procesal, debería aplicarse a toda la familia de conflictos constitucionales, pues se aplica ya no sólo a los conflictos positivos sino también a los recursos que encubren conflictos de competencia legislativa.

C) Recurso de amparo

a) Legitimación activa de sujetos públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC] para invocar el derecho de acceso a la jurisdicción

En este período encontramos varias Sentencias que resuelven recursos de amparo interpuestos por personas jurídico-públicas en las que se aborda la compleja problemática de la legitimación activa de los sujetos públicos para recurrir en amparo. En las sentencias que comentamos aquí se trae a colación la doctrina sentada a este respecto en la STC 175/2001, de 26 de julio. Pero, con carácter general, se puede concluir que la cuestión no está suficientemente clara. La legitimación activa de los sujetos públicos para recurrir en amparo se vincula a la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva de estos entes.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Y, para ello, se distinguen las diferentes facetas del derecho reconocido en el artículo 24 CE. Pero, en nuestra opinión, no se han establecido con claridad los estándares relativos a la cuestión de en qué casos los sujetos públicos están legitimados para recurrir en amparo —aunque finalmente se considere que no hubo vulneración de sus derechos— y en qué casos sencillamente estos sujetos no tenían legitimación activa.

La **STC 8/2008, de 21 de enero**, estima la demanda de amparo presentada por el Gobierno de Cantabria contra el Auto 59/2005 de la Audiencia Provincial de Cantabria que denegó su personación en ejercicio de la acción popular en el procedimiento del Tribunal del Jurado por muerte violenta de doña ECZ.

La parte recurrente alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24 CE), argumentando que la denegación del derecho a la tutela judicial efectiva a las Administraciones Públicas sólo tiene sentido cuando lo ejercen para la defensa de sus actos propios dictados en el ejercicio de una potestad administrativa pero no, como es el caso, cuando lo hacen en defensa de los intereses generales y básicos de la comunidad, cual es la protección integral de las mujeres frente a la violencia de género, en competencias que tienen transferidas. Aduce también el demandante de amparo que la denegación por los órganos judiciales del ejercicio de la acción popular que le reconoce el artículo 18 de la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección de sus víctimas, se ha basado en una interpretación del artículo 125 CE restrictiva y contraria al principio *pro actione*.

El Tribunal, a la hora de resolver este caso, tiene muy en cuenta la STC 311/2006, de 23 de octubre, que otorgó el amparo a la Comunidad Valenciana en un supuesto muy similar. Considera que la Audiencia Provincial de Cantabria realizó una interpretación del artículo 125 CE con apoyo en la STC 129/2001, de 4 de junio, según la cual, la titularidad de la acción popular se ostenta sólo por personas privadas, ya que el artículo 125 CE se refiere a los ciudadanos. Pero, como recuerda el FJ 3º de la citada STC 311/2006, la STC 129/2001 es anterior a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 175/2001, de 26 de julio, en la que se afrontó con carácter general la cuestión de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por parte de las entidades jurídico-públicas y se señaló que nada impide la ampliación del término “ciudadanos” a las personas jurídico-públicas a la luz del reconocimiento a éstas de la titularidad en ámbitos específicos de dicho derecho a la tutela judicial efectiva. Por consiguiente, el Tribunal estima que la interpretación del artículo 125 CE realizada por la decisión judicial objeto del presente recurso de amparo ha sido declarada contraria al principio *pro actione* por la STC 311/2006 a partir del cambio doctrinal acontecido con la Sentencia del Pleno 175/2001.

b) Legitimación activa de sujetos públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC] para invocar el derecho a no sufrir indefensión

La **STC 11/2008, de 21 de enero**, desestima el recurso de amparo promovido por la Junta de Andalucía frente a los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla que, en apelación de un litigio sobre desamparo de menores, elevó la cuantía debida a la madre biológica como

indemnización sustitutoria de la entrega de sus hijos. La Administración recurrente alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y del derecho a un juez imparcial (artículo 24.2 CE).

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal analiza la cuestión de la legitimación activa de la Junta de Andalucía, como sujeto público, para interponer un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de derecho a no sufrir indefensión. Para ello acude a la STC 175/2001, de 26 de julio, a la que se ha aludido en el comentario anterior. En esta Sentencia se estableció que, aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva “protege, antes que nada, a los individuos frente al poder” y, por extensión, “ampara a otros sujetos privados que son creación y expresión de las libertades de los ciudadanos”, “en supuestos excepcionales una organización jurídico pública disfruta —ante los órganos judiciales del Estado— del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” y, por tanto, excepcionalmente se puede considerar el recurso de amparo como cauce idóneo para que las personas públicas denuncien una defectuosa tutela de los jueces y tribunales.

Al especificar los supuestos excepcionales en los que debe reconocerse a los entes públicos la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, su legitimación para recurrir en amparo ante su vulneración, en la STC 175/2001 se hacía referencia a “aquellos litigios en los cuales la situación procesal de las personas públicas es análoga a la de los particulares”. Es decir, litigios donde las personas públicas no gozaban de privilegios o prerrogativas procesales y pedían justicia como cualquier particular.

Continúa afirmando el Tribunal que, también como excepción, las personas públicas están amparadas por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso. Esta prohibición de indefensión procesal a las personas públicas protege inmediatamente a éstas, pero mediatamente también a otros intereses: al interés objetivo en que el proceso sirva de forma idónea a la función jurisdiccional atribuida por la Constitución a jueces y tribunales (artículo 117.1 CE). De esta forma, se admite la legitimación de la Junta de Andalucía para recurrir en amparo en este caso, aunque, finalmente, se desestima la demanda.

c) Legitimación activa de sujetos públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC]: carecen de ella para invocar el derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho

La STC 19/2008, de 31 de enero, inadmite el recurso de amparo promovido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de marzo de 2005 que estimaba parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por doña ELFP y declaraba a ésta en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, por enfermedad común, con derecho a pensión en la cuantía que asimismo se indicaba.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Con carácter previo, el Tribunal examina la posible falta de legitimación del INSS para interponer el recurso de amparo. Aplica aquí el Tribunal la doctrina sentada en la STC 175/2001, de 26 de julio, según la cual, sólo excepcionalmente y en ámbitos procesales muy delimitados —que asimismo determina la Sentencia— es posible admitir que las personas públicas disfrutan del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y con ello del recurso de amparo. Entre los supuestos excepcionales que el fundamento jurídico octavo de la STC 175/2001 enumera para admitir la posibilidad de que una persona pública interponga un recurso de amparo en defensa de su derecho a la tutela judicial efectiva no se encuentra la vulneración del artículo 24.1 CE en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial razonable, motivada y fundada en Derecho, que era la alegación principal formulada por el recurrente en este caso.

d) Extemporaneidad del recurso de amparo contra actos sin valor de ley de órganos parlamentarios (artículo 42 LOTC): la no presentación de la solicitud de reconsideración determina la extemporaneidad del recurso

La STC 20/2008, de 31 de enero, inadmite el recurso de amparo interpuesto por un miembro del Grupo Parlamentario Popular de las Cortes Valencianas contra una Resolución de la Presidencia de las Cortes Valencianas acerca de los derechos y deberes de los diputados del Grupo Mixto y contra tres Resoluciones de la Mesa que negaron la tramitación de tres proposiciones de ley presentadas por el recurrente. En la demanda de amparo se alega vulneración del derecho reconocido en el artículo 23 CE, en su concreción del ius in officium de los cargos públicos electos.

El Tribunal considera que la impugnación de la Resolución de la Presidencia se efectuó después de concluir el plazo de tres meses que prevé el artículo 42 LOTC, siendo, por tanto, extemporánea. Respecto de las tres Resoluciones de la Mesa, no se recorrió la vía previa que desde la STC 161/1988 se considera necesario agotar para que el amparo sea admisible y que consiste en la presentación de la solicitud de reconsideración. Sólo tras su negación, la resolución parlamentaria adquiere firmeza y es admisible el amparo contra ella. El recurrente no solicitó tal reconsideración y, por lo tanto, el Tribunal no entra a analizar el fondo del asunto.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CANOSA USERA
ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH
RAFAEL BUSTOS USERA
ENCARNA CARMONA CUENCA
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARÍA DÍAZ CREGO
MIGUEL PÉREZ MONEO AGAPITO

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Introducción. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A) Derecho a la vida: artículo 2 CEDH. a) Derecho a la vida y obligaciones positivas de los Estados en el ámbito sanitario. B) Artículo 3 TEDH. Prohibición de tratos inhumanos y degradantes. a) Cadena perpetua. Compatibilidad con el CEDH si la condena o su cumplimiento puede ser revisada. Votos particulares solicitando la prohibición de la condena a perpetuidad en el marco del CEDH. b) Prohibición de malos tratos y servicio militar (artículo 3 CEDH). c) Expulsión de un terrorista islámico a Túnez contraria al artículo 3 CEDH. Riesgo real de que sufra torturas o tratos inhumanos y degradantes. Asunto Saadi contra Italia, de 28 de febrero de 2008. d) Necesidad de respetar las medidas cautelares ordenadas por el TEDH, un supuesto de expulsión de solicitantes de asilo no contrario a los artículos 2 y 3, pero sí al 34. Caso MOSTAFA y otros contra Turquía, de 15 de enero de 2008. C) Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH). D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH). a) Derecho a un proceso público y alcance de la garantía en relación con la lectura de la sentencia en el ámbito civil. b) El uso de técnicas agresivas de investigación para el esclarecimiento de delitos (agentes infiltrados) está permitido en el Convenio pero sometido a límites. En particular: prohibición de la incitación policial directa a delinquir. E) Artículo 7. Principio de legalidad penal: ¿Falta de calidad de la ley o retroactividad de facto de la ley penal desfavorable? F) Derecho a la vida privada (artículo 8 CEDH). a) Adopción y homosexualidad: ¿hacia la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito de la adopción? b) Derecho a la vida privada. Recién nacido: retirada del consentimiento para su entrega en adopción. c) Entierro de hijo prematuro sin informar a los padres y trasladándolo en condiciones inaceptables. d) Vulneración del artículo 8 derivada del mantenimiento de una medida cautelar de vigilancia a lo largo de 12 años. G) Artículo 9 CEDH: libertad religiosa. H) Artículo 10 CEDH: libertad de expresión. a) Un supuesto no resuelto con

anterioridad: filtración a la prensa de documentos internos de la administración por un empleado público. Nulidad del despido subsiguiente como consecuencia de la aplicación de un test específico que permite la ruptura de las obligaciones de confidencialidad de los empleados públicos. b) Límites a la crítica a miembros del poder judicial. Inexistencia de “insulto manifiesto” en el uso de las expresiones “parcialidad” y “rocambolésco”. c) Un supuesto de falta de veracidad. “Cuanto más sería sea la imputación, más sólida debería ser la base fáctica”. d) Las penas privativas de libertad como sanción en los delitos de injurias son una violación de la libertad de expresión de los investigadores en su trabajo científico. I) Libertad de asociación: la disolución de asociaciones por contrarias al orden público puede violar el artículo 11 CEDH cuando la medida no es necesaria. J) Discriminación a gitanos (“Roma”) y tratos prohibidos por el Convenio (artículos 14 y 3 CEDH). K) Artículo 3, Protocolo 1. Derecho a unas elecciones libres: incluye la posibilidad de supervisar el modo de revisión nacional de los resultados electorales. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Igualdad en la aplicación de la ley y aportación del *tertium comparationis* (artículo 14 CE). B) Inadmisión liminar de *habeas corpus* vulneradora del artículo 17.4 CE. C) Libertad de expresión: mensajes intimidatorios e incitación indirecta a la violencia (artículo 20 CE). D) Equilibrio entre hombres y mujeres en las listas electorales [artículos 6, 16, 20.1.a), 22 y 23 CE]. E) Derecho a participar en asuntos públicos (artículo 23.2 CE). a) Derecho a pertenecer a comisión de investigación de los diputados tránsfugas de Madrid (artículo 23.2 CE). b) Inadmisión de un amparo contra actos parlamentarios por extemporaneidad y falta de agotamiento de la vía previa. F) Derecho a la tutela judicial efectiva. a) La denegación de acción popular a una Administración en proceso de Jurado en materia de violencia de género, prevista en la legislación autonómica, es contraria al artículo 24.1 CE. b) Se vulnera el derecho con la inadmisión de conflicto competencial entre Administraciones por no haber supuestamente actividad administrativa y por no acudir a vía administrativa previa, contemplada legalmente hace décadas pero inexistente en la práctica. c) La interpretación jurisprudencial de que el *dies a quo* de la prescripción penal comienza con la recepción de la denuncia vulnera la tutela judicial efectiva con relación a la libertad personal. d) El control de legalidad de un vídeo de organismo administrativo que descalifica a una Fundación crítica con él no puede declinarse por la jurisdicción

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

contenciosa so pretexto de considerar que la pretensión era sólo civil de protección del honor. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho a la integridad, a la intimidad personal y familiar y ruidos (artículos 15 y 18 CE). B) Derecho al honor: artículo 18.1 CE y su alcance en el contexto de disputas políticas. C) Derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE). D) Extranjeros. a) Derecho de asilo y devolución de estatuto de asilado a opositor guineano. b) Nacionalidad. a') Denegación de nacionalidad y conocimiento de castellano. b') Nacionalidad y habitualidad de la residencia. c) Expulsión de territorio nacional de ciudadanos rumanos.

1. INTRODUCCIÓN

En esta nueva crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en el último trimestre. De igual modo se examinan las Sentencias del Tribunal Constitucional de este período, de entre las cuales cabe resaltar la Sentencia del Pleno, STC 12/2008 sobre equilibrio entre hombres y mujeres en las listas electorales, en la que se avala la constitucionalidad de las modificaciones introducidas en la LOREG para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Finalmente se incluye una selección de las Sentencias del Tribunal Supremo, Salas Primera y Tercera, que inciden en la interpretación de derechos fundamentales y el régimen de extranjeros, entre las que cabe destacar la Sentencia de asilo que devuelve esta condición a un opositor guineano tras haberse revocado por el Gobierno.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho a la vida: artículo 2 CEDH

a) Derecho a la vida y obligaciones positivas de los Estados en el ámbito sanitario

En el asunto **Dodov contra Bulgaria**, de 17 de enero de 2008, el TEDH analiza si se produjo la vulneración de los artículos 2 y 6 CEDH en un caso en el que la madre de la recurrente, enferma de alzheimer ingresada en una clínica especializada, desapareció de la clínica sin dejar huella en un momento de despiste de su cuidadora. Esa falta de atención de la cuidadora, personal sanitario de la clínica, se produjo a pesar de que los responsables de la clínica habían informado a todo el personal de que no podían dejar sola a la madre de la recurrente en ningún momento debido a su deteriorado estado de salud.

El TEDH subraya que si bien la clínica era privada y, por tanto, no cabía atribuir la desaparición de forma directa a las autoridades búlgaras, el artículo 2 CEDH impone a las

autoridades estatales la obligación positiva de adoptar todas las medidas necesarias para proteger la vida de las personas, previendo las sanciones correspondientes contra los actos que acaben o pongan en peligro la vida de las personas e investigando de forma adecuada semejantes hechos, identificando a los responsables de éstas e imponiéndoles las sanciones correspondientes. El TEDH destaca así que, en el ámbito sanitario, el derecho a la vida impone al Estado la obligación de regular de forma adecuada el funcionamiento de las clínicas y hospitales, sean éstos públicos o privados, de regular las sanciones que han de imponerse por eventuales negligencias médicas o del resto del personal sanitario, sean éstas penales o de otro tipo, de arbitrar un procedimiento que permita investigar y sancionar esas negligencias y de ponerlo en funcionamiento en el caso de que se den las circunstancias que permitan hablar de negligencia médica o del personal sanitario.

Aplicando esta jurisprudencia a las circunstancias del caso, el TEDH llega a la conclusión de que se produjo violación del derecho a la vida, y ello por cuanto, a pesar de que el ordenamiento búlgaro regulaba de forma adecuada las negligencias médicas y del resto del personal sanitario y de que se iniciaron los procedimientos penal, administrativo y civil legalmente previstos, las autoridades búlgaras no desarrollaron de forma adecuada la investigación correspondiente, de forma que tras más de 10 años las causas penal y administrativa fueron sobreesridas y los jueces de lo civil no se habían pronunciado, ni siquiera en primera instancia, sobre el asunto planteado. En el mismo sentido, el TEDH considera que la excesiva duración del proceso viola el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido en el artículo 6 CEDH.

B) Artículo 3 TEDH. Prohibición de tratos inhumanos y degradantes

a) Cadena perpetua. Compatibilidad con el CEDH si la condena o su cumplimiento puede ser revisada. Votos particulares solicitando la prohibición de la condena a perpetuidad en el marco del CEDH

En *Kafkaris contra Chipre*, de 12 de febrero, la Gran Sala se divide (con un voto particular concurrente y tres disidentes suscritos por 8 magistrados) ante un supuesto de condena a perpetuidad sin suficiente claridad legislativa en la regulación penal aplicable. En concreto el problema se plantea como consecuencia de la divergencia existente entre el Código penal chipriota que prevé la posible condena a cadena perpetua y los reglamentos penitenciarios que prevén un máximo de condena (estancia en la cárcel) de 20 años. Los citados reglamentos fueron posteriormente declarados inválidos por *ultra vires*.

El Tribunal comienza recordando su jurisprudencia sobre el artículo 3 y en particular sobre la inexistencia de una incompatibilidad absoluta entre la prohibición de tratos inhumanos o degradantes con la imposición de condenas a perpetuidad (en su voto concurrente el Juez Bratza disiente en este punto y considera que ya ha llegado el momento de que el TEDH declare que la condena a perpetuidad de un adulto es “en principio” inconsistente con el artículo 3 CEDH, afirmación expresamente citada por el voto disidente suscrito por

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

5 magistrados lo que pone de manifiesto un debate y una división interna en el seno del Tribunal que puede anunciar cambios relevantes en esta cuestión), pero que la imposibilidad de reducción de condena puede hacer surgir un conflicto con el citado precepto del Convenio. Por reducción de condena el Tribunal entiende la posibilidad legal de revisar la sentencia con vistas a su conmutación, reducción, finalización o la liberación condicional del condenado. En estos casos se aceptaría la conformidad con el CEDH de este tipo de sentencias aunque en la práctica pueda ocurrir que se cumplan íntegramente. De este modo del artículo 3 no cabe deducir un derecho a ser liberado, pero sí el derecho a que la sentencia pueda ser revisada con posterioridad con vistas a su posible liberación.

Aplicando tales principios al caso, el TEDH examina si la sentencia dictada ha eliminado cualquier posibilidad de liberación del condenado. En particular tiene en cuenta la posibilidad de que el presidente de la República de acuerdo con el Fiscal General puede conmutar las penas impuestas en los casos de cadena perpetua (además en cualquier momento del cumplimiento de la pena sin prever ningún plazo mínimo). Aunque ello supone admitir que las perspectivas de ser liberado sean muy limitadas, lo cierto es que las condenas a perpetuidad en Chipre no son irreductibles puesto que pueden ser conmutadas en algunos casos como, de hecho, ha ocurrido en la práctica de los últimos años. Esta solución es criticada en el voto particular suscrito por cinco magistrados por entender que el procedimiento de conmutación de penas no reúne los mínimos requisitos de transparencia y previsibilidad exigibles lo que implica en última instancia una imposibilidad *de facto* de reducción de la condena.

Por otra parte, el TEDH acepta que los cambios normativos (como consecuencia de la anulación del reglamento penitenciario) pueden haber causado ansiedad y malestar al condenado al haber reducido sus expectativas de salir en libertad transcurridos 20 años de condena, pero no hasta el punto de lesionar el artículo 3. Sí provoca, sin embargo, la lesión del artículo 7 CEDH tal y como se comenta más adelante.

b) Prohibición de malos tratos y servicio militar (artículo 3 CEDH)

El **Caso Tastan contra Turquía, de 4 de marzo de 2008**, muestra un curioso supuesto de hecho. Un pastor kurdo de 71 años, que cuidó toda una vida del ganado de una villa, simplemente a cambio de vestido y alimento, analfabeto y que no hablaba turco, contrajo matrimonio con una mujer joven y pasó a encargarse del cuidado de sus hijos pequeños. Sorprendentemente entonces fue obligado a realizar el servicio militar y a efectuar un fuerte entrenamiento físico durante un mes al igual que jóvenes de 20 años; a resultas de estos excesos, tuvo serios problemas de salud que llevaron a hospitalizarlo. La ley turca no prevé límites superiores de edad para cumplir el deber militar, pese a que diga que, a partir de los 35, deben prestar servicios secundarios.

El TEDH afirma que el Gobierno turco no da una explicación plausible de lo ocurrido, de los serios malos tratos a la integridad física del actor, y que no es de recibo argüir que, como no habla turco, no pudo manifestar sus dolencias a las autoridades médicas. Se concluye que las circunstancias descritas constituyen un maltrato (en el sentido del artículo 3 CEDH) particularmente doloroso, un sufrimiento constitutivo de una humillación de

la dignidad del demandante, un sacrificio más allá de lo que puede exigirse a cualquier hombre en la prestación del servicio militar.

c) Expulsión de un terrorista islámico a Túnez contraria al artículo 3 CEDH. Riesgo real de que sufra torturas o tratos inhumanos y degradantes. Asunto Saadi contra Italia, de 28 de febrero de 2008

El recurrente, tunecino acusado de terrorismo islámico, con condenas penales en Italia y Túnez, y una solicitud de asilo denegada por constituir un peligro para la seguridad del Estado, alega vulneración de una pluralidad de artículos del Convenio. La Corte analiza el asunto exclusivamente desde la óptica del artículo 3 y apoyándose en testimonios de organizaciones internacionales de derechos humanos y teniendo en cuenta la ausencia de garantías del gobierno tunecino, solicitadas y no obtenidas por Italia, reitera su doctrina del caso Soering de 7 de julio de 1989, y considera que existen hechos serios y probados que justifican la conclusión de que existe un riesgo real de que sufra malos tratos contrarios al artículo 3 del Convenio, doctrina que entendemos, tiene un alcance general con relación a la imposibilidad de extraditar a ese país este tipo de delincuentes desde cualquier Estado parte del Convenio.

d) Necesidad de respetar las medidas cautelares ordenadas por el TEDH, un supuesto de expulsión de solicitantes de asilo no contrario a los artículos 2 y 3, pero sí al 34. Caso MOSTAFA y otros contra Turquía, de 15 de enero de 2008

Los recurrentes entraron en Turquía con pasaporte irakí y solicitaron asilo en Ankara, que les fue denegado porque el cabeza de familia había cometido un grave crimen de derecho común en su país de origen. Se acuerda su extradición, la Corte solicita la suspensión de la medida, lo que no hace el Gobierno de Turquía.

La Corte considera que las alegaciones de que su extradición a Irak supondría un riesgo de tratos inhumanos y degradantes no han sido mínimamente probadas y que no hay ningún elemento que permitan considerarlas como ciertas, pero que Turquía al no aplicar las medidas provisionales solicitadas por la Corte en virtud del artículo 39 de su reglamento, ha vulnerado el 34 de la Convención. La Sentencia puede ser trascendente en cuanto parece marcar el camino hacia un cierto automatismo en la apreciación de la vulneración del CEDH por incumplir medidas cautelares solicitadas a los Estados.

C) Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH)

Límites de la detención de un solicitante de asilo para evitar su entrada irregular en territorio nacional.

En el asunto **Saadi contra Royaume-Uni, de 29 de enero de 2008**, el TEDH se enfrenta a la eventual vulneración del derecho a la libertad personal que se derivaría de la deten-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ción, en un centro de internamiento para solicitantes de asilo durante un período de siete días, de un solicitante de origen irakí que permaneció previamente tres días en libertad debido a que el centro correspondiente (Heathrow) estaba lleno. En este sentido, el TEDH recuerda que la detención de un extranjero es autorizada por el artículo 5.1.f) CEDH para “evitar su entrada irregular en el país”. Sin embargo, señala el TEDH, este precepto no impediría privar de libertad a aquellos extranjeros que retornen al puesto fronterizo tal y como les ha requerido la autoridad, ya que tal interpretación del precepto sería demasiado restrictiva. A ojos del TEDH, la privación de libertad por el motivo indicado cabe siempre que el Estado parte no haya validado la entrada de un extranjero en territorio nacional, por lo que, en este caso, cabría perfectamente su aplicación.

No obstante, continúa el TEDH, el artículo 5 CEDH sí impide que toda detención de un extranjero sea arbitraria. Según jurisprudencia del TEDH, una detención puede ser arbitraria, aun cuando respete el derecho nacional y sea “regular”, si las autoridades nacionales actúan de mala fe, si no existe conexión entre el motivo que fundamenta la detención y el lugar y su régimen, y, finalmente, si el tiempo durante el que se encuentra privado de libertad el sujeto no excede del plazo razonable para alcanzar el fin perseguido. En el caso objeto de estudio, el TEDH estima que se han cumplido los criterios indicados y que no hubo, por tanto, violación del artículo 5.1 CEDH. Sin embargo, la Gran Sala considera que sí se violó el artículo 5.2 CEDH, que impone a los Estados parte la obligación de informar a toda persona detenida, en el plazo más breve posible y de forma que le sea comprensible, de los motivos de su detención. El TEDH estima que el plazo más breve posible no se vio cumplido en este caso en el que se informó al solicitante de asilo 72 horas después de su detención de los motivos de ésta.

D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH)

a) Derecho a un proceso público y alcance de la garantía en relación con la lectura de la sentencia en el ámbito civil

En el asunto *Ryakib Biryukov contra Russia*, de 17 de enero de 2008, el TEDH resuelve sobre la eventual vulneración del derecho a un proceso público en un asunto en el que un tribunal de primera instancia ruso y el tribunal que entendió del recurso planteado contra la sentencia dictada por aquél, se limitaron a leer en público el fallo de la sentencia recaída sobre un determinado litigio, y no el conjunto de la sentencia. En el análisis de la cuestión, el TEDH comienza por reseñar que el derecho a un proceso público protege a los litigantes frente a la administración de justicia llevada a cabo sin escrutinio público y permite el mantenimiento de la confianza del público en el Poder Judicial. A fin de valorar si los hechos reseñados suponen una vulneración de este derecho, el TEDH afirma que deben observarse tanto los datos proporcionados en la vista oral por el juez correspondiente como si la sentencia es accesible, posteriormente, al público en general. Aplicando esta jurisprudencia, el TEDH considera que sí se produjo una vulneración del derecho en la medida en que el tribunal sentenciador se limitó a pronunciar el fallo y a hacer referencia a un precepto del Código Civil ruso y que la sentencia completa no era accesible para el gran público, sino sólo para las partes y otros participantes en el proceso.

b) El uso de técnicas agresivas de investigación para el esclarecimiento de delitos (agentes infiltrados) está permitido en el Convenio pero sometido a límites. En particular: prohibición de la incitación policial directa a delinquir

En *Ramanauskas contra Lituania*, de 5 de febrero de 2008, la Gran Sala se pronuncia sobre una violación del artículo 6 CEDH porque el recurrente fue engañado para conseguir su encausamiento y posterior condena. Se trata de un caso en el que dos policías de un cuerpo especial anticorrupción consiguen, tras diversos intentos, sobornar a un funcionario público.

El TEDH reconoce que la lucha contra la corrupción requiere el uso de técnicas especiales de investigación (tales como agentes infiltrados) que no deben, sin embargo, afectar a los derechos de terceros. El uso de tales técnicas no son en sí mismas lesivas del derecho a un juicio justo. El CEDH no impide el uso de informaciones anónimas o de la infiltración en los estadios preliminares de una investigación, pero es diferente el uso de tales instrumentos durante el proceso judicial para fundamentar una condena. En este caso sólo resulta aceptable si existen suficientes garantías para evitar abusos y en particular se requiere un procedimiento claro y previsible para autorizar, implementar y supervisar las medidas adoptadas en la investigación. Por muy graves y difíciles de perseguir que puedan ser los delitos, el derecho a un juicio justo ha de ser respetado. Aunque el uso de agentes infiltrados pueda ser tolerado, lo que no puede justificarse en aras de la defensa del interés general es el uso de pruebas obtenidas como consecuencia de la incitación de la policía a delinquir. Lo contrario supondría exponer al acusado al riesgo de ser definitivamente privado de su derecho a un juicio justo desde el principio.

La incitación policial (sostiene el TEDH recordando su jurisprudencia anterior) se produce cuando los policías no se limitan a investigar la actividad criminal de una forma esencialmente pasiva, sino cuando ejercen una influencia sobre el sujeto capaz de hacerle cometer un delito que de otra forma no habría cometido.

A la hora de determinar si se trata de una verdadera incitación el TEDH toma en cuenta la ausencia de antecedentes del acusado (en particular en delitos relacionados con la corrupción) y la constante iniciativa del policía en la búsqueda de encuentros con el recurrente.

Asumido que hubo incitación a la comisión del delito, el artículo 6 CEDH podría haberse visto suficientemente salvaguardado si la cuestión hubiera sido objeto de discusión durante el proceso judicial interno. En concreto, si la acusación hubiera probado que tal inducción no había sido real. Pero no basta con que en su curso esa alegación hubiera sido tenida en cuenta de alguna manera. En ausencia de prueba alguna en contra de la alegación del recurrente (que además éste planteó durante todo el proceso) las autoridades judiciales nacionales, al menos, tendrían que haber realizado una investigación exhaustiva de ésta y averiguar si las autoridades policiales no se habían excedido en el ejercicio de sus funciones. La condena al Estado es por todo ello unánime.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

E) Artículo 7. Principio de legalidad penal: ¿Falta de calidad de la ley o retroactividad *de facto* de la ley penal desfavorable?

En la ya citada *Kafkaris contra Chipre*, de 12 de febrero de 2008, la Gran Sala del TEDH ha de evaluar la eventual lesión del artículo 7 CEDH regulador del principio de legalidad penal. Y ello porque pese a que el Código Penal fijara claramente que la pena por asesinato era cadena perpetua, lo cierto era que las autoridades penitenciarias aplicaban el reglamento penitenciario que limitaba a 20 años la condena efectivamente cumplida en las instituciones penitenciarias. El citado reglamento penitenciario no fue declarado inconstitucional y *ultra vires* hasta 3 años después de la condena impuesta al recurrente. Ello no puede considerarse aplicación retroactiva de una condena mayor (puesto que la condena a perpetuidad era la impuesta en la sentencia penal), pero sí violación del artículo 7 CEDH debido a la falta de *calidad* de la ley aplicable al caso (conclusión criticada en un voto particular al entender que la calidad de la ley era suficiente pues simplemente debían aplicarse las reglas de prelación de fuentes para saber claramente cuál era el resultado, si el Código Penal preveía la condena a perpetuidad una norma de rango inferior no podía limitarla a 20 años).

En un extraordinariamente duro voto particular, algo muy infrecuente, el Juez Borrego critica con fuerza la posición de la mayoría. Se trata de un Voto construido sólidamente que el juez justifica a su inicio con breves frases: “Perplejidad. Torre de marfil. Y lamento. Realmente lamento tener que escribir esta opinión, porque el recuento de hechos me deja perplejo y el razonamiento de la sentencia se aleja de la realidad, como si hubiera sido pronunciado desde una torre de marfil”. Su argumentación se centra en la inadecuada reconstrucción de los hechos para concluir que existe una clara infracción del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable a partir del cual se puede concluir la lesión a otros preceptos del convenio, en particular al artículo 5.4 y al artículo 3 como consecuencia de su no liberación en la fecha en que se cumplieron los 20 años de su condena. Dos duras conclusiones cierran este sorprendente voto particular. Por una parte, lo ocurrido es más que ninguna otra cosa una violación del propio principio de estado de Derecho. Por la otra, sin previo aviso, el juez lamenta que en la redacción de la sentencia no se identifique el sexo de los jueces que componen la Gran Sala y de su Secretario General, cosa que sí se hace con todos los demás jueces que aparecen, de una forma u otra, citados a lo largo de sus razonamientos.

F) Derecho a la vida privada (artículo 8 CEDH)

a) Adopción y homosexualidad: ¿hacia la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito de la adopción?

En el asunto *E.B. contra FRANCE*, de 22 de enero de 2008, el TEDH resuelve un espinoso caso en el que parece modificar su jurisprudencia *Fretté c. Francia* (Justicia Administrativa, núm. 16, julio de 2002). En este asunto, el TEDH analiza la negativa de las autoridades francesas a expedir un certificado de idoneidad para adoptar a una ciudadana francesa homosexual y con pareja estable desde la perspectiva del artículo 8 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH. En este sentido, el TEDH subraya, en primer lugar, que no debe pronunciarse sobre el reconocimiento de un eventual derecho a adoptar de las parejas homosexua-

les, sino sobre la posible vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual en el reconocimiento de un derecho que el Derecho nacional del Estado afectado (Francia) reconoce a los solteros (derecho a adoptar) y que se liga con el derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 8 CEDH.

En este sentido, el TEDH destaca que lo primero que debe analizarse es si el comportamiento de las autoridades francesas supuso realmente una discriminación por razón de la orientación sexual de la demandante. En relación con esta primera cuestión, la respuesta es positiva, en la medida en que las autoridades utilizaron dos argumentos centrales para fundamentar su decisión: la ausencia de referente masculino para el menor y la falta de implicación de la pareja de la solicitante. El primero de estos motivos, unido a ciertas afirmaciones realizadas por las autoridades francesas sobre la “opción vital” de la recurrente, parecían presuponer que el motivo real de la negativa era, precisamente, la homosexualidad declarada de E.B. Identificada la discriminación por razón de orientación sexual, el TEDH afirma que ésta sólo puede justificarse en caso de ser proporcionada al fin legítimamente perseguido. Cuando la discriminación es por razón de orientación sexual, señala el TEDH, sus razones han de ser particularmente graves y convincentes para poder considerarse legítimas desde la perspectiva del artículo 14 CEDH. Sin embargo, el TEDH estima que las dos razones aportadas por el Estado francés no pueden recibir ninguno de estos dos calificativos. El TEDH señala, en ese sentido, que las razones aportadas por las autoridades nacionales para justificar una discriminación deben ser tenidas en cuenta no de forma alternativa, sino cumulativa, de manera que el carácter ilegítimo de uno de los motivos contaminaría el conjunto de la decisión. Puesto que el primero de los motivos alegados por las autoridades francesas era claramente ilegítimo, el TEDH señala que se habría producido una violación de los artículos 8 y 14 CEDH.

La opinión de la mayoría se acompaña, en este asunto, de cuatro votos disidentes que rechazan la doctrina de la “contaminación”. En este sentido, las cuatro opiniones disidentes destacan que, si bien el primer motivo apuntado por las autoridades francesas era claramente ilegítimo, el segundo de los motivos resultaba más convincente y la utilización de ese motivo habría sido suficiente para excluir la violación del CEDH.

b) Derecho a la vida privada. Recién nacido: retirada del consentimiento para su entrega en adopción

En **Kearns contra Francia, de 10 de enero de 2008**, el TEDH resuelve un extraño caso de alegación del derecho a la vida privada en relación con un bebé dado en adopción. La recurrente, de nacionalidad irlandesa, se trasladó a Francia para dar a luz a un hijo extramatrimonial aprovechando la regulación francesa que permitía el registro anónimo del futuro hijo. Una vez producido el nacimiento y tras una entrevista con los servicios sociales franceses decidió la entrega del bebé para adopción. Posteriormente, transcurrido ya el plazo para retirar el consentimiento (dos meses), solicitó la devolución de la niña. Mientras tanto el padre, desconociendo el lugar de nacimiento de su hija, había iniciado el proceso de reconocimiento del bebé ante las autoridades judiciales irlandesas que soli-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

citaron ante las autoridades francesas la paralización del proceso de adopción pese a que el niño había sido ya entregado en acogida a una familia con vistas a su plena adopción.

El TEDH destaca la ausencia de consenso europeo en lo relativo a la existencia de plazo para revocar el consentimiento emitido por la madre biológica respecto a la puesta en marcha de un proceso de adopción. Tampoco hay unanimidad en la duración del plazo (desde diez días hasta un mes) para la revocación del consentimiento en su caso emitido (de hecho en algunos Estados tal consentimiento es, sin más, irrevocable). El supuesto, en fin, no resulta tampoco sencillo por la presencia de varios intereses contrapuestos: el interés público en la resolución correcta del caso, el interés del bebé, el interés de la madre biológica y el interés de la familia adoptante. En la resolución del conflicto, considera el TEDH, con buen criterio, que el interés del niño ha de ser considerado el predominante.

Así, la Corte sostiene que las autoridades nacionales han actuado siempre en interés del bienestar del niño y que el plazo de dos meses para la revocación del consentimiento, aunque pueda considerarse breve, es suficiente para que la madre biológica reflexione y reconsidere su decisión de abandonar al niño (aun aceptando la presión psicológica de la situación sobre la madre en el supuesto se trata de una mujer de 36 años, acompañada por su madre y que sostuvo dos largas entrevistas con los servicios sociales franceses que le explicaron con detenimiento todos los aspectos suscitados por la cuestión). Además en un reciente caso (V.S. contra Alemania) el TEDH ya consideró conforme al Convenio un supuesto en el que la madre biológica era una menor cuando la normativa nacional no permitía en modo alguno la revocación del consentimiento. En definitiva, pues, avala que la regulación francesa busca la ponderación de los intereses en juego alcanzando una solución proporcional.

c) Entierro de hijo prematuro sin informar a los padres y trasladándolo en condiciones inaceptables

En el asunto **Hadri-Vionnnet contra Suiza, de 14 de febrero de 2008**, se resuelve el caso de una madre cuyo hijo prematuro muere y, tras negarse a ver el cadáver como consecuencia de su estado de shock, es trasladado, sin informar ni a ella ni al padre, en una furgoneta de reparto a un cementerio y enterrado en una fosa común sin la presencia de ningún familiar. El TEDH examina el caso y concluye que existe una lesión al derecho a la vida familiar al impedirse *de facto* la asistencia al entierro del niño y al trasladar el cadáver en unas condiciones inaceptables. La lesión no resulta acorde con la ley en tanto que la legislación suiza obligaba a un comportamiento que no fue seguido en absoluto en este concreto caso. Pese a que las autoridades judiciales suizas no apreciaron en este supuesto la comisión de delito alguno debido a la buena fe de quienes acordaron el procedimiento de traslado y entierro del niño, ello no exonera al Estado de las obligaciones exigibles a la vista del Convenio por lo que es condenado a pagar una indemnización por los daños morales causados.

d) Vulneración del artículo 8 derivada del mantenimiento de una medida cautelar de vigilancia a lo largo de 12 años

Caso **Zmarzlak contra Polonia, de 15 de enero de 2008**. El recurrente, acusado de utilizar una falsa letra de cambio, es sometido, en 1993, a la medida de vigilancia de pre-

sentarse dos veces por semana en un puesto de policía cercano a su lugar de residencia, medida que se mantiene hasta 2005. Alega vulneración del artículo 6 por la duración excesiva del procedimiento, lo que no es acogido por falta de agotamiento de los recursos internos, pero el Tribunal considera que existe vulneración del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 ya que las autoridades no han respetado el equilibrio entre el interés general y el del recurrente.

G) Artículo 9 CEDH: libertad religiosa

Vulneración del derecho a no ser obligado a declarar sobre las creencias religiosas —o la falta de ellas— por la fórmula griega de juramento de los abogados al comenzar a desempeñar sus funciones.

Caso Alexandridis contra Grecia, de 21 de febrero de 2008.

El recurrente, denuncia que en el procedimiento de prestación de su juramento profesional como abogado ha sido obligado a revelar sus convicciones religiosas, vulnerando los artículos 8, 9 y 14 de la Convención. El Tribunal decide analizar el asunto únicamente desde el punto de vista del artículo 9.

La Corte considera que la prestación de juramento se basa en la presunción de que los abogados, y, en general todos los funcionarios, son cristianos ortodoxos y desean prestarlo bajo la fórmula religiosa, de manera que sólo no lo hacen los que expresamente declaran que no lo son, lo que implica que fue obligado a revelar sus creencias, para poder hacer el juramento solemne de toma de posesión bajo una fórmula no cristiana por lo que considera que se ha vulnerado el artículo 9 CEDH.

La doctrina pudiera eventualmente ser considerada aplicable a la fórmula española en la que se obliga a cada persona que accede a un cargo o función pública a optar públicamente por la fórmula del juramento o promesa, lo que, al menos sociológicamente, es interpretado como una expresa declaración de creencias o de falta de ellas, como acaba de atestiguar la toma de posesión del Gobierno surgido de las elecciones de 2008.

H) Artículo 10 CEDH: libertad de expresión

a) Un supuesto no resuelto con anterioridad: filtración a la prensa de documentos internos de la administración por un empleado público. Nulidad del despido subsiguiente como consecuencia de la aplicación de un test específico que permite la ruptura de las obligaciones de confidencialidad de los empleados públicos

En *Guja contra Moldavia*, de 12 de febrero de 2008, la Gran Sala del TEDH se enfrenta a un recurso interpuesto por el jefe de prensa del Fiscal General contra su despido como

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

consecuencia de la filtración de dos cartas dirigidas a aquél por parte de dos miembros del gobierno presionando para que se dejara de perseguir a diversos agentes de policía. Ambas cartas sirvieron de base para la redacción de un artículo periodístico muy duro. El Tribunal se detiene en la necesidad o no de la medida en una sociedad democrática tras apreciar la existencia de una injerencia en la libertad de expresión prevista en la ley y que perseguía un fin legítimo.

Tras recordar su conocida jurisprudencia sobre la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, el tribunal reconoce que los funcionarios públicos son titulares de la libertad de expresión si bien también existe una obligación de lealtad, reserva y discreción del empleado frente al empleador que les es aplicable en cuanto tienen la obligación de ayudar a los gobernantes democráticamente elegidos y no dificultar sus funciones. En especial en razón de sus puestos pueden tener acceso a información que los gobernantes pueden tener interés en mantener confidencial. En consecuencia la obligación de reserva de los funcionarios ha de considerarse de una “fuerte naturaleza”. El propio Tribunal reconoce que es la primera vez que se enfrenta a un supuesto de directa filtración de documentos internos realizada por un funcionario. Al respecto, considera que la denuncia de actuaciones incorrectas o ilegales en el lugar de trabajo puede ser protegido en determinadas circunstancias. Para ello establece un test que se asienta en cinco pilares: (1) inexistencia de soluciones alternativas para resolver el problema de manera que la filtración sea sólo el último recurso (por ejemplo, comunicarlo a superiores administrativos o a otros órganos de la administración); (2) un fuerte interés público implicado en la información filtrada; (3) la autenticidad de la información; (4) daño sufrido por las autoridades como consecuencia de la filtración y si tal daño es superior al interés del público en conocer la información, siendo por ello relevante la materia revelada y la naturaleza de la autoridad administrativa afectada; (5) los motivos del empleado a la hora de realizar la filtración de modo que si los mismos son de índole personal pueden no tener la debida protección; por último hay que tener en cuenta la naturaleza e intensidad de la sanción impuesta.

Aplicando estas cinco preguntas el TEDH considera que el recurrente carecía de otras alternativas para remediar la situación; sobre una materia de un insuperable interés general; auténtica; cuyo interés es superior al de mantenimiento de la fidelidad al Fiscal General; el recurrente actuó de buena fe y se le impuso la mayor de las sanciones posibles. Por todo ello hubo una lesión a la libertad de expresión por imponer una sanción no necesaria en una sociedad democrática.

b) Límites a la crítica a miembros del poder judicial. Inexistencia de “insulto manifiesto” en el uso de las expresiones “parcialidad” y “rocambolésco”

En el asunto *July y SARL Liberation contra Francia*, de 14 de febrero de 2008, el TEDH ha de resolver el recurso presentado por el director del periódico *Liberation* y la empresa editora de éste como consecuencia de la condena por difamación dictada por las autoridades judiciales francesas. Tal condena deriva de la publicación de un reportaje sobre una rueda de prensa celebrada en París en la que se denuncia la falta de eficacia y la presencia de puntos oscuros en la investigación judicial de la muerte de un juez francés en Djibuti.

En ésta participan la viuda del juez, un representante de la asociación profesional de la magistratura y otro del sindicato judicial vertiéndose, en su curso, duras acusaciones. Tales acusaciones son recogidas en el reportaje objeto de controversia siendo condenado el director y el periódico en primera instancia por la acusación de parcialidad a los jueces investigadores y en segunda además por la afirmación de estar realizando una investigación “rocambolesca”.

Tras constatar que se trata de una injerencia en la libertad de expresión prevista en la ley y que persigue un fin legítimo, el TEDH se centra en su necesidad en una sociedad democrática para lo que recuerda los principios generales de su jurisprudencia y en particular la constatación de que la libertad de expresión protege también las opiniones que “irritan, chocan o inquietan” adquiriendo su máxima protección cuando estamos en presencia de expresiones formuladas a través de la prensa en su papel de “perro guardián” de los valores democráticos.

En el caso objeto de estudio se informa sobre una conferencia de prensa que versa sobre un procedimiento penal en curso que constituye una materia que indudablemente interesa al conjunto de los ciudadanos (citando para ello su jurisprudencia anterior y la Recomendación núm. 13 de 2003 del propio Consejo de Europa) en especial cuando se vincula al funcionamiento, correcto o incorrecto, de la administración de Justicia. En tal sentido la prensa es uno de los medios de asegurar que los jueces cumplen correctamente las altas responsabilidades que les son confiadas. Por ello la medida sancionadora impuesta debe ser valorada desde el efecto negativo (disuasorio) que puede tener sobre futuras informaciones sobre la misma materia por lo que el margen de apreciación de la necesidad de la medida restrictiva es muy reducido.

Igualmente el TEDH recuerda que la “buena fe” es esencial para determinar la responsabilidad de los periodistas, en particular si asientan sus imputaciones a partir de las declaraciones realizadas por terceros. Los tribunales nacionales habían apreciado la inexistencia de buena fe como consecuencia del estilo del artículo en el que no se había presentado la noticia como consecuencia de la declaración de terceros. Sin embargo, la Corte no comparte tal conclusión puesto que considera que en el artículo se usa habitualmente el condicional (no presentando como ciertos hechos que no se han constatado) y las comillas para referirse a aquellas expresiones proferidas por los participantes en la conferencia de prensa diferenciándolas así claramente del análisis periodístico. Por fin el artículo periodístico no revela tampoco animosidad contra los jueces instructores de la investigación.

Es cierto que los jueces no pueden sufrir el mismo control periodístico que los políticos electos, pero también es cierto que los límites de la crítica tolerable son mucho más amplios en el caso de los funcionarios en ejercicio de sus funciones. Por tanto pueden ser objeto de crítica dentro de unos límites admisibles, y no sólo de forma “teórica y general” como sostienen las sentencias nacionales. Finalmente, el TEDH considera que las expresiones utilizadas no son “manifiestamente insultantes” (*manifestment outrageante*) por lo que sólo cabe concluir la lesión al artículo 10 del CEDH.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

c) Un supuesto de falta de veracidad. “Cuanto más seria sea la imputación, más sólida debería ser la base fáctica”

En *Rumyana Ivanova contra Bulgaria*, de 12 de febrero de 2008, el TEDH ha de enfrentarse a un recurso presentado por una periodista condenada por difamación. El caso se plantea como consecuencia de la publicación de un artículo en que la recurrente acusa a un candidato a un puesto político en el ministerio de hacienda de ostentar la propiedad de tres empresas que se encuentra en la lista de “deudores millonarios” que anualmente publica el ministerio de hacienda. Ante la queja presentada por el afectado, en el mismo día se rectifica la noticia dejando claro que no es el propietario de tales empresas y días después se publica la rectificación completa. La recurrente justifica su información a partir de las informaciones que le habían suministrado algunos parlamentarios y a partir de la citada lista de deudores tal y como había sido publicada en otro medio de comunicación y en la que aparecían dos de las empresas.

En la solución del supuesto el TEDH recuerda los principios inspiradores de su jurisprudencia sobre el tema y, en particular, el papel esencial de la libertad de prensa en la construcción de una sociedad democrática lo que restringe las posibilidades de avalar la injerencia de las autoridades nacionales en su ejercicio. Por otra parte, es evidente que la información afectaba a un conocido político candidato a un importante puesto en el ministerio de hacienda lo que implica que se ha colocado a sí mismo en una posición en la que su vida tiene un interés público y en especial lo tiene su integridad financiera. Sin embargo, el artículo 10 no reconoce un derecho absoluto ni siquiera en estos casos. La referencia a los deberes y responsabilidades de quien transmite información contenida en el precepto convencional se aplica también a la prensa. Estos deberes y responsabilidades se refieren fundamentalmente a la obligación de actuar de buena fe en la transmisión de una información adecuada y confiable de acuerdo con la ética del periodismo. El reportaje incluía una imputación de hechos y, por ello, susceptibles de prueba. Además el artículo en este punto estaba redactado de forma taxativa no dejando margen de duda acerca de que la fuente era la lista oficial de deudores millonarios y no las afirmaciones de miembros del parlamento o la publicada en otro medio de comunicación.

Además la investigación realizada por la recurrente no cumplía con la obligación de comprobación de los datos de hechos exigible a un profesional del periodismo. La jurisprudencia del Tribunal es clara: “cuanto más seria sea la imputación, más sólida debería ser la base fáctica”. En el supuesto la imputación era muy seria y requería una justificación sustancial, especialmente cuando se hace en un medio con una altísima difusión.

Cualquier intento de dispensar los medios de su obligación de comprobar las afirmaciones de hechos difamatorios de terceros debe tener muy buena base. El que exista tal base depende en especial de la naturaleza y grado de la difamación en cuestión y de hasta qué punto puedan los medios razonablemente confiar en sus fuentes. La periodista no podía confiar totalmente en las fuentes que manejó (una lista no oficial de deudores y las opiniones de dos miembros del parlamento). La actitud posterior del medio modificando la noticia y publicando una rectificación del afectado no elimina la lesión producida en sus derechos. Resulta como mucho indicativa de la voluntad del medio de rectificar

la situación, pero no muestra que la periodista verificara la verdad de las imputaciones realizadas. En fin, dado que la sanción no era excesiva (algo más de 250 euros) el TEDH reputa la injerencia como completamente conforme con el artículo 10.

d) Las penas privativas de libertad como sanción en los delitos de injurias son una violación de la libertad de expresión de los investigadores en su trabajo científico

El caso **Azevedo contra Portugal**, de 27 de marzo de 2008, mantiene un pronunciamiento con cierto alcance general sobre el papel del legislador penal en la tipificación de ciertas penas. El actor hizo unas alusiones sobre un tercero en un libro editado por el municipio de Castelo Branco acerca de unos jardines episcopales; en concreto, aseveraba que el aludido confundía el papel del arte y de la poesía que no podía considerarse como un medio de explicar la realidad y que debía “volver a los bancos de la escuela primaria para estudiar literatura, estética y leer a Aristóteles, Horacio y Goethe, así como Walter Benjamín y H. Broch”. Pese a la levedad de estas afirmaciones fue condenado por los órganos judiciales portugueses por un delito de “difamación” (injurias) a la pena de un mes de cárcel y una indemnización simbólica de un euro, que luego fue rebajada en apelación, incrementando la indemnización.

La Corte Europea insiste en que la libertad de expresión demanda pluralismo y tolerancia incluso frente a afirmaciones chocantes o molestas y que las condenas penales son una ingerencia importante en esa libertad y concluye que sancionar penalmente el tipo de críticas emitidas por el recurrente, a los ojos de la Corte, altera de modo sustancial la libertad de expresión que debe beneficiar especialmente a los investigadores en su trabajo científico. Pese al carácter mínimo de la pena, tiene un “efecto disuasorio desproporcionado”.

l) Libertad de asociación: la disolución de asociaciones por contrarias al orden público puede violar el artículo 11 CEDH cuando la medida no es necesaria

El caso **Tourkiki Enosi Xanthis y otros contra Grecia**, de 27 de marzo de 2008, recoge una violación del derecho de asociación. En 1927 se constituyó una asociación cultural en (“la juventud turca de Xanthi”) encaminada a preservar y promocionar la cultura turca de la región de la Tracia occidental por ciudadanos griegos que pertenecían a la minoría musulmana, tras los cambios sobrevenidos después de la revolución cultural operada por Kemal Atatürk. En 1936 cambió su nombre por “asociación turca de Xanthi”. En 1983, el gobernador instó ante los tribunales la disolución, siendo la asociación efectivamente disuelta.

La Corte centra el pleito en la garantía del artículo 11 CEDH, como *lex specialis* respecto de los artículos 9 y 10. La Corte subraya el papel de las asociaciones en la protección del patrimonio cultural y espiritual y de las minorías. Y recuerda que “La manera en que una legislación nacional protege y consagra esta libertad de asociación y sus autoridades la aplican en la práctica son reveladoras del estado de la democracia en un país”. Se concluye que el mero empleo de la palabra “turca”, referida además a la cultura de la Tracia occidental, no permite concluir en la peligrosidad de la asociación para el orden público

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

como límite previsto en el Convenio del derecho de asociación. Por otro lado, dicha asociación jamás ha recurrido a la violencia ni abandonado la democracia. La disolución de la asociación sobrepasa el margen de apreciación nacional.

J) Discriminación a gitanos (“Roma”) y tratos prohibidos por el Convenio (artículos 14 y 3 CEDH)

El caso **Stoica contra Rumanía**, de 4 de marzo de 2008, analiza una demanda presentada por el actor y una asociación de defensa de los derechos humanos de los gitanos. El recurrente fue maltratado por la policía en una ciudad, Gulia, donde el 80% de la población es gitana (“Roma”). Según el actor, cuando se encontraba pastando ganado en unas tierras públicas, fue golpeado por policías encapuchados, vestidos con uniformes negros y con porras quienes le dijeron estarle dando una lección por gitano. La Corte constata que hubo lesiones y que el recurrente fue hospitalizado y, pese a que no pudo probarse que las causara la policía, y pese a que asimismo admite que no puede asumir el rol de un juez de primera instancia en la revisión de los hechos sin violar el margen de apreciación nacional, concluye que no hubo una seria investigación de los hechos tras la denuncia de los malos tratos y se condena al Gobierno demandado.

K) Artículo 3, Protocolo 1. Derecho a unas elecciones libres: incluye la posibilidad de supervisar el modo de revisión nacional de los resultados electorales

En **Kovach contra Ucrania**, de 7 de febrero de 2008, el TEDH se enfrenta a la impugnación de la anulación de los resultados de unas mesas electorales durante unas elecciones generales que llevaron aparejadas un cambio en el candidato electo tras el primer escrutinio de los votos. El proceso estuvo plagado de irregularidades (entre otras, el apoyo público en sendas cartas a los periódicos de miembros de las diferentes comisiones electorales al candidato que se vio beneficiado por la anulación de tales mesas electorales), pero el TEDH no entra a fondo en la cuestión pues le basta examinar el precepto aplicado de la ley electoral ucraniana para anular los resultados en las citadas mesas para concluir que no estaban suficientemente claros los motivos por los cuales podían anularse los resultados electorales (contiene sólo una referencia genérica a “otras circunstancias”). Falta de claridad que no fue compensada por una resolución de la comisión electoral que hubiera concretado los motivos reales de tal anulación y en particular una explicación de los actos que obscurecían el resultado final de las votaciones en las mesas anuladas hasta el punto de que fuera imposible establecer los deseos de los ciudadanos. Lo más interesante de la decisión es que el tribunal extiende el derecho a “unas elecciones libres” no sólo a la capacidad para votar y ser votado y, en su caso, a ocupar el puesto para el que ha sido elegido un ciudadano, sino también al modo en que el resultado de las elecciones es revisado por las autoridades nacionales.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad en la aplicación de la ley y aportación del *tertium comparationis* (artículo 14 CE)

Como es bien sabido, para la comprobación de la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley por los Jueces y Tribunales deben concurrir cuatro requisitos: acreditación de un término de comparación, identidad del órgano judicial en términos estrictos

tos, la referencia a otro y una ausencia total de motivación que justifique razonadamente el cambio de criterio.

La **STC 31/2008, de 25 de febrero**, Sala Segunda, se centra en el primero de los requisitos, reiterando que recae sobre el demandante de amparo la carga procesal de aportar, en la debida forma, un *tertium comparationis* adecuado, no siendo suficiente la simple cita de la Sentencia que se pretende sirva de contraste. Por esta razón, por ejemplo, la **STC 13/2008, de 31 de enero**, Sala Primera, desestima un recurso de amparo.

Sin embargo, en el caso concreto, el Tribunal Constitucional matiza la anterior doctrina. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias resolvió anteriormente un caso idéntico teniendo que plantear una cuestión de inconstitucionalidad que determinó la nulidad del precepto legal que debía aplicarse al caso. Conociendo perfectamente el Tribunal *a quo* los pormenores del proceso anterior, inexplicablemente, aplica la norma decretada inconstitucional al asunto que causa el recurso de amparo que examinamos. No hay duda, para el Tribunal Constitucional, que el órgano judicial conocía perfectamente de antemano las circunstancias y pormenores del anterior recurso contencioso-administrativo que resolvió, incluso en defecto de la presentación de copia de la sentencia de contraste.

B) Inadmisión liminar de *habeas corpus* vulneradora del artículo 17.4 CE

La **STC 35/2008, de 25 de febrero**, Sala Primera, reitera su consolidada doctrina acerca de la inadmisión liminar que sólo puede producirse en caso de incumplimiento de requisitos formales pero nunca por razones de fondo (diferencia entre juicio de admisibilidad y juicio de fondo). Así que la inadmisión fundada en la legalidad de la situación de privación de libertad vulnera el artículo 17.4 CE.

La misma doctrina reitera la **STC 37/2008, de 25 de febrero**, Sala Primera, recordando además que, si bien el abogado del detenido no figura entre los que pueden instar el *habeas corpus* (artículo 3 LOHC), el TC ha venido entendiendo, superando la mera interpretación literal de este precepto, que lo hace en representación de su defendido.

C) Libertad de expresión: mensajes intimidatorios e incitación indirecta a la violencia (artículo 20 CE)

El **ATC 4/2008, de 9 de enero**, inadmite el recurso de amparo interpuesto por De Juana Chaos contra la sentencia del TS que le condena por un delito de amenazas y enaltecimiento del terrorismo a una pena de privación de libertad de tres años. La condena traía causa de una serie de afirmaciones publicadas por el recurrente en *El Escudo*, diario en el que alababa de forma reiterada a los 700 presos de la banda terrorista ETA y amenazaba a jueces, políticos y personal de instituciones penitenciarias con quedarse “sin manos” si no las “sacaban” de Euskadi. El recurrente solicita amparo alegando que la condena indicada vulnera su derecho a la libertad de expresión, a ser informado de la acusación y el principio de legalidad penal. El pronunciamiento del TC es especialmente relevante en relación con el principio de legalidad penal y con la libertad de expresión.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Con respecto al primero, el TC señala que si bien el principio de legalidad penal se quiebra cuando “la conducta enjuiciada (...) es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado”, esa irrazonabilidad no se aprecia en el razonamiento del tribunal sentenciador. El TC destaca, en ese sentido, que resultaba razonable subsumir los hechos enjuiciados en el delito de amenazas tipificado en el artículo 170 del Código Penal en la medida en que el escrito “contenía la expresión futura de un mal grave (quedarse sin manos)”, y era firmado por una persona condenada en sucesivas ocasiones por delitos graves llevados a cabo contra miembros de los colectivos a los que se refería la amenaza. En la misma línea, no resultaba irrazonable la subsunción de los hechos en el delito de enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP), en cuanto el recurrente justificaba los delitos cometidos por los presos de la banda terrorista ETA y alababa su comportamiento.

Finalmente, en relación con la libertad de expresión, el TC recuerda su doctrina general, señalando que esa libertad protege la emisión de juicios de valor, incluso aquellos que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirigen (libertad de crítica), e incluso aquellos que ponen de manifiesto su oposición a la esencia misma de la Constitución, pero no protege la emisión de juicios de valor que violen otros derechos o bienes de relevancia constitucional. En este sentido, el TC recuerda que la libertad de expresión no protege los mensajes intimidatorios, en cuanto éstos “restringen la autonomía ajena” y “no lo hacen en el fomento de la libre discusión y participación pública, sino intentando la exclusión de algunos ciudadanos de tan esencial foro democrático”. También recuerda el TC que la libertad de expresión no protege la incitación indirecta a la violencia, mediante la justificación pública de la comisión de un delito. En aplicación de esta jurisprudencia, el TC excluye que la condena por un delito de amenazas y de enaltecimiento del terrorismo pueda considerarse una vulneración de la libertad de expresión.

D) Equilibrio entre hombres y mujeres en las listas electorales [artículos 6, 16, 20.1.a), 22 y 23 CE]

La **STC 12/2008, de 29 de enero**, del Pleno, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife y un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del PP contra las modificaciones que en la LOREG introduce la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIMH). Llama la atención que la sentencia es suscrita por todos los magistrados salvo el señor Rodríguez-Zapata, sin que se produzca división entre “progresistas” y “conservadores”. El TC consagra la constitucionalidad de lo impugnado haciendo valer el principio de igualdad sustancial recogido en el artículo 9.2 CE.

Las modificaciones de la LOREG que introduce la LOIMH son las siguientes:

El artículo 44 bis que exige la “composición equilibrada” entre hombres y mujeres con al menos el 40% para cada sexo en las listas al Congreso de los diputados, municipales y para cabildos insulares. Si las listas son de menos de cinco candidatos deberán estar “lo más cerca posible del equilibrio numérico”. Igual composición habrá de tener la lista de suplentes.

En la medida en que las candidaturas al Senado vengan agrupadas en una lista habrán de acercarse al citado “equilibrio numérico”.

Por su parte, el nuevo artículo 187.2 LOREG permite la excepción a la regla del artículo 44 bis en municipios con una cifra de habitantes igual o inferior a 3.000. No obstante lo anterior, la Disposición Transitoria Séptima LOREG amplía la cifra a 5.000 hasta el 1 de enero de 2011. La excepción se extiende también (artículo 201.3 LOREG) a islas con número igual o inferior a 5.000 habitantes.

Por último, la Disposición Adicional Primera LOREG, apartado dos, declara aplicable el artículo 44 bis LOREG a las elecciones autonómicas, sin perjuicio de que las CCAA podrán ampliar el tanto por ciento numérico de presencia en las listas e ir más lejos en el equilibrio que la norma estatal.

El órgano judicial cuestionante y los recurrentes alegan vulneración del principio de igualdad en relación con los derechos de participación (artículos 14 y 23 CE), del artículo 6 CE, en relación con el artículo 22 CE, y de los derechos contemplados en los artículos 16 y 20.1.a) en relación con el artículo 68.5 CE.

Para comenzar el TC descarta que los tratados internacionales o el derecho comparado vengan en auxilio de los recurrentes y en ningún caso se convierten en canon de constitucionalidad, canon que ya, en el FJ 2º, el TC sitúa esencialmente en el artículo 9.2 CE cuya “amplitud de contenido” resalta. En cualquier caso todos los tratados al respecto coinciden en promover la igualdad de participación política de la mujer aunque no concreten los instrumentos para lograrla.

Destaca el TC (FJ 3º) que la LOIMH no introduce una discriminación a la inversa o compensatoria sino una fórmula de equilibrio, y ni siquiera la paridad sino un 40% de presencia mínima de cada sexo en las listas.

Para descartar lesión de derechos fundamentales el TC advierte que los destinatarios de las normas impugnadas no son los ciudadanos sino los que pueden presentar listas, es decir, partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores; y éstos no son titulares del derecho de sufragio. En el mismo sentido, el TC descarta también que el requisito de la composición equilibrada de las listas conforme una causa de inelegibilidad o una condición de elegibilidad.

Así planteado el problema, el ámbito del pleito queda conformado por la supuesta infracción del artículo 6 CE, en relación con el artículo 9.2 CE y la conexión entre el artículo 22 y el 16 CE con una inevitable derivación a los artículos 14 y 23 CE, en la medida en la que puedan verse afectadas las agrupaciones de electores.

Una vez establecido quiénes son los verdaderos destinatarios de la medida, el TC comienza a desgarnar un juicio de proporcionalidad. Primero (FJ 4º), parte de la dimen-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sión valorativa de la igualdad (artículo 1.1 CE) que se concreta en la igualdad formal (artículo 14 CE) y en la igualdad sustancial (artículo 9.2 CE). Este último precepto es la clave porque contiene un “mandato de sustantivación” de la igualdad formal que deriva de la proclamación del Estado social. El citado artículo 9.2 se refiere expresamente a la promoción de la participación política de todos, así que facilitar la de las mujeres —más o menos la mitad de la población— es tarea cubierta constitucionalmente cuando para ello el artículo 9.2 encarga a los poderes públicos “remover los obstáculos” que la dificultan. Nunca antes el TC había extraído del artículo 9.2 tanto contenido para justificar medidas promotoras y removedoras.

A juicio del TC (FJ 5º), los partidos son cauce válido para dar cumplimiento a ese “mandato de sustantivación”, así que la actividad de los partidos puede ser conformada legalmente para ello, encauzando su misión de ser instrumento de la participación política (artículo 6 CE). Su libertad de selección y presentación de candidatos (artículo 22 CE) no es absoluta y sobre ella pesan varios condicionamientos legales a los que ahora se suma el de la “composición equilibrada” de las listas. No hay duda para el TC de que el fin perseguido con tal condición es legítimo (artículo 9.2 CE), es razonable pues ni siquiera impone la paridad y es inocuo para los derechos fundamentales de los partidos que no son titulares de los derechos de sufragio activo y pasivo.

El TC aborda a continuación (FJ 6º) la posible lesión de la libertad ideológica (artículo 16 CE) y de la libertad de expresión [artículo 20.1.a) CE]. Reconoce que, al no consagrar nuestra Constitución una democracia militante, son legítimas ideologías radicalmente machistas o feministas. Respecto a estas últimas la pretensión de ampliar los espacios políticos de la mujer queda satisfecha con la ley, siendo así que la presentación de listas sólo de mujeres pierde su sentido promotor. En el supuesto de pretender sustentar tesis radicales, la limitación que la composición equilibrada acarrea sería cierta pero proporcionada en los términos más atrás expuestos.

En el FJ 7º se matiza, respecto a las agrupaciones de electores, lo dicho acerca de los partidos. Tales agrupaciones presentan una naturaleza distinta de los partidos pero tampoco son titulares de los derechos de sufragio, pues el derecho a presentarse a las elecciones no comprende la facultad de formar candidaturas con libertad absoluta sino en las condiciones establecidas por la ley. La exigencia de composición equilibrada —reflejo del equilibrio material de la sociedad— supera, también en relación con las agrupaciones de electores, el juicio de proporcionalidad.

Para el TC (FJ 8º) las excepciones a la aplicación de la regla del artículo 44 bis LOREG en municipios o islas que no superen cierto número pequeño de habitantes es una muestra de la flexibilidad del legislador, consciente de las mayores dificultades materiales que acaso pudiera presentar la confección de listas equilibradas en poblaciones tan pequeñas.

Por otro lado, el TC advierte que no puede pronunciarse sobre las eventuales medidas autonómicas que permitirían a las CCAA ir más allá de lo previsto en la propia LOREG y que son para las elecciones autonómicas también vinculantes. Sin embargo, el TC deja caer que hasta el 50% gozarían de la cobertura de la Constitución.

Una vez que el TC ha descartado la lesión de los derechos de partidos y agrupaciones, entra (FJ 9º) a considerar la eventual lesión de los derechos a la igualdad y de participación de los ciudadanos en general. A su juicio, al tratarse de una medida no compensatoria que no favorece a ningún sexo sino que afecta a ambos, para que las listas reflejen la composición material de la sociedad, no se lesiona el derecho a la igualdad. Lo que la LOREG pretende es asegurar la igualdad de oportunidades.

Tampoco comporta lesión del derecho acceder a cargo público representativo (artículo 23.2 CE), puesto que tal derecho no implica el derecho a ser presentado por las formaciones políticas. Sólo se produciría tal lesión si la medida se aplicase en el trámite de proclamación de candidatos.

El derecho de sufragio activo tampoco se ve afectado ya que no existe el derecho a una concreta composición de las listas sino a escoger entre aquellas presentadas con arreglo a la ley.

Por último (FJ 10º), el TC niega que se fragmente el cuerpo electoral, con ruptura de la categoría de ciudadano pues la composición material de la sociedad consiste en ese equilibrio numérico que se pretende que reproduzcan las listas. No se disuelve con ello el interés general y no se vulneran ni el artículo 68.5 ni el 23.1 CE. Y es precisamente lo que el TC niega en este fundamento lo que afirma el único disidente, el magistrado Sr. Rodríguez-Zapata, para quien la medida equilibradora controvertida rompe el principio de unidad de la representación política, constante desde el advenimiento del Estado liberal, fundado en la soberanía nacional. Se introduce una división del cuerpo electoral por razón de sexo como se podría introducir por motivos de raza, religión, lengua, etc.

Para el discrepante se convierte al artículo 9.2 CE en un *deus ex machina* que habilita la modificación de la democracia representativa que funciona en España desde 1978. Se acaba lesionando la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos, amén de los derechos de los ciudadanos que, propuestos en listas, son excluidos por razones de sexo.

Nada objetaría el discrepante si fueran los partidos políticos los que en sus estatutos se autoimpusieran la confección de listas equilibradas, lo que, recuerda, ha sucedido en Escandinavia. De lo contrario sería precisa una reforma de la Constitución como las realizadas en algunos países europeos (Alemania, Italia, Portugal, Bélgica o Francia).

E) Derecho a participar en asuntos públicos (artículo 23.2 CE)

a) Derecho a pertenecer a comisión de investigación de los diputados trófugas de Madrid (artículo 23.2 CE)

STC 39/2008, de 10 de marzo, Sala Primera. Los recurrentes en este amparo son los diputados trófugas del Parlamento de Madrid, Tamayo y Sáez, que tras las elecciones autonómicas de 2003 no se sumaron al grupo parlamentario del PSOE, en cuyas listas fueron elegidos, sino que formaron el grupo mixto. La Mesa de la Diputación Permanente de la

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Asamblea de Madrid dictó, el 10 de julio de 2003, una resolución para crear una comisión de investigación que analizase y evaluase las responsabilidades que pudieran derivar de actuaciones urbanísticas relacionadas con el bloqueo institucional de la Asamblea “provocadas por la actuación de los señores Tamayo y Sáez”. En la resolución se determinaba la composición de dicha Comisión, asignando a cada grupo un número determinado de integrantes, entre los que se contaba uno del grupo mixto. Pero se disponía también que para “garantizar la eficacia, la objetividad y la solvencia de las conclusiones y el resultado de los trabajos realizados, la Mesa, respetando siempre la legalidad vigente, excluirá de la misma a aquellos miembros que puedan resultar directamente afectados por el objeto de la Comisión”.

La Mesa de la Diputación Permanente dictó, el 14 de julio, resolución en la que se nombraba a los miembros de la Comisión sin incorporar al señor Tamayo que había sido elegido por el grupo mixto (formado sólo por el propio Tamayo y por la otra transfuga, la señora Sáez).

Ambos transfugas impugnaron la primera de las resoluciones, la del 10 de julio pero no la del 14, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que inadmitió el recurso por considerarse incompetente. Acudieron entonces al TC.

El TC rechaza el óbice procesal, según el cual, al no haber impugnado la resolución de 14 de julio que efectivamente excluyó al representante del grupo mixto, no había posibilidad de entrar en el fondo. Además sólo el señor Tamayo hubiera tenido oportunidad de interponerlo pues sólo él fue excluido. Para el TC la resolución de 10 de julio por sí misma afectaba los derechos al *ius in officium* de ambos transfugas (artículo 23.2 CE); en ella se disponía, no la exclusión del grupo mixto, lo que habría infringido el Reglamento de la Asamblea (artículo 63.2), sino la exclusión de los “directamente afectados por el objeto de la Comisión”, a quienes no se nombra en esta parte de la resolución pero sí y por dos veces al referirse a la finalidad de la Comisión y en la norma primera de su funcionamiento, la referida a su objeto. En definitiva, es patente para el TC que la resolución de 10 de julio excluía a los señores Tamayo y Sáez de la Comisión, no por formar parte del grupo mixto sino por integrarse en el objeto mismo de la Comisión y estar directamente afectados por él.

El TC recuerda su consolidada doctrina acerca del derecho proclamado en el artículo 23.2 CE y concluye que la afectación en este caso del derecho a participar en comisiones de los recurrentes fue proporcional a la finalidad definida por la resolución impugnada. Además, los recurrentes tuvieron ocasión de comparecer ante ella y estuvieron informados de lo que en ella acontecía al ser públicas sus sesiones.

b) Inadmisión de un amparo contra actos parlamentarios por extemporaneidad y falta de agotamiento de la vía previa

La STC 20/2008, de 31 de enero, Sala Segunda, es una sentencia de inadmisión que no entra, pues, en la posible vulneración de derechos de un diputado de las Cortes Valencianas que, tras abandonar el grupo del PP, pasó al grupo mixto. El recurrente considera lesionado su *ius in officium* por una resolución de la Presidencia de la Cámara acerca de los derechos y deberes de los diputados del grupo mixto y por tres resoluciones de la Mesa que negaron la tramitación de tres proposiciones de ley presentadas por el ahora recurrente.

Para el TC la impugnación de la resolución de la Presidencia se efectuó después de concluir el plazo de tres meses que prevé la LOTC; es por tanto extemporáneo. Respecto de las tres resoluciones de la Mesa, no se recorrió la vía previa que desde la STC 161/1988 el TC considera necesario agotar para admitir el amparo y que consiste en la presentación de solicitud de reconsideración. Sólo tras su negación, la resolución parlamentaria adquiere firmeza y es admisible el amparo contra ella. El recurrente no solicitó tal reconsideración y, por tanto, no procede entrar en el fondo.

F) Derecho a la tutela judicial efectiva

a) La denegación de acción popular a una Administración en proceso de Jurado en materia de violencia de género, prevista en la legislación autonómica, es contraria al artículo 24.1 CE

En esta STC 8/2008, de 21 de enero, el Tribunal aborda un caso similar al ya resuelto por la STC 311/2006, de 23 de octubre, ya comentada en otro número de esta Revista. Los tribunales ordinarios, con apoyo en la STC 129/2001, consideraban, de un lado, que el artículo 125 CE reconoce la acción popular a “los ciudadanos”, por lo que un poder público (Gobierno autonómico de Cantabria) no podía ejercitarla; y de otro, estimaban que la finalidad perseguida por el Gobierno (el interés general) ya era salvaguardada por el Fiscal. Pues bien, el TC, recordando la STC 311/2006, rechaza de plano estos argumentos: el primero, porque la STC 129/2001 es anterior a la STC 176/2001, de 26 de julio, que cambió el criterio del Tribunal, considerando contraria al principio *pro actione* la denegación de la ampliación del término “ciudadanos” del artículo 125 CE a las personas jurídico-públicas y ello a la luz del reconocimiento a éstas de la titularidad en ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva; y rechaza el TC también el segundo argumento por cuanto que, cuando la Ley autonómica prevé que la Comunidad Autónoma se persone como acción popular en algunos procesos seguidos por violencia de género, esa posibilidad legal “no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse” sin más, como ocurre de facto en el presente caso, con el argumento de que con ello se crea una nueva forma de acusación que invade la legislación estatal y contradice la doctrina del Tribunal Constitucional, pues el juez ordinario no puede controlar él mismo la constitucionalidad de las leyes parlamentarias posteriores a la Constitución, tarea reservada al TC. El Magistrado De Conde formula voto particular, considerando que la ley autonómica era inconstitucional y que en todo caso los poderes públicos no pueden ser titulares de derechos fundamentales.

b) Se vulnera el derecho con la inadmisión de conflicto competencial entre Administraciones por no haber supuestamente actividad administrativa y por no acudir a vía administrativa previa, contemplada legalmente hace décadas pero inexistente en la práctica

En la STC 26/2008, de 11 de febrero, se impugna una sentencia del TSJ del País Vasco que declaró la inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos interpuestos

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

por la Diputación Foral de Álava contra las desestimaciones presuntas, por silencio administrativo, de los requerimientos formulados al Delegado Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en el País Vasco, para que cesasen los expedientes de investigación y comprobación abiertos a distintas empresas con residencia fiscal en Álava en relación con las liquidaciones del impuesto sobre el valor añadido (IVA), por entender la Diputación requirente que legalmente era de su competencia exclusiva, y no del Estado. El Tribunal entendió, por un lado, que no había actividad administrativa impugnabile y, por otro, que el cauce previsto para resolver el conflicto interadministrativo era el previsto legalmente (Junta Arbitral, prevista desde 1981 pero inexistente hasta la fecha, y ulterior fiscalización judicial del Tribunal Supremo), y por ello inadmitió el recurso contencioso-administrativo.

El TC, enfrentado a la cuestión, comienza por aclarar, en primer lugar, que la Diputación Foral de Álava es titular del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar actos emanados de la actuación de la Administración del Estado que afecten a su ámbito de autonomía. El Tribunal entiende que la referencia del TSJ a la Junta Arbitral como cauce legal ordenado (vía administrativa previa *sui generis* a la jurisdiccional) se caracteriza “por su rigorismo y excesivo formalismo desfavorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con la desproporcionada consecuencia en este caso de impedir que pueda impetrarse la tutela judicial respecto de derechos e intereses legítimos”. La falta de constitución formal de la Junta arbitral no puede conducir a privar de toda posibilidad de tutela jurisdiccional a los intereses legítimos en este caso afectados, impidiendo a sus titulares el acceso a la vía judicial en defensa de éstos, sino que ha de llevar, por el juego del principio *pro actione*, a la aplicación de la normativa general frente a la especial constituida por la Ley de Concierto Económico, que prevé formalmente la existencia de la citada Junta Arbitral, y esa regulación general (artículos 1, 19, 44, Disposición Adicional Primera, LJCA) permite que puedan residenciarse y dirimirse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo controversias competenciales entre la Diputación Foral de Álava y la Administración General del Estado, como las suscitadas en el caso que nos ocupa, sin que ello suponga en absoluto que el TSJ haya de sustituir a la inexistente Junta Arbitral, sino simplemente resolver sobre una típica pretensión anulatoria de las concretas actuaciones controvertidas, con expresa declaración de reconocimiento de la competencia propia y de la invasión padecida, pretensiones ambas encuadrables en el artículo 31.1 y 2 LJCA.

Y también se considera lesiva del derecho de acceso a la jurisdicción la argumentación rigorista y formalista al extremo del TSJ en el sentido de que no había en este caso actividad administrativa impugnabile, pues “el carácter competencial de las controversias entre la Diputación Foral de Álava y la Administración General del Estado no priva de su carácter de actividad administrativa a las concretas actuaciones concernientes a varias relaciones tributarias individuales que dan origen de dicho conflicto” y, de otro lado, no ha lugar a distinguir como si fueran dos entidades ideales distintas la actividad administrativa de los casos concretos y el conflicto de competencia entre ambas Administraciones, “pues este último tiene por objeto las primeras y se encauza a través de un procedimiento contencioso-administrativo, si bien contraído exclusivamente a la infracción de las reglas de distribución de competencias. Existe, pues, una concreta actividad administrativa revisable

objeto de control en el litigio contencioso-administrativo entre las Administraciones por razón de la competencia, que no es otra que la actividad de investigación y comprobación llevada a cabo por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en relación con concretas y determinadas relaciones tributarias individuales cuestionada por la Diputación Foral de Álava y cuya nulidad interesaba por invadir su competencia tributaria foral”. A ello se suma que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa viene a reconocer los litigios competenciales como una subespecie de los litigios entre Administraciones públicas (artículo 19).

El Magistrado Conde Martín formula voto particular a la sentencia, de la que fue ponente, al considerar que los poderes públicos no pueden ser titulares de derechos fundamentales, presupuesto de que parte la sentencia y que considera falso.

c) La interpretación jurisprudencial de que el *dies a quo* de la prescripción penal comienza con la recepción de la denuncia vulnera la tutela judicial efectiva con relación a la libertad personal

El artículo 114 del Código Penal de 1973, aplicable al caso, establecía que los plazos de la prescripción comenzaban a correr desde el momento en que el procedimiento “se dirigía contra el culpable”. En este caso, la Audiencia Provincial había apreciado prescripción de los delitos, pero el Tribunal Supremo, por el contrario, desestimó la existencia de prescripción y condenó a los ahora recurrentes en amparo, por considerar que la simple recepción de la denuncia (en realidad, “querrella defectuosa”, sin poder especial ni firma del denunciante mismo) por el juzgado interrumpe la prescripción.

El TC, en esta **STC 29/2008, de 20 de febrero**, destaca que, a diferencia de la STC 63/2005, en este caso “lo que se produce el último día de la finalización del plazo prescriptivo es la presentación de un escrito que no reunía los requisitos de una querrella, pero en el que quienes figuraban como autores trasladaban a un órgano judicial, a través de un mandatorio, una *notitia criminis*”, y subraya que no hay un acto de interposición judicial (auto de incoación de Diligencias previas “a los únicos fines registrales y de control procesal”) hasta varios días después. Y al resultar afectado con la interpretación judicial de la prescripción no sólo el derecho del artículo 24, sino también el sustantivo del artículo 17 CE, el TC no se ha de limitar a excluir dicha interpretación cuando sea arbitraria o irrazonable, sino también cuando, sin serlo, sin embargo, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. Por ello, no puede sino entenderse que el procedimiento sólo “se dirige contra el culpable”, interrumpiendo así la prescripción, cuando se haya iniciado un “procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez”; y también considera el TC que la simple interposición de una denuncia o querrella es una “solicitud de iniciación” del procedimiento (SSTC 11/1995, de 4 de julio, FJ 4º; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8º) —no un procedimiento ya iniciado— y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciantes es un *ius ut procedatur*

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

que no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal (cfr., entre otras, SSTC 175/1989, de 30 de octubre, FJ 1º). A todo ello se suma, en una consideración axiológica en función de los fines de la prescripción (valor de la seguridad jurídica), que admitir la interrupción de que aquí se trata por la mera presentación y registro en el juzgado de una querrela o denuncia “significa tanto como dar pie a la posibilidad de que, mediante querellas o denuncias carentes de fundamentación, y por tanto rechazables liminarmente, pueda impedirse la prescripción de una infracción penal o se dilaten indefinidamente los plazos legales establecidos. Y ello a voluntad no del órgano que tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino del particular interesado en que así ocurra y con una clara incidencia, potencialmente lesiva, sobre derechos fundamentales del querrellado o del denunciado, singularmente el de defensa”.

d) El control de legalidad de un vídeo de organismo administrativo que descalifica a una Fundación crítica con él no puede declinarse por la jurisdicción contenciosa so pretexto de considerar que la pretensión era sólo civil de protección del honor

En la STC 45/2008, de 10 de marzo, se plantea si se vulnera el derecho de defensa por el hecho de que un juzgado contencioso-administrativo, y el TSJ correspondiente por vía de recurso, declinaran su competencia para conocer del recurso planteado por una Fundación para cuestionar la legalidad de un vídeo que se refería descalificadoramente a dicha Fundación y que había sido elaborado y difundido por un Cabildo insular en televisión, Cabildo respecto del que dicha Fundación se había mostrado crítica. La Fundación afectada había requerido al Cabildo para que le diera conocimiento del acto administrativo en que se basaba la elaboración y difusión de tal vídeo, produciéndose silencio administrativo. La Fundación consideraba que estábamos ante una vía de hecho, cuya legalidad impugnaba. El Juzgado, primero, y el TSJ, después, sin embargo, estimaron que el recurso pretendía en realidad proteger el derecho al honor de dicha persona jurídica, y por ello la jurisdicción competente era la civil y no la contencioso-administrativa. Sin embargo, la Fundación afirmó en el proceso que lo que pretendía dilucidar con su recurso era “si es legal o no, si es conforme a Derecho o no que una Administración pública reaccione ante las opiniones críticas de ciudadanos, grupos u organizaciones civiles mediante campañas publicitarias institucionales en las que se pone en tela de juicio el comportamiento de dichos ciudadanos, grupos u organizaciones, y ello con independencia del carácter lesivo del derecho al honor o no de tales campañas”. Y ahora en vía de amparo constitucional considera que la resolución del juzgado, y la de la Sala en ulterior apelación, vulnera su derecho porque, al declarar su falta de competencia, confunde la naturaleza de la pretensión de fondo realmente formulada, obligándole a instar ante otra jurisdicción la defensa de otra pretensión también distinta y, por tanto, privándola injustificadamente del derecho a obtener un pronunciamiento sobre sus derechos e intereses.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo y anula las resoluciones judiciales, pues entiende que es irrazonable que éstas “porfíen en subrayar la naturaleza exclusivamente civil de la pretensión formulada en el proceso judicial, cuando la propia Fundación actora negó de modo tajante que pretendiera la tutela civil de su derecho al honor” y ello sin perjuicio de que el honor pudiera ser relevante a efectos de apreciar la legitimación activa en el proceso de control de la legalidad, lo que es cosa distinta.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la integridad, a la intimidad personal y familiar y ruidos (artículos 15 y 18 CE)

En la STS de 28 de marzo de 2008, ponente: Sra Robles Fernandez, se aborda un supuesto de responsabilidad patrimonial derivada de ruidos que son permitidos por un ayuntamiento.

El Ayuntamiento de Arganda del Rey impugna la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid que estima la demanda deducida por unos vecinos y condena al Ayuntamiento a indemnizarles en la suma de 12.332,12 euros a cada uno de ellos por los perjuicios causados como consecuencia de los ruidos procedentes de casa regionales de Andalucía y Extremadura en el desarrollo de actividades para las que carecen de licencia y que realizan en locales de titularidad local. La Sala de instancia afirma que los ruidos procedentes de tales actividades inciden en los derechos reconocidos en los artículos 15 y 18 CE, sobre integridad física y moral e intimidad familiar y personal

La responsabilidad de la administración deriva de su pasividad pues ha hecho una dejación de sus responsabilidades y competencias que en materia de medio ambiente le atribuye el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de la LBRL, al permitir que las casas regionales realizaran su actividad sin contar con la preceptiva licencia. La pasividad municipal es doble; por una parte, no se cuenta con licencia y, por otra, hace caso omiso de las quejas de los ciudadanos de acabar con el ruido, que se ha acreditado en autos a través de las mediciones de la Guardia Civil que afectan a la intimidad personal y familiar.

El TS rechaza el recurso de casación para la unificación de doctrina por cuanto entre la sentencia de contraste y la impugnada no existe identidad toda vez que en esta última sí se habían acreditado las molestias y sufrimiento a los vecinos a través de las mediciones mientras que en la indicada como de contraste no se ha acreditado la realidad ni la intensidad de los ruidos provocados.

B) Derecho al honor: artículo 18.1 CE y su alcance en el contexto de disputas políticas

Dos sentencias de este trimestre han resuelto colisiones entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información en el contexto de disputas políticas. La STS 6/2008, de 22 de enero, Sala de lo Civil, ponente: Francisco Marín Castán, aplica la jurisprudencia tradicional del TC en esta materia, reiterando que la libertad de expresión prevalece sobre el derecho al honor cuando se tratan cuestiones de relevancia pública y siempre que no se introduzcan expresiones injuriosas o vejatorias. Sin embargo, en el asunto señalado, el TS tiene en cuenta en aras de desestimar las pretensiones del recurrente que el sujeto afectado era un político y, por tanto, un personaje público, sometido a niveles de crítica mucho más incisivos que los sujetos privados, y que la crítica vertida se realizó durante la campaña electoral, “momento en el que se acentúa la agresividad verbal y escrita” entre los partidos políticos.

El fallo es idéntico en la STS 1/2008, de 17 de enero, Sala de lo Civil, ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz, aunque en este caso se planteaba una peculiaridad ya que el ataque

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

contra el honor no se producía contra una persona física, sino contra la Diputación Provincial de Cádiz. Señala así el TS, que la jurisprudencia constitucional no ha reconocido la titularidad de ese derecho a los entes jurídico-públicos, pero que sí cabría hablar de ataque o menoscabo a su dignidad.

C) Derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE)

STS de 12 de marzo de 2008, ponente: Sr. Maurandi Guillén.

El recurrente participó en la oposición libre para la provisión de varias plazas de agentes de Bomberos del servicio de extinción de incendios del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. En la fase de oposición se establecía una prueba tipo test de carácter obligatoria y eliminatoria para todos los aspirantes. En el listado de calificaciones figuró el demandante con un resultado de 4,978, siendo la mínima de 5,022 puntos. Frente a tal puntuación el actor presenta recurso a fin de que, por un lado, se revisara la calificación y, por otro, se anularan las tres preguntas para las que el Tribunal Calificador había aceptado dos respuestas válidas. Formulado recurso contencioso-administrativo es desestimado por el TSJ que razona que el recurrente no estuvo en situación de inferioridad respecto a los demás aspirantes, que fue su decisión personal contestar a las tres polémicas preguntas y que la decisión del Tribunal calificador estuvo amparada en la discrecionalidad técnica.

Formulado recurso de casación es estimado por la Sala Tercera del TS que recuerda su doctrina, según la cual la arbitrariedad es uno de los supuestos que se señalan como expresivos del excepcional control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica y que la racionalidad es el reverso positivo del mandato de interdicción a la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 CE. Otro de los límites que rigen las actuaciones administrativas encuadrables en la discrecionalidad técnica son los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la igualdad del artículo 14 CE. Entiende la Sala que procede la anulación propugnada, pues la especial configuración de las pruebas tipo test consiste en disponer de una sola respuesta para cada pregunta entre varias alternativas sin permitir a las personas que lo realizan ningún comentario aclaratorio de su opción y en disponer de una penalización para quienes en lugar de no contestar no eligen la respuesta válida. De lo que deriva que existiendo dudas sobre cuál ha de ser la respuesta elegida la conducta más coherente con la naturaleza de la prueba será considerar mal formuladas las respuestas y no responder para evitar la penalización, por esta razón perjudicar a quienes así hayan procedido con un claro fundamento racional frente a los que contrariando la naturaleza de la prueba contestaron desde el presupuesto de que podían ser consideradas como correctas más de una respuesta, significa seguir una solución de desigualdad carente de una razonable justificación.

D) Extranjeros

a) Derecho de asilo y devolución de estatuto de asilado a opositor guineano

STS de 27 de marzo de 2008, ponente: Sr. Fernández Valverde.

Impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de marzo de 2006 que desestima el recurso de reposición deducido contra el anterior Acuerdo de 30 de diciembre de

2005 que decide la revocación de la concesión de asilo al opositor guineano. Los hechos que sustentan la decisión de revocación consisten en que “las actividades realizadas desde España por el recurrente contra el régimen político actual de Guinea Ecuatorial, en concreto, los intentos de golpe de estado de mayo de 1997, de febrero y marzo de 2004 así como el desplazamiento a Croacia en marzo de 2005 para entablar diferentes acuerdos con empresarios vinculados con negocios petrolíferos y compraventa de armas”.

Tales datos son deducidos de diversos informes sobre las actividades del actor elaborados por la Dirección General de la Policía, el Centro Nacional de Inteligencia, el Abogado-Jefe del Ministerio del Interior y la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

La fundamentación jurídica de dichos acuerdos tiene una doble perspectiva; pues se citan como causas de la revocación, por un lado, la contemplada en el artículo 1.F).c) de la Convención que prevé cuando “(...) existan motivos fundados para considerar c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de naciones Unidas” y la causa prevista en el artículo 33.2 de la citada Convención que establece “cuando el refugiado sea considerado, por razones fundadas, como un ‘peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la seguridad del país’ (...)”

La Sala Tercera del TS analiza separadamente dicha fundamentación y acoge la argumentación relativa a la falta de concurrencia de los requisitos precisos para la aplicación del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra cuando se expresa que “existen motivos fundados para considerar al recurrente como un peligro para la seguridad de España”. Señala la Sala que la simple manifestación por parte del Centro Nacional de Inteligencia en su informe de que las actividades del recurrente pueden implicar un riesgo para la seguridad de España no puede considerarse como un “motivo fundado”, pues en dicho informe no se refleja la necesaria y fundada situación de peligro; por otro lado, las afirmaciones sobre las situaciones de riesgo y crisis de las relaciones hispano-guineanas carecen del más mínimo respaldo y de soporte objetivo alguno para poder concluir, tan siquiera por vía de indicios sobre la realidad de la situación expresada.

Por lo que se refiere a la causa prevista en el apartado c) del artículo 1.F) de la Convención y partiendo de las concretas actividades del recurrente en dichos informes la Sala concluye que no pueden considerarse suficientemente acreditadas ni cabe entender los actos descritos como contrarios a “las finalidades y principios de las Naciones Unidas”. En esta línea se analiza cada una de las actividades imputadas al actor y se concluye que su participación en las actuaciones de tráfico de armas y contratación de mercenarios no ha resultado probada, refiriéndose tales actividades exclusivamente a algunos contactos con empresarios en Croacia; tampoco se ha demostrado la participación en las supuestas operaciones desarrolladas para el derrocamiento del régimen en Guinea que, en su caso, se limitaría un eventual conocimiento de dichos actos que tienen lugar en países muy

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

lejanos a España, en concreto como ocurre con Zimbabwe. Por tal razón, se decide la no aplicación al caso de la citada causa.

b) Nacionalidad

a') Denegación de nacionalidad y conocimiento de castellano

STS de 5 de marzo de 2008, ponente: Sr. Puente Prieto.

La recurrente, nacida en 1951 y de nacionalidad marroquí, acredita en su solicitud de concesión de la nacionalidad española que reside en España de forma continuada durante más de veinte años, habiendo fijado su residencia desde el año 1981, su esposo e hijos son españoles, y aunque no ha tenido necesidad de trabajar fuera de casa, en la entrevista pudo verse afectada en la expresión oral al celebrarse en un entorno no habitual para ella.

La Sentencia de instancia estima el recurso por entender que la denegación administrativa de la solicitud no se encuentra justificada por concurrir en el caso todos los elementos para la obtención de la nacionalidad por residencia así como es patente la integración en nuestra sociedad de la actora como advirtió en la primera entrevista el Encargado del Registro Civil de Mataró, razón por la que se llega a la conclusión de que tiene un conocimiento suficiente de la lengua castellana encontrándose razonablemente adaptada a la cultura y al estilo de vida españoles; a pesar de hablar con dificultad el español se produjo una nueva comparecencia ante el Encargado del Registro Civil en el año 1999 en la que tras un nuevo examen llega a la conclusión de que la actora entiende español pero “habla con dificultad por manifestar la solicitante no haberlo estudiado”. Y concluye la Sentencia de instancia “esta carencia no puede determinar la denegación pues el entendimiento del español es el adecuado para su desenvolvimiento habitual y normal en el entorno familiar y social de la vida ordinaria por lo que ha de estimarse la procedencia de la concesión de la nacionalidad solicitada”.

La Sala Tercera examina el asunto debatido y manifiesta que es similar a los tratados en las Sentencias de 9 de abril de 2007 y 29 de octubre de 2004 en los que se contemplaba también el supuesto de una extranjera casada con español y con hijos a su cargo nacidos en España. En el caso de autos, a partir de los hechos declarados probados en la instancia sobre la falta de correcta expresión del español, el TS razona que ciertamente el conocimiento del idioma y su correcta expresión constituyen un elemento vehicular que permite la relación con la sociedad, por ello la falta de conocimiento impide tener por justificado el requisito de la integración ex artículo 22.4 del Código Civil y la deficiente expresión de la recurrente supone una falta de integración en la sociedad, por ello casa y anula la sentencia de instancia.

b') Nacionalidad y habitualidad de la residencia

STS de 13 de febrero de 2008, ponente: Sr. Puente Prieto.

Se impugna en esta ocasión la Sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció la procedencia de la concesión de la nacionalidad española. En la sentencia recurrida se razona

que la causa por la que se deniega al actor la nacionalidad es que no residió efectivamente en España por las entradas y salidas que constan en su pasaporte. Frente a tal decisión la Sala entiende que consta que el demandante vive habitualmente con su esposa y sus dos hijos, que poseen los tres la nacionalidad española y que residen en España en un piso de su propiedad, que los viajes fuera de España son de corta duración y se ofrece la explicación razonable por su profesión de intermediario entre una empresa de Dinamarca y otra de su país de origen por lo que hay que concluir que su residencia en España, a los efectos debatidos, no resulta interrumpida y procede el reconocimiento de la nacionalidad. La Sala Tercera considera que la apreciación de los hechos no ha sido eficazmente combatida por la recurrente, la administración, que se limita a hacer una nueva valoración, pero lo cierto es que de los hechos se justifica la habitualidad de la residencia en España para el recurrente como causa determinante de la concesión de la nacionalidad, motivos por los que declara no haber lugar al recurso de casación.

c) Expulsión de territorio nacional de ciudadanos rumanos

STS de 6 de marzo de 2008, ponente: Sr. Del Oro-Pulido.

En esta Sentencia se aborda la expulsión de territorio nacional de un ciudadano rumano y señala la Sala que a partir del ingreso de Rumanía en la Unión Europea estos ciudadanos no tienen la condición de extranjeros a los efectos de la aplicación de la LO 4/2000 al menos en cuanto a la aplicación del régimen sancionador; la falta de regularización administrativa de estos ciudadanos no puede considerarse como una “estancia ilegal” dado que a partir del 1 de enero de 2007 su presencia en España no está sujeta a autorización administrativa sino a un simple control administrativo de registro que en caso de incumplimiento no puede llevar como consecuencia la expulsión del territorio nacional. Por ello entiende la Sala Tercera que procede conceder la medida cautelar de suspensión interesada.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

RAFAEL BUSTOS

ISABEL PERELLÓ

ENCARNACIÓN CARMONA

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ-MONEO

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ley Orgánica. A) El Tribunal Constitucional es competente para enjuiciar la Ley Orgánica que lo regula. B) La reserva de Ley Orgánica relativa a la regulación del Tribunal Constitucional no debe aplicarse con carácter restrictivo. **3. Ley.** A) Reserva de Ley: la reserva de Ley se flexibiliza en los casos de reforma de normas reglamentarias preconstitucionales siempre que no se innove el ordenamiento jurídico. B) La derogación de una Ley impugnada a través del procedimiento del conflicto en defensa de la autonomía local determina la pérdida sobrevinida del objeto del conflicto. **4. Reglamento parlamentario: no vulnera**

la reserva de los Reglamentos parlamentarios el que la reforma de la LOTC permita participar a los Parlamentos autonómicos en el nombramiento de nuevos Magistrados del Tribunal Constitucional. 5. Principios generales del derecho.

A) El principio de buena fe está estrechamente ligado a la doctrina de los actos propios e impone la coherencia con un comportamiento anterior con el límite de la legalidad. B) Principio de igualdad. a) No cabe igualdad en la ilegalidad y es necesario probar que en situaciones iguales se dan soluciones diferentes. b) La igualdad en el acceso a las funciones públicas no sólo se proyecta en relación con los cargos de representación política sino también con los funcionariales. c) La igualdad en la aplicación de la ley no se vulnera si no se cumple el requisito de la alteridad. C) Principio de interdicción de la arbitrariedad: la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad exige que el que la alegue lo razone en detalle, y que la arbitrariedad sea el resultado, bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, pero en ningún caso de una discrepancia política respecto de su contenido.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia RJ 2008/971 y de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia JUR 2008/87531. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 59/2008, de 14 de mayo. La sentencia que presenta mayor interés en esta entrega es la STC 49/2008, de 9 de abril, en la que el Tribunal Constitucional justifica su competencia para controlar la constitucionalidad de su propia Ley Orgánica y aborda una serie de cuestiones de interés, como la aplicación en este ámbito de la reserva de Ley Orgánica, el contenido de los Reglamentos parlamentarios o bien la aplicación al legislador del principio de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la función legislativa.

2. LEY ORGÁNICA

A) El Tribunal Constitucional es competente para enjuiciar la Ley Orgánica que lo regula

La STC 49/2008, de 9 de abril, resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado 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. En esta sentencia se plantea, en primer lugar, si resulta posible y, en su caso, con qué alcance, controlar la constitucionalidad de la Ley Orgánica que regula al Tribunal Constitucional. El Tribunal, tras afirmar la libertad de configuración del legislador orgánico al dictar la Ley que regula su funcionamiento, destaca que sus límites constitucionales no proceden únicamente de una interpretación literal de los preceptos constitucionales que prevén las distintas reservas relativas a su regulación, sino del modelo de Tribunal Constitucional que se deriva de una interpretación conjunta de la Constitución y de los principios constitucionales que se proyectan sobre él. En este sentido la sentencia dice que corresponde al propio Tribunal, en su función de garante supremo de la Constitución, garantizar ambos aspectos, así como el equilibrio entre ellos.

El Tribunal entiende que lo contrario supondría, no sólo admitir una zona inmune al control de constitucionalidad, sino también hacer dejación de su función en un ámbito tan decisivo para la propia supremacía de la Constitución como es la jurisdicción del Tribunal. La relación que existe entre la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional refuerza la necesidad de controlar que el legislador respete el modelo constitucional de la jurisdicción constitucional, puesto que de ello depende en buena medida la efectividad del orden constitucional en todos los ámbitos. Dejar en manos del legislador orgánico la concreción de dicho modelo y renunciar a controlarla no se correspondería, en efecto, con la pretensión del constituyente de crear un órgano de control de constitucional con amplias competencias y de garantizar su eficacia.

IV. Fuentes del Derecho

La vinculación del Tribunal a su propia Ley Orgánica (artículo 1.1 LOTC) condiciona el control, pero no puede impedir que éste se lleve a cabo, dado que dicha vinculación también se predica expresamente, y en primer lugar, respecto de la propia Constitución. Sin embargo, no cabe ampararse en el texto constitucional para desvincularse de un precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que tiene un contenido claro desde una perspectiva jurídica. La aplicación de la LOTC debe tener muy en cuenta la literalidad de sus preceptos y su interpretación desde las normas y principios constitucionales, pero no puede excepcionarse *ad casum* amparándose en la doble vinculación que contempla el artículo 1.1 LOTC, puesto que ello supondría desconocer el papel de la LOTC en la legitimación de la actividad del Tribunal.

El problema es definir el alcance de este control. El enjuiciamiento debe ser exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica. Y además al tratarse del control del legislador democrático, la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en el desarrollo de dicho control, y es obligado considerar, como cuestión de principio, que el legislador no debe limitarse a ejecutar la Constitución, sino que está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, en un marco caracterizado por el pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la Norma fundamental. Todas estas cautelas, propias de cualquier enjuiciamiento del legislador, deben extremarse en el caso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debido a la mencionada vinculación del Tribunal a ella. En todo caso, estas cautelas en ningún caso pueden suponer una renuncia a ejercer el control de constitucionalidad que el Tribunal tiene encomendado en exclusiva, puesto que ello llevaría a dejar sin garantía jurisdiccional algunos de los preceptos constitucionales que más contribuyen a la realización del principio de supremacía constitucional.

B) La reserva de Ley Orgánica relativa a la regulación del Tribunal Constitucional no debe aplicarse con carácter restrictivo

En la STC 49/2008, de 9 de abril, sobre la reforma de la LOTC, se plantea la posible vulneración por dicha Ley del artículo 165 CE, por exceder su regulación del contenido previsto para la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional en dicho precepto.

El Tribunal argumenta que los términos en que se formula esta reserva específica (“Una ley orgánica...”), la amplitud de las materias aludidas (“el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”), su posición de cierre del Título IX y el hecho de proyectarse sobre un órgano como el Tribunal Constitucional le otorgan una vocación de complitud que impide una interpretación restrictiva de tales materias como la que pretenden los recurrentes. Si bien es cierto que dicha vocación no impide que otras leyes orgánicas incidan en el alcance de la jurisdicción constitucional atribuyéndole nuevas competencias [artículo 161.1.d) CE], la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional constituye el cauce constitucionalmente idóneo para introducir una participación autonómica en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional que es legítima desde un punto de vista material. En la medida en que dicha participación excede la esfera interna

del Senado y precisa el concurso de los Parlamentos autonómicos, es dicha Ley, que no está vinculada positiva sino negativamente a la Constitución, la única fuente del Derecho —excepto la propia Constitución— que puede introducirla. No cabe aquí trasladar a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la doctrina sobre el carácter estricto de las reservas de leyes orgánicas, pues se trata de un supuesto enteramente diferente. Aquellas reservas pueden ser interpretadas estricta o incluso restrictivamente porque el ordenamiento tiene a su disposición otro instrumento (la ley ordinaria) para regular aquello que se le veda a la ley orgánica. No ocurre así con la reserva prevista en el artículo 165 CE, ya que únicamente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no cualquier otra ley puede desarrollar la institución del Tribunal Constitucional en todos los ámbitos en que quepa tal desarrollo, bien por requerirlo la Constitución, bien porque no esté constitucionalmente impedido. Tratándose, además, de un aspecto que no afecta a las competencias del Tribunal, es sólo, pues, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y no otras leyes orgánicas, la que puede desarrollar la previsión constitucional de elección de los Magistrados por parte de la Cámara de representación territorial, previendo una participación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (FJ 16°).

3. LEY

A) Reserva de Ley: la reserva de Ley se flexibiliza en los casos de reforma de normas reglamentarias preconstitucionales siempre que no se innove el ordenamiento jurídico

En la STS de 29 de enero de 2008 (RJ 2008/685), el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra el RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. En dicho recurso se solicita la declaración de nulidad de pleno Derecho del artículo primero del Real Decreto mencionado que modifica y da nueva redacción a los artículos 24, 25, 42 y 249.2 del Decreto de 1944. El contenido de dichos preceptos es el siguiente: los artículos 24 y 25 se refieren a la contratación de un seguro de responsabilidad civil por los notarios; el artículo 42 establece prohibiciones y limitaciones relativas al establecimiento de los despachos y oficinas notariales y a la actuación de un mismo notario en el mismo local, y el artículo 249.2 establece la presentación obligatoria de ciertos documentos por vía telemática. La argumentación que apoya la pretensión de nulidad consiste en la supuesta vulneración por el Real Decreto de la reserva de Ley consagrada en el artículo 103.3 de la Constitución para regular el estatuto de los funcionarios públicos. Dicha reserva de Ley se vulneraría por el Real Decreto, con independencia de que la regulación reformada por dicho reglamento fuera preconstitucional y de que tuviera también rango reglamentario.

Pues bien, para resolver el recurso, el Tribunal Supremo se ocupa, en primer lugar, de ubicar dogmáticamente la cuestión planteada. Invoca su jurisprudencia en torno al ejercicio por el Gobierno de la potestad reglamentaria y, en concreto, enumera los requisitos que

IV. Fuentes del Derecho

deben cumplirse en esa tarea: “desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 de la Ley 50/1997), con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (artículo 9.3 CE), según establece el artículo 52 de la Ley 30/1992”; los límites materiales serían, por otro lado, la reserva de Ley, formal y material, y el respeto a los principios generales del Derecho, en especial, al principio de interdicción de la arbitrariedad de todos los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 CE (FJ 2º). En el marco de esos límites, afirma el Tribunal que el Gobierno puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad inherente a la potestad reglamentaria.

En el caso concreto de la reserva de Ley en la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, entiende el Tribunal que la reserva de Ley del artículo 103.3 CE no supone en ningún caso la exclusión de la colaboración reglamentaria en la regulación de la materia, siempre que se trate de desarrollar y completar las disposiciones legales y no de deslegalizar la regulación. En este sentido, se remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 37/2002 y 99/1987) que no niega la posibilidad de aprobar reglamentos en materias reservadas a la Ley siempre que éstos no traten de innovar o sustituir a la Ley. Ahora bien, una vez resuelto el posible juego del reglamento en la regulación de los funcionarios públicos, el problema está en delimitar hasta dónde llega esta materia. Al respecto señala el Tribunal que por estatuto de los funcionarios públicos puede entenderse: “la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas” (FJ 2º). En esas materias debe ser la Ley la que establezca una normación mínima suficiente descartándose un apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria.

En relación con el carácter preconstitucional del Decreto reformado explica el Tribunal que la reserva de Ley no sirve para anular disposiciones reglamentarias anteriores a la Constitución. Y, en coherencia con esa afirmación, añade el Tribunal que la reserva de Ley se excepciona cuando normas posconstitucionales tratan simplemente de reiterar o reproducir normas o previsiones reglamentarias preconstitucionales, siempre que no innoven el ordenamiento jurídico y que no supongan una desvirtuación del principio de reserva de Ley. Así pues, el problema del Real Decreto impugnado radica en determinar si se limita a reiterar la regulación del Decreto de 1944 o si introduce innovaciones en el ordenamiento jurídico que, en su caso, deberían llevarse a cabo por Ley. El Tribunal pasa a analizar, pues, cada artículo reformado por el RD recurrido. Con respecto a los artículos 24 y 25 señala que, en realidad, no introducen una regulación nueva, por lo que se incluyen en la excepción al principio de reserva de Ley mencionado anteriormente (FJ 3º). Sobre el artículo 42 dice el Tribunal que, en realidad, no se refiere a la regulación del estatuto funcional de los notarios, por lo que no entra dentro del ámbito de aplicación de la reserva de Ley del artículo 103.3 CE. Y tampoco puede considerarse sujeto a la reserva de Ley del artículo 36 CE referido a profesiones colegiadas (FJ 4º). Por último, considera

el Tribunal que el artículo 249.2 del Decreto establece una regulación compatible con la legislación aplicable en la materia (FJ 5º). En razón de todo ello, el Tribunal desestima finalmente el recurso (FJ 6º).

B) La derogación de una Ley impugnada a través del procedimiento del conflicto en defensa de la autonomía local determina la pérdida sobrevenida del objeto del conflicto

La STC 47/2008, de 11 de marzo, resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por los Ayuntamientos de Torrent, Alaquas, Quart de Poblet, Chirivella, Mislata, Sedavi, Burjassot, Puçol, Benetusser, Emperador y Aldaia, en relación con el artículo 2 y la Disposición Transitoria de la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se suprime el Área Metropolitana de l'Horta.

El Tribunal entiende que se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto del proceso constitucional relativo al conflicto planteado, con la aprobación de la Ley 2/2001, de 11 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de creación y gestión de áreas metropolitanas en la Comunidad Valenciana, pues su Disposición Derogatoria se refiere expresamente, entre otras, a la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se suprime el Área Metropolitana de l'Horta, cuyos artículo 2 y Disposición Transitoria constituyen el objeto de dicho conflicto en defensa de la autonomía.

El voto particular presentado por el Magistrado Rodríguez-Zapata entiende que en el ámbito del conflicto en defensa de la autonomía local la derogación sobrevenida del objeto del proceso no puede ser en todo caso argumento suficiente para poder apreciar la desaparición de la controversia entablada, sino que para ello también resultará preciso que no se aprecie la subsistencia de la controversia que dio lugar al planteamiento del conflicto en cuestión.

4. REGLAMENTO PARLAMENTARIO: NO VULNERA LA RESERVA DE LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS EL QUE LA REFORMA DE LA LOTC PERMITA PARTICIPAR A LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS EN EL NOMBRAMIENTO DE NUEVOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la STC 49/2008, de 9 de abril, sobre la posible inconstitucionalidad de una modificación de la LOTC, se plantea la posible inconstitucionalidad de la reforma del sistema de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Senado, entre otros argumentos, por vulnerar la reserva de Reglamento parlamentario contenida en el artículo 72.1 CE.

Para poder enfocar la posición del Tribunal sobre esta cuestión hay que partir de que la jurisprudencia constitucional siempre ha relacionado la autonomía reglamentaria de las Cámaras con la autonomía parlamentaria (por todas, STC 234/2000, de 10 de octubre,

IV. Fuentes del Derecho

FJ 12º). La norma impugnada afecta al modo de ejercicio de una facultad del Senado, pero su contenido no vulnera el artículo 72.1 CE por dos motivos básicamente:

– En primer lugar, porque excede claramente la vida interna del Senado, al dar entrada a los Parlamentos autonómicos en el ejercicio de dicha facultad. En la medida, además, en que dicha participación va más allá de un mero trámite de audiencia o de consulta, otorgando a los Parlamentos autonómicos un papel más activo en la fase de presentación de candidaturas, no sería posible que el Reglamento del Senado introdujese unilateralmente una participación de este tipo, que obliga a las Asambleas autonómicas a presentar candidatos a Magistrado.

– En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la amplia remisión de la Ley impugnada al propio Reglamento de la Cámara garantiza que sea ésta la que, en ejercicio de su autonomía, pueda concretar el régimen jurídico de dicha participación, así como el procedimiento de elección definitiva de los Magistrados. Los términos en que está redactado el precepto impugnado dejan abiertas diversas posibilidades. Una norma que remite a los Reglamentos parlamentarios la concreción de un principio participativo que, como se ha visto, es constitucional, tampoco puede considerarse contraria al artículo 72.1 CE si deja abiertas diversas posibilidades para realizar dicho desarrollo.

5. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

A) El principio de buena fe está estrechamente ligado a la doctrina de los actos propios e impone la coherencia con un comportamiento anterior con el límite de la legalidad

La STS de 5 de febrero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (RJ 2008/965), resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular frente a la Sentencia de 7 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid. Dicha Sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 25 de enero de 2002 de la Comisión Mixta creada por el RD 1497/1999 –por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de Médico Especialista– por la que se inadmitía al particular para la realización de la prueba teórico-práctica y de la evaluación del currículum profesional y formativo por no haber acreditado un ejercicio profesional efectivo como médico dentro del campo propio y específico de la especialidad solicitada –Cirugía Plástica y Reparadora– durante un período mínimo equivalente al 170% del período de formación establecido para ésta.

El recurso de casación pretende que se anule y case la Sentencia recurrida y que se declare que efectivamente se habían probado los extremos mencionados relativos a la experiencia profesional del particular, con el fin de permitir su inclusión en la prueba teórico-práctica a realizar y en la evaluación del currículum profesional y formativo. En concreto, se aducen tres motivos de casación: vulneración del artículo 24.1 CE y del artículo 218.1 LEC, así como vulneración de los artículos 14 y 24 CE y de los artículos 1.1.a) y b), 2 y 3 del RD 1497/1999.

Con respecto a la vulneración del artículo 24.1 CE, entiende el recurrente que la Sentencia *a qua* incurre en un triple vicio de incongruencia, tanto *ultra petita* como omisiva. En primer lugar, porque entra a analizar cuestiones no planteadas en el proceso y, en segundo lugar, porque obvia cuestiones relevantes referidas a la experiencia profesional de la recurrente. Al respecto, invoca el Tribunal la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De acuerdo con ella, no es necesario que se produzca una estricta correlación entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y contestación y los fundamentos jurídicos de la Sentencia. El juez tiene la obligación de dar respuesta a las pretensiones del recurrente, pero no a cada uno de los argumentos o alegatos aducidos en la argumentación. Por lo tanto, concluye el Tribunal que no puede apreciarse en la Sentencia el vicio de incongruencia por exceso y por defecto (FJ 2º). El segundo motivo casacional reproducía el primero, por lo que el Tribunal omite un pronunciamiento sobre él.

Más importancia tiene, sin embargo, el tercer motivo de casación que se apoyaba en la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, así como en la quiebra del “principio de interdicción de la doctrina de los actos propios, puesto que si la Comisión Mixta, en el ejercicio de sus facultades, decide asimilar el ejercicio profesional desempeñado en el extranjero por el recurrente al realizado en España, no se encuentra justificado que después ese período se pondere con el límite del 25% del tiempo acreditado”. En relación con la doctrina de los actos propios, el Tribunal invoca una Sentencia previa y señala que “tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Alto Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes *venire contra factum proprium*”. Conecta, de este modo, el Tribunal el principio de protección de la confianza o de buena fe y la doctrina de los actos propios. Ahora bien, al aplicar estos principios al caso concreto, afirma el Tribunal que no puede emplearse la doctrina de los actos propios para mantener situaciones contrarias a la legalidad. No quiebra la doctrina de los actos propios el hecho de que el Tribunal valore de forma distinta la experiencia profesional en el extranjero y en España. En ese mismo sentido, niega el Tribunal la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la igualdad. Para ello se apoya en Sentencias anteriores recaídas en supuestos similares que refuerzan esta solución (FJ 4º).

Por todo ello, el Tribunal, finalmente, desestima el recurso.

En el mismo sentido, resolviendo un supuesto análogo, la **STS de 5 de febrero de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, (RJ 2008/971). También la **STS de 22 de enero de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (RJ 2008/316), se refiere a un supuesto similar que plantea algunos problemas jurí-

IV. Fuentes del Derecho

dicos idénticos a los de este caso –aunque sin mencionar el problema de la doctrina de los actos propios–. El Tribunal desestima asimismo el recurso de casación interpuesto.

B) Principio de igualdad

a) No cabe igualdad en la ilegalidad y es necesario probar que en situaciones iguales se dan soluciones diferentes

En la **STS de 15 de enero de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (RJ 2008/848), el Tribunal Supremo resuelve un supuesto similar a los anteriores. Se interpone recurso de casación contra la Sentencia de 19 de octubre de 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso interpuesto a su vez contra la Resolución de 5 de agosto de 2002 del Secretario de Estado de Educación y Universidades, dictada por delegación de la Ministra de Educación, Cultura y Deporte, desestimatoria de la solicitud de concesión del título de Médico Especialista en Cirugía Plástica y Reparadora.

En el primer motivo de casación se aduce la vulneración de los artículos 14 y 24 CE, así como el artículo 55.1 de la Ley Jurisdiccional. Se centra la argumentación del recurso en la existencia de una denegación de prueba injustificada en el proceso de instancia, que vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El Tribunal desestima este motivo. Invoca la jurisprudencia constitucional en torno al derecho fundamental del artículo 24 CE, de acuerdo con la cual no cabe todo medio de prueba solicitado por las partes. Y, finalmente, concluye el Tribunal, tras analizar los hechos, que no se produjo en ningún momento indefensión, ni una denegación injustificada de la práctica de la prueba (FJ 2º). Con respecto a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, afirma el Tribunal que este derecho no cabe en ningún caso en la ilegalidad, y que para poder realizar un juicio de igualdad es necesario aportar un adecuado término de comparación. Esto es, hay que poder demostrar que en situaciones iguales se han dado soluciones diferentes –cosa que no se hace en el recurso–. Por lo que, señala el Tribunal, no se vulnera el derecho fundamental a la igualdad porque se elija la solución más justa entre dos posibilidades, tal y como sucede en el caso, con el fin de respetar la legislación en torno a la formación de especialidades médicas.

Con base en estos y otros argumentos, el Tribunal desestima el recurso.

En el mismo sentido, la **STS de 15 de enero de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (RJ 2008/852), que resuelve un supuesto referido a la homologación de un título de cirujano dentista obtenido en México.

b) La igualdad en el acceso a las funciones públicas no sólo se proyecta en relación con los cargos de representación política sino también con los funcionariales

En la **STC 30/2008, de 25 de febrero**, el Tribunal Constitucional, resuelve los recursos de amparo planteados en el ámbito de un concurso unitario para la provisión de puestos

de trabajo reservado a los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional convocado por la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas. El primero de ellos se interpuso frente a la Resolución de 28 de octubre de 1997, por la que se daba publicidad a los méritos generales de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional y contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 21 de junio de 2002 que inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la citada Resolución; el segundo se plantea frente a la Resolución de 2 de febrero de 1998 por la que se resuelve el concurso y contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26 de marzo de 2004 que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución señalada. En estos recursos de amparo se alega la vulneración, entre otros, del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, así como la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley.

La supuesta lesión del artículo 23.2 CE, que se imputa a la actuación de la Administración, se concreta en que a la concursante adjudicataria de la plaza se le puntuaron, a juicio del recurrente, dos veces los mismos servicios prestados, al otorgársele una puntuación por permanencia en el puesto de trabajo que ya había sido tenida en cuenta a efectos de que tuviera un ascenso de categoría. Al tomarse en cuenta esa puntuación a efectos de resolver el concurso de traslado en la categoría superior, el recurrente considera que se valoró dos veces la misma circunstancia, perjudicándose con ello al demandante.

El Tribunal Constitucional aclara en primer lugar que el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE no sólo se proyecta sobre los cargos de representación política sino también sobre los funcionariales, lo que ha llevado a rodear a los procesos de acceso a la función pública de una importante serie de garantías invocables en el recurso de amparo constitucional. Este derecho garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio para acceder a éstas; se trata de un derecho de carácter reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y ante el Tribunal Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad en este ámbito.

En definitiva, según el Tribunal Constitucional, lo que se debe enjuiciar cuando se trate de una controversia surgida en la ejecución de un procedimiento selectivo cuyas bases sean adecuadas a las exigencias constitucionales, es si se han introducido por las Administraciones públicas, “explícitamente o no, referencias individuales”, o si existe alguna “quiebra relevante en el procedimiento que llevara a la preterición de un aspirante al cargo o a la función” o, en fin, si “no se hayan considerado por el Tribunal que resolvió en la vía previa al amparo, o se hayan decidido en términos irrazonables, las tachas opuestas por quien se diga discriminado en la provisión final del puesto otorgado en desprecio de los principios de mérito y capacidad” (STC 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6º).

IV. Fuentes del Derecho

En este caso, la valoración a la concursante adjudicataria de la plaza de la “permanencia en el puesto de trabajo”, se ha realizado como consecuencia de la aplicación de la normativa y sin que se haya acreditado cualquier trato discriminatorio en contra del recurrente; tampoco ha quedado acreditado que dicha concursante haya sido tratada o valorada de forma diferente a la de aquellos que se encontraban en su misma situación laboral. En consecuencia el Tribunal desestima el motivo alegado.

c) La igualdad en la aplicación de la ley no se vulnera si no se cumple el requisito de la alteridad

En la **STC 30/2008, de 25 de febrero**, a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, el Tribunal Constitucional rechaza asimismo que se haya producido una infracción del principio de igualdad. Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley se requieren, en primer lugar, la acreditación de un término de comparación, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes decisiones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria; en segundo lugar, la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, la “referencia a otro”, lo que excluye la comparación consigo mismo; en tercer lugar, la identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley y, finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició.

El Tribunal entiende que en este caso no se da la alteridad que requiere la jurisprudencia, ya que el recurrente pretende compararse consigo mismo. En el recurso de amparo núm. 6452/2002, se alega la supuesta desigualdad entre las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la primera de 17 de septiembre de 1999 que desestima el recurso planteado a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales contra la resolución de adjudicación del concurso, y la Sentencia recurrida en amparo de 21 de junio de 2002, que inadmitió el recurso interpuesto frente a la resolución por la que se daba publicidad a los méritos. Sin embargo, no se puede constatar cambio injustificado de criterio como se alega; la Sentencia dictada el 17 de septiembre de 1999 puso de manifiesto que, al no recurrir la inadmisión del recurso que había interpuesto en vía administrativa frente a la resolución por la que se daba publicidad a los méritos, no se podía entrar en el fondo de la pretensión, puesto que se habían consentido las bases de la convocatoria; mientras que la Sentencia dictada el 21 de junio de 2002 declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se daba publicidad a los méritos por extemporaneidad.

En definitiva, dado que la supuesta contradicción del mismo órgano judicial se refiere a la apreciación de la recurribilidad o no de un acto administrativo, no cabe fundamentar en

ella la impugnación, cuando el demandante obtiene una respuesta judicial sobre el fondo de su pretensión acerca de dicho acto administrativo.

La supuesta desigualdad sufrida en aplicación de la ley que aduce el demandante en el segundo recurso de amparo núm. 3049/2004, tampoco está fundamentada; en primer lugar tampoco concurre el requisito de la alteridad, puesto que se pretende comparar consigo mismo, pero, además tampoco se constata cambio de criterio del Tribunal sentenciador. En consecuencia, el Tribunal Constitucional desestima el amparo solicitado.

La **STC 31/2008, de 25 de febrero**, también resuelve un recurso de amparo por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley. El recurrente en amparo impugna la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 16 de enero de 2004, porque considera que se ha apartado sin ninguna motivación que lo justifique del criterio que el propio órgano judicial, poco antes y en un asunto idéntico, había mantenido en su Sentencia de 17 de septiembre de 2003 y, en consecuencia, que, por lo tanto, dicho Tribunal ha vulnerado por este motivo el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley que garantiza el artículo 14 CE.

En la Sentencia que aporta el recurrente como sentencia de contraste, de 17 de septiembre de 2003, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en las Palmas de Gran Canaria, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el órgano judicial estimó el recurso interpuesto y, declaró la nulidad de las liquidaciones giradas por la Junta de Puertos del Estado por el concepto de canon por concesiones administrativas por ocupación del dominio público, al considerar que las resoluciones entonces impugnadas carecían de la imprescindible cobertura en una norma con rango legal. El Tribunal Superior respaldó la aplicación por parte de la Administración para practicar las controvertidas liquidaciones, del Real Decreto 2546/1985, norma de rango meramente reglamentario, y del artículo 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que autorizaba al Gobierno para fijar el canon correspondiente, que había sido declarado inconstitucional y, por tanto, nulo por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 63/2003, de 27 de marzo, por vulnerar la reserva de ley en materia tributaria que exigen los artículos 31.3 y 133 CE.

En cambio, en la Sentencia ahora impugnada, el órgano judicial, en un asunto sustancialmente idéntico, declaró que la liquidación impugnada en el proceso contencioso, y girada también por la Junta de Puertos del Estado en Las Palmas por el mismo concepto de canon por concesiones, “se basa en la previsión del artículo 9 de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modifica parcialmente la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos (...) que permite (al Gobierno) la actualización anual del canon de la concesión”. Por este motivo la Sentencia concluye que “la Administración actuó conforme a la legalidad vigente”. Sorprendentemente, en esta ocasión no hay ninguna mención a lo decidido previamente por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 63/2003, de 27 de marzo, no obstante conocer el órgano judicial su existencia, y pese a que ahora

IV. Fuentes del Derecho

también, según consta anotado en la propia Sentencia, el recurrente había opuesto como motivo de impugnación que el citado artículo 8 del Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre, vulneraba la reserva de ley del artículo 31.3 CE y carecía de la imprescindible cobertura legal.

El Tribunal Constitucional constata la identidad del órgano judicial, la igualdad sustancial entre los supuestos enjuiciados y resueltos en cada caso, y la divergencia de criterio a la hora de dictar sentencia, factores que determinan la vulneración del citado principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

Sin embargo, el Tribunal se ve obligado a precisar en este caso una cuestión previa de carácter procesal, apuntada por el Abogado del Estado, que se refiere al hecho de que la recurrente no había aportado al proceso constitucional copia de la citada Sentencia de contraste, lo que impide comprobar la lesión del artículo 14 CE y, por tanto, que dicha circunstancia es motivo suficiente para desestimar la tacha de desigualdad. La jurisprudencia constitucional, de forma reiterada exige dicha aportación, pero en este caso, dado que el propio Tribunal Superior había planteado la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 63/2003, de 27 de marzo, fundamento de la Sentencia de contraste, el Tribunal Constitucional entiende que está suficientemente acreditado su conocimiento por parte de dicho Tribunal, lo que le conduce a estimar el amparo solicitado.

C) Principio de interdicción de la arbitrariedad: la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad exige que el que la alegue lo razone en detalle, y que la arbitrariedad sea el resultado, bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, pero en ningún caso de una discrepancia política respecto de su contenido

En la STC 49/2008, de 11 de marzo, sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los recurrentes alegan que la modificación legislativa en cuestión vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución. Los recurrentes fundamentan esta infracción en la trascendencia de los cambios organizativos operados en el seno del Tribunal Constitucional y, sobre todo, en la ausencia de su más mínima justificación en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, lo cual les lleva a afirmar que se trata de una actuación puramente arbitraria, carente de cualquier justificación jurídica, y derivada de criterios de oportunidad política que no tienen encaje constitucional y no se han podido ni querido explicar.

El Tribunal rechaza esta pretensión de los recurrentes, en primer lugar, porque el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes.

Por otro lado, los motivos aducidos por los recurrentes para fundamentar su pretensión tampoco satisfacen los requisitos que el Tribunal exige para declarar la arbitrariedad de una ley: que quien invoca la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad lo razone

en detalle, y que la arbitrariedad sea el resultado, bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, pero en ningún caso de una discrepancia política respecto de su contenido. Ninguno de estos requisitos se ha cumplido en el presente caso.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DíEZ SASTRE

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. A) Naturaleza de acto administrativo. a) Naturaleza jurídica de acto administrativo del Acuerdo de declaración de urgente ocupación de bienes afectados por la expropiación. **3. Formas de actuación de la administración.** A) Vía de hecho o actividad material de la Administración. a) Inexistencia de vía de hecho. **4. Clases de actos administrativos.** A) Actos de trámite. a) Acto de trámite inimpugnable: la aprobación provisional de un Plan Parcial y de un Programa de Actuación integrada y de su adjudicación. b) Acto de trámite impugnabile: la incoación de un procedimiento de expulsión a un extranjero que incluye la propuesta de su internamiento. c) Acto de trámite inimpugnable: declaración de impacto ambiental. d) Acto de trámite inimpugnable: la comunicación emitida por Alcalde que declara la no conformidad de la obra de un edificio a lo indicado por los técnicos municipales. e) Acto de trámite inimpugnable: silencio de la Administración sobre las alegaciones en un expediente de otorgamiento de licencia de actividad que todavía no se ha concluido. B) Actos firmes e impugnables. a) Acto firme e impugnabile: la desestimación presunta de la solicitud de caducidad de un procedimiento administrativo sancionador. b) Actos que no son firmes: son inimpugnables porque no agotan la vía adminis-

trativa. C) Actos discrecionales. a) El control de la discrecionalidad técnica. b) Criterios jurisprudenciales sobre la discrecionalidad técnica. **5. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Motivación suficiente aunque se empleen modelos normalizados en la contestación de la Administración. b) La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante. c) Motivación del Acuerdo de declaración de ocupación urgente a efectos expropiatorios. d) Suficiente motivación. B) Audiencia. a) La omisión del trámite de audiencia no provoca la invalidez del acto. b) La omisión del trámite de audiencia provoca la nulidad del acto cuando produce indefensión. **6. Procedimiento administrativo.** A) Efectos de la no presentación de documentación complementaria solicitada por la Administración en un procedimiento en el que se solicita la homologación de un título universitario. B) Silencio. a) El cómputo del plazo del silencio no se inicia hasta que el expediente se encuentre completo en poder de la Administración. **7. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Notificación. a) Acto administrativo con pluralidad indeterminada o determinada de personas: consecuencias en cuanto a su comunicación. b) La notificación defectuosa no determina la invalidez del acto impugnado sino su ineficacia. **8. Invalidez del acto administrativo.** A) No se aprecia infracción del principio de igualdad por separarse del precedente administrativo. **9. Eliminación del acto administrativo.** A) Recursos. a) Prohibición de la *reformatio in peius*. B) Revisión de oficio. a) La revisión de oficio de las normas administrativas sólo puede incoarse de oficio.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de enero a abril (la última sentencia reseñada es de 4 de abril) de 2008, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo; y de los meses de noviembre de 2007 a enero (incluido) de 2008 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período hay un gran número de sentencias que tienen por objeto enjuiciar la impugnabilidad o no del acto de trámite objeto del recurso.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Naturaleza de acto administrativo

a) Naturaleza jurídica de acto administrativo del Acuerdo de declaración de urgente ocupación de bienes afectados por la expropiación

La STS de 1 de febrero de 2008, Ar. 1348, en su FD 10º, aborda la cuestión de la naturaleza de estos acuerdos (si se trata de una disposición de carácter general o de un acto administrativo), sobre todo a efectos de si dicho acuerdo requiere ser publicado o simplemente notificado. A este respecto el pronunciamiento del Tribunal es el siguiente:

“Que no estamos ante una disposición de carácter general parece evidente dado que la característica indispensable para que estemos ante una disposición de tal naturaleza es que ésta forma parte del ordenamiento en tanto que no acontece así con el acto administrativo que se agota con su cumplimiento lo que, por otra parte, no sucede en la disposición general. La disposición general es un acto ordinamental que crea derecho en tanto que el acto se limita a aplicarlo. En el caso de las declaraciones de urgente ocupación no estamos ante el desarrollo de una potestad reglamentaria sino ante la declaración y aprobación de una resolución dirigida a una pluralidad de personas pero que ni crea derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo.”

3. FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Vía de hecho o actividad material de la Administración

a) Inexistencia de vía de hecho

Se aprecia en la STS de 2 de abril de 2008, Ar. 121220, la cual considera que el recurso del que conoce no se interpuso contra ninguna actividad material producida por la Administración, sino intentando impedir tan sólo la continuación de un procedimiento expropiatorio. Por este motivo declara improcedente el recurso por la vía del artículo 30 LJCA utilizado en este caso. Concretamente la sentencia sostiene que no consta la realización de actuación material alguna por la Administración y que los actores habían reputado incorrectamente como actuación fáctica la presunta desestimación del recurso interpuesto contra la expropiación y la resolución por la que se acordó la denegación de la suspensión solicitada en vía administrativa. Por ello, siguiendo la doctrina de la STS de 17 de febrero de 2007, el Tribunal recuerda que

“el artículo 30 de la Ley Jurisdiccional prevé un procedimiento al objeto de que se puedan combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase, convirtiéndose, por tanto, el procedimiento de la vía de hecho en un medio de obtener la cesación de una actuación administrativa material, ajena a un auténtico acto administrativo

y sin la fuerza legitimadora de dicho acto, a cuyo efecto dispone el artículo 30 de la Ley Jurisdiccional que, en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante intimando su cesación”.

4. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Actos de trámite

a) Acto de trámite inimpugnable: la aprobación provisional de un Plan Parcial y de un Programa de Actuación integrada y de su adjudicación

Así lo declara la STS de 22 de enero de 2008, Ar. 910, en la que, respecto de la inimpugnabilidad de los actos de trámite prevista en el artículo 25 de la LJCA, se argumenta lo siguiente (FD 4º):

“Dentro del ámbito de la ‘actuación administrativa’ –a que hace referencia el artículo 1 de la vigente Ley Jurisdiccional– se incluyen, por el citado precepto, los denominados actos de trámite, siempre que reúnan determinadas condiciones, que son las que, como novedad en el ámbito jurisdiccional, ahora se establecen en el inciso final del citado artículo 25.1 LJCA, al señalarse que son susceptibles del recurso contencioso-administrativo cuando ‘decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos’.”

La impugnabilidad de los denominados actos de trámite (cuyo ejemplo típico son los actos de incoación de un procedimiento sancionador) había sido, de forma reiterada, aceptada por la jurisprudencia cuando (1) impedían continuar el procedimiento o (2) producían indefensión, con base en la configuración constitucional de la interdicción de la indefensión contemplada en el artículo 24.1 del propio texto constitucional. En la misma línea, el artículo 107.1 LRJPA ya se había ocupado de este tipo de actos al objeto de concretar su impugnabilidad a través de los recursos administrativos, pero limitando ésta a los “actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”. Por ello el legislador ha ampliado para el ámbito jurisdiccional las condiciones de impugnación de los actos de trámite, añadiendo a las dos citadas situaciones previstas para la vía administrativa, los supuestos en los que los actos de trámite (3) decidan directa o indirectamente el fondo del asunto” –ya implícita en la jurisprudencia de referencia–, así como aquellos en los que los actos de trámite producen (4) perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, que constituye la auténtica novedad del artículo 25 LJCA.

En el supuesto de autos no estamos en uno de los casos que en el artículo 25 de la LJCA se contemplan como susceptible de impugnabilidad, por cuanto se trata de la aprobación provisional del PAI, de su adjudicación, y de la aprobación del Plan Parcial, “que tan sólo

se convertiría en definitiva tras la necesaria, previa e imprescindible aprobación autonómica de la modificación puntual del PGOU”. La aprobación definitiva del Plan Parcial sería en este caso, a juicio de la Sala, el acto susceptible de impugnación jurisdiccional.

A esta doctrina jurisprudencial también se refiere la STSJ de Madrid de 8 de enero de 2008, Ar. 134.

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

En la STS de 22 de noviembre de 2007, Ar. 8749, se considera que la naturaleza del acto por el que se inicia el procedimiento, que se califica como sancionador, de expulsión de un extranjero del territorio nacional, es un acto de trámite, pero esta calificación no impide que pueda impugnarse ante los tribunales, al constituir condición en sí misma necesaria para que el juez de instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. En esta sentencia se argumenta que se trata de una situación análoga a la que tiene lugar en materia de urbanismo con la aprobación inicial de los planes, que sin dejar de ser un acto de trámite, en principio, impugnabile, puede ser impugnado en la medida que está asociado a la suspensión de las licencias, por los afectados por dicha suspensión.

Por el contrario, si el acto administrativo consiste simplemente en el acuerdo de incoación de un expediente de expulsión de un extranjero del territorio nacional y no contiene ninguna determinación que pudiera afectar inmediatamente al interesado –como pudiera ser, por ejemplo, la propuesta de ingreso en un centro de internamiento–, entonces se entiende que se trata de un acto de trámite inimpugnabile. Así lo declara la STS de 8 de febrero de 2008, Ar. 64330.

c) Acto de trámite inimpugnabile: declaración de impacto ambiental

Según consolidada doctrina jurisprudencial, sobre la naturaleza jurídica de la Declaración de Impacto Ambiental, se trata de un acto de trámite no impugnabile, como ya se puso de manifiesto en la anterior crónica, citando la STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2007, Ar. RJCA 2007/633, y ahora recuerda la STS de 20 de noviembre de 2007, Ar. 199/2008, con cita expresa de la STC 13/1998, de 23 de enero. Concretamente en el FD 5º de la citada STS se afirma lo siguiente:

“Resultan así, de aquel conjunto normativo, dos conclusiones que en buena lógica parecen imponerse, importantes sin duda para decidir sobre la cuestión que se examina, una de ellas es que la DIA no se configura propiamente como un acto autorizatorio, más que en concurrencia con otro u otros haya de obtenerse para que el proyecto pueda ser llevado a cabo, éste, en lo que ahora importa, queda sujeto a un único acto autorizatorio que integrará en su contenido las determinaciones de la DIA o del Consejo de Ministros un órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, según que no exista o exista aquella discrepancia (...); y otra, que el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse. En la misma línea, no parece que deba olvidarse como elemento interpretativo, pese a su menor valor, el

término de ‘trámite’ que en varias ocasiones se emplea en aquel Real Decreto Legislativo para referirse a la EIA.”

d) Acto de trámite inimpugnable: la comunicación emitida por Alcalde que declara la no conformidad de la obra de un edificio a lo indicado por los técnicos municipales

Así lo sostiene la STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2007, Ar. 117337, en la que se considera que la actuación impugnada se concreta en la plasmación de un criterio interpretativo que carece de contenido decisorio y que podría, en su caso, dar lugar lógicamente a una actuación impugnada una vez dicho criterio se concretase en un acto administrativo definitivo decisorio.

e) Acto de trámite inimpugnable: silencio de la Administración sobre las alegaciones en un expediente de otorgamiento de licencia de actividad que todavía no se ha concluido

Así lo declara la STSJ de Cantabria de 8 de enero de 2008, Ar. 134, en la que se considera que la no contestación de la Administración en este supuesto constituye un acto de trámite no recurrible, ya que no concurre ninguno de los requisitos enunciados en el ordenamiento jurídico para permitir excepcionalmente su impugnación.

B) Actos firmes e impugnables

a) Acto firme e impugnable: la desestimación presunta de la solicitud de caducidad de un procedimiento administrativo sancionador

La STS de 7 de febrero de 2008, Ar. 64336, declara que la impugnación de la falta de respuesta a la solicitud de que se declarara la caducidad de un expediente administrativo de expulsión de un extranjero es admisible, a diferencia de lo que entendía la Sala de instancia, según la cual la eventual caducidad del expediente sólo podría alegarse como motivo impugnatorio una vez —si es que llega a dictarse— que se acordara la expulsión. A juicio del Tribunal Supremo la caducidad puede alegarse por el puro transcurso del plazo.

b) Actos que no son firmes: son inimpugnables porque no agotan la vía administrativa

Así lo entiende la STSJ de Cantabria de 26 de noviembre de 2007, Ar. 84409, en la que se estima la causa de inadmisibilidad de la impugnación del acto administrativo, esgrimida por la parte demandante, pues el recurrente interpuso un recurso de alzada ante un órgano incompetente para su resolución. En este caso se impugnó el cese como profesor tutor de un centro asociado a la UNED ante la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma.

C) Actos discrecionales

a) El control de la discrecionalidad técnica

En la STS de 6 de marzo de 2008, Ar. 105570, en la que desestima el recurso frente a la denegación de la solicitud de homologación de un título universitario cursado en un centro no español, el Tribunal Supremo, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional –concretamente en SSTC 219/2004 y 39/1983–, declara que

“la existencia de discrecionalidad técnica no supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que el control judicial de la misma sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”.

b) Criterios jurisprudenciales sobre la discrecionalidad técnica

El Tribunal Supremo, en su STS de 29 de enero de 2008, Ar. 450, expone uno de estos criterios cuando se refiere al caso en el que la discrecionalidad administrativa se ejerce al amparo de normas reguladoras de la actuación de los órganos calificadores, que sólo exigen a éstos formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación que exprese su juicio técnico. Considera el Tribunal que tal calificación es bastante para que pueda ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica, de modo que el órgano calificador cumplirá con limitarse a exteriorizar dicha evaluación y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, que no haya acompañado a ésta una explicación o motivación complementaria.

5. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación suficiente aunque se empleen modelos normalizados en la contestación de la Administración

Así lo reitera la STS de 31 de enero de 2008, Ar. 942, siguiendo jurisprudencia constante, últimamente recogida en sentencias ya citadas en anteriores ediciones de esta crónica –SSTS de 27 y 28 de septiembre de 2007 (recursos de casación 1142/2004 y 1630/2004, respectivamente)–. En todas ellas se impugna la inadmisión de solicitudes de asilo de extranjeros.

b) La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante

A esto se refiere la STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2007, Ar. 883, cuando opta por lo segundo, al enjuiciar una orden de legalización y posterior orden de demolición.

c) Motivación del acuerdo de declaración de ocupación urgente a efectos expropiatorios

La STS de 1 de febrero de 2008, Ar. 1348, sostiene, siguiendo reiterada jurisprudencia, que para que un acuerdo de declaración de urgente ocupación sea conforme a derecho es necesario, en primer lugar, que concurren circunstancias excepcionales que exijan acudir a tal procedimiento y, en segundo lugar, que el acuerdo, en el que se declare dicha urgencia, esté debidamente motivado con la exposición de las indicadas circunstancias que lo justifican. Se considera que la declaración de urgencia es un concepto jurídico indeterminado que tiene unas connotaciones de excepcionalidad y por ello debe responder a urgencias reales y constatadas a lo largo del expediente en relación con una obra o finalidad concreta y determinada, suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio. En el enjuiciamiento del caso concreto, el Tribunal llega a la conclusión de que el acuerdo impugnado no recoge ninguna circunstancia excepcional que permita fundamentar la declaración de urgente ocupación.

d) Suficiente motivación

La STS de 9 de enero de 2008, Ar. 405, considera que es suficiente la motivación en que la Administración ha basado una decisión de denegación de asilo cuando resulta ser “sucinta pero suficiente para que su destinatario tuviera conocimiento de las concretas razones determinantes del rechazo de su solicitud y pudiera articular su impugnación contra la misma, por lo que no existe desde esta perspectiva ninguna irregularidad con trascendencia invalidante”.

B) Audiencia**a) La omisión del trámite de audiencia no provoca la invalidez del acto**

Conforme a la STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2007, Ar. 610, la omisión del trámite de audiencia no provoca la invalidez del procedimiento administrativo seguido para decidir el cese de un cargo de coordinador pedagógico en una Escuela de Música municipal.

Esta sentencia sigue constante jurisprudencia en la que se señala que la ausencia del trámite de audiencia, de acuerdo con el artículo 63.2 LRJPAC, da lugar a la anulabilidad

V. Actos, Procedimiento y Contratos

del acto administrativo cuando se produce la indefensión del interesado cuando ésta se produce de manera real y efectiva, no simplemente porque falte dicho trámite.

En esta misma línea la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2007, Ar. 79/2008, siguiendo también consolidada jurisprudencia, declara que pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Aunque la propia sentencia matiza esta declaración, y en su FD 3º declara:

“Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de un recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquel acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad en los términos del artículo 63.2 de la LRJPAC.”

b) La omisión del trámite de audiencia provoca la nulidad del acto cuando produce indefensión

Es el caso del que conoce la STSJ de Valencia de 9 de noviembre de 2007, Ar. 85154, cuando declara nulos los acuerdos municipales de retasación de cargas de urbanización de un ámbito urbanístico y aprobación del proyecto de urbanización correspondiente.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Efectos de la no presentación de documentación complementaria solicitada por la Administración en un procedimiento en el que se solicita la homologación de un título universitario

La STS de 6 de marzo de 2008, Ar. 105570, se pronuncia sobre los efectos de la no presentación de la documentación complementaria solicitada por la Administración, en este caso del Consejo de Universidades, para poder valorar la conformidad a derecho, y en concreto, el cumplimiento de los requisitos legales, de la solicitud de la homologación de un título universitario no cursado en España. En el supuesto se enjuicia la falta de atención de los recurrentes al requerimiento de documentación complementaria al expediente administrativo, que no podía, a juicio del tribunal, justificarse en el apartado f) del artículo 35 de la Ley 30/1992, que reconoce el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. Esto, vinculado a que el órgano en cuestión era el encargado de realizar una función valorativa y evaluadora, en la que se ejerce discrecionalidad técnica, lleva a que el Tribunal desestime el recurso interpuesto ante la denegación de la homologación del título universitario.

B) Silencio**a) El cómputo del plazo del silencio no se inicia hasta que el expediente se encuentre completo en poder de la Administración**

Así se deriva de la STS de 20 de noviembre de 2007, Ar. 199/2008, en un procedimiento relativo a la aprobación de un plan especial, “aunque es cierto que el artículo 43.2.b) de la citada LRJPAC señala que en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados (el plazo para resolver) se contará desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, e igualmente, es cierto que del juego interpretativo de los artículos 131.6, 132.2 y 113.2 puede deducirse que tal inicio del cómputo no puede iniciarse hasta que el expediente se encuentre completo en poder de la Administración competente para la aprobación de la misma tesis esta seguida por la Sala de instancia, que debemos confirmar”.

7. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA**A) Notificación****a) Acto administrativo con pluralidad indeterminada o determinada de personas: consecuencias en cuanto a su comunicación**

En la citada STS de 1 de febrero de 2008, Ar. 1348, el Tribunal enjuicia si la resolución por la que se efectúa la declaración de urgente ocupación a efectos expropiatorios es un acto administrativo que tiene por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas o si por el contrario sus destinatarios están perfectamente determinados, a efectos de exigir, respectivamente, su publicación o su notificación. Llega a la conclusión de lo segundo, por lo que la sentencia declara que dicho acuerdo tuvo que notificarse a los interesados.

b) La notificación defectuosa no determina la invalidez del acto impugnado sino su ineficacia

Así lo considera la citada STS de 1 de febrero de 2008, Ar. 1348, al comprobar que no se ha producido ninguna indefensión, que hubiera comportado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues en el caso la ausencia de notificación no impidió a la actora recurrir el acto.

8. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO**A) No se aprecia infracción del principio de igualdad por separarse del precedente administrativo**

En la STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2007, Ar. 883, se hace referencia a esta cuestión, indicando que no procede examinar si la Administración municipal, demandada en

este proceso, ha vulnerado el derecho a la igualdad previsto en la Constitución española al entender que ha dado una respuesta jurídica en el caso presente distinta a la que ha ofrecido en otras ocasiones en supuestos similares. El Tribunal desestima este alegato formulado por el recurrente, porque no dispone de los datos de hecho necesarios para valorar los supuestos anteriores, los términos válidos de comparación. Además el Tribunal entiende que el examen del derecho de igualdad debe hacerse dentro de la legalidad.

9. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Recursos

a) Prohibición de la *reformatio in peius*

Sobre esta cuestión se pronuncia la STS de 29 de enero de 2008, Ar. 447, siguiendo, jurisprudencia del Tribunal Constitucional –SSTC 91/1998, 232/2001–. Así se considera que la *reformatio in peius* tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución jurídica impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido, que era precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido por la resolución impugnada. En este sentido, dice el Tribunal, que la *reformatio in peius* es una modalidad de incongruencia procesal, cuya prohibición se inserta asimismo en el derecho fundamental a la tutela judicial, a través de la interdicción de la indefensión consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución. Se reputa, por tanto, como una garantía del régimen de los recursos ya sea en vía judicial como administrativa. En el caso enjuiciado la parte recurrente sufrió un empeoramiento objetivo en su situación fáctica por la incongruencia procesal sufrida en su propio recurso de reposición. Por ello, sostiene el Tribunal que si la Administración competente en este caso consideraba, en vía de recurso, que debía calificar de otro modo los requisitos que en la práctica el recurrente debía cumplir (se trataba de una persona que solicitaba la concesión del título de médico especialista), esta nueva consideración debía haberla formulado por la vía de la revisión de oficio y no en vía de recurso.

B) Revisión de oficio

a) La revisión de oficio de las normas administrativas sólo puede incoarse de oficio

Esto sostiene la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2007, Ar. 79, en un supuesto en que se procede a declarar nulo de pleno derecho, mediante la vía de la revisión de oficio del artículo 102.2 LRJ-PAC, un Estudio de Detalle que, como mantiene la propia Administración local, tiene naturaleza normativa.

En cuanto a la alegada caducidad de dicho expediente de revisión de oficio, el Tribunal entiende que no se produce porque aunque se retrasara el plazo para resolver y poner fin

al procedimiento administrativo, el retraso es debido a su suspensión para que emitiera su dictamen el órgano consultivo, y este tiempo de suspensión, a juicio del Tribunal, no es computable.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

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

A) Concepto de “Organismo de Derecho Público” en el ámbito de la contratación pública.

B) Supuesto en el que la adjudicación de contratos públicos no precisan licitación de forma obligatoria: la relación in house. 3. Formas de adjudicación. A) La normativa comunitaria

impone que la legislación de los Estados miembros prevea un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los

licitadores, además de prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. B) La experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato son criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato, por lo que no tienen la cualidad de “criterios de adjudicación”.

C) El rechazo de proposiciones que no se sujeten al pliego puede llevarse a cabo a lo largo de todo el procedimiento de contratación. 4. Extinción de los contratos. A) No es ajustada a derecho la resolución de un contrato invocando una circunstancia que existe desde el comienzo del contrato y aceptada por la Administración.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero a mayo 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) Concepto de “Organismo de Derecho Público” en el ámbito de la contratación pública

La STJCE de 10 de abril de 2008, Sala Cuarta, As. C-393/06, apartados 36 y 37, reiterando su doctrina, define el concepto de “Organismo de Derecho Público”, en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18, en los siguientes términos:

“(…) De estas disposiciones se deriva que se entiende por ‘organismo de Derecho público’ cualquier organismo que, en primer lugar, haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; en segundo lugar, esté dotado de personalidad jurídica propia y, en tercer lugar, cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estos tres requisitos tienen carácter acumulativo (Sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. pg. I-939, apartado 40, y la jurisprudencia citada).

Además, habida cuenta del objetivo de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos de excluir, en particular, la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico, el concepto de ‘organismo de Derecho público’ debe recibir una interpretación funcional (véase, en este sentido, la Sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. pg. I-0000, apartados 36 y 37, y la jurisprudencia citada) (...)”.

B) Supuesto en el que la adjudicación de contratos públicos no precisan licitación de forma obligatoria: la relación *in house*

La STJCE de 8 de abril de 2008, Gran Sala, As. C-337/05, apartado 36, recoge la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, y afirma:

“(…) Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la licitación, conforme a las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos (Directiva 93/36/CEE), no es obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando concurren dos condiciones. Por un lado, la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, deberá ejercer sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otro lado, dicha entidad deberá realizar la parte esencial de su actividad con la colectividad o las colectividades públicas que la controlan (véanse las Sentencias Teckal, antes citada, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. pg. I-1, apartado 49; de 13 de enero de

V. Actos, Procedimiento y Contratos

2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. pg. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. pg. I-9705, apartado 34; de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. pg. I-4137, apartado 33, así como de 19 de abril de 2007, Asemfo, C-295/05, Rec. pg. I-2999, apartado 55) (...)”.

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial comunitaria, la **STS de 30 de enero de 2008** (recurso de casación 548/2002), FFDD 3º y 4º, analiza si los contratos públicos que celebre la Administración con la sociedad TRAGSA deben estar sometidos o no a licitación obligatoria. La sentencia afirma —después de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en resolución de la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo— que la sociedad TRAGSA se configura como un medio propio de la Administración, sin autonomía para rechazar la ejecución de las obras que se encomiendan o para decidir sus precios. Dado que su régimen jurídico está determinado por norma con rango de Ley (artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre) y queda comprendido en el supuesto previsto por el artículo 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo); y, en definitiva, que dicho régimen jurídico excluye a TRAGSA del sometimiento a la regulación ordinaria sobre contratación pública establecida por la citada Ley 13/1995.

Y, además, al respecto aclara el Tribunal Supremo que

“(…) desde el punto de vista del derecho interno, el hecho de que el régimen jurídico de TRAGSA esté configurado por la referida Ley 66/1997 y expresamente contemplado por la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 153) —*ratione temporis* no es aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (vid. su Disposición Final Duodécima sobre entrada en vigor) cuya Disposición Adicional Trigésima establece el Régimen jurídico de la ‘Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima’ (TRAGSA), y de sus filiales— hace que debamos partir de la conformidad a derecho de la inaplicación a TRAGSA y sus filiales de la regulación ordinaria sobre contratación pública, salvo que entiendiésemos que dicho régimen es contrario a la Constitución o al derecho comunitario (...)”.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) La normativa comunitaria impone que la legislación de los Estados miembros prevea un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, además de prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración

La STJCE de 3 de abril de 2008, Sala Segunda, As. C-444/06, apartados 37 a 59, tiene su origen en un recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas en el que solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las

disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, (en lo sucesivo, “Directiva sobre recursos”), al no prever la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración y al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos.

Dicha Sentencia parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que señala que las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la “Directiva sobre recursos” deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador celebrará el contrato.

Mantiene el Tribunal de Justicia lo siguiente:

“la protección jurídica completa que debe así garantizarse antes de la celebración del contrato, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, implica en particular la obligación de informar a los licitadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir.

Esta misma protección exige que se conceda al licitador excluido la posibilidad de examinar en el momento oportuno la cuestión de la validez de la decisión de adjudicación. Habida cuenta de las exigencias del efecto útil de la Directiva sobre recursos, de ello se infiere que debe mediar un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, para que éstos puedan, en particular, interponer una demanda de medidas provisionales hasta el momento de dicha celebración”.

Además, señala el Tribunal que la formalización del contrato puede ser concomitante a su adjudicación, o seguirla en muy breve plazo:

“(…) En efecto, dicha formalización, como reconoce, por lo demás, el Reino de España, no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

De ello se desprende que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la Sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74)”.

Es más, afirma el Tribunal que “la posibilidad de disponer de la facultad de interponer un recurso de anulación del propio contrato no puede compensar la imposibilidad de actuar contra el acto de adjudicación de éste por sí solo, antes de que se celebre el contrato”. Por lo que concluye el Tribunal de Justicia que

“la legislación controvertida no permite a todo licitador excluido interponer un recurso con arreglo a las exigencias de la Directiva sobre recursos contra la decisión de adjudicación de un contrato público antes de la propia celebración de éste.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva sobre recursos, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración”.

B) La experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato son criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato, por lo que no tienen la cualidad de “criterios de adjudicación”

La STJCE de 24 de enero de 2008, Sala Primera, As. C-532/06, apartados 27 a 32, en aplicación de la Directiva 92/50, por la que se coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, distingue entre los criterios para la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras: los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados “criterios de selección cualitativa”), especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva, y los criterios para la adjudicación del contrato (los establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva): bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa.

En concreto, la Sentencia del Tribunal de Justicia aclara:

“(…) Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las Sentencias *Beentjes*, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los

contratos públicos de servicios, las Sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

Por consiguiente, se excluyen como ‘criterios de adjudicación’ aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

Sin embargo, los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como ‘criterios de adjudicación’ en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de ‘criterios de adjudicación’, en el sentido del artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50.

En consecuencia, procede declarar que los artículos 23, apartado 1, 32 y 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 se oponen a que, en un procedimiento de licitación, el poder adjudicador tenga en cuenta la experiencia de los licitadores, la distribución de los puestos de responsabilidad y su equipamiento y su capacidad de elaborar el proyecto en el plazo previsto como ‘criterios de adjudicación’ y no como ‘criterios de selección cualitativa’.

C) El rechazo de proposiciones que no se sujeten al pliego puede llevarse a cabo a lo largo de todo el procedimiento de contratación

La STSJ de Extremadura 17/2008, de 16 de enero (recurso contencioso-administrativo 460/2006), FD 2º, afirma que en aplicación de la jurisprudencia asentada y “de la propia dinámica del procedimiento de contratación se deduce que el rechazo de proposiciones que no se sujeten al pliego pueda llevarse a cabo a lo largo de todo el procedimiento de contratación, ya que no se puede, legalmente, adjudicar el contrato a quienes vulneren el pliego”.

4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) No es ajustada a derecho la resolución de un contrato invocando una circunstancia que existe desde el comienzo del contrato y aceptada por la Administración

La STSJ de Extremadura 26/2008, de 18 de enero (recurso contencioso-administrativo 633/2006), FD 3º, analiza la legalidad de la resolución de un contrato administrativo de transporte escolar “por pérdida de alumnado y no superar el mínimo establecido para ser considerada ruta de Transporte Escolar”. Dicha resolución se basa en aplicación de la cláusula 11.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que establece como causa de resolución, entre otras, “la pérdida sobrevenida de más del 50 % de los alumnos,

V. Actos, Procedimiento y Contratos

que integran la ruta de transporte escolar al inicio del curso”, indicándose expresamente que “no concurre ninguna otra causa de resolución según las previsiones contenidas en el artículo 111 y en el artículo 214 de la LCAP”. Y concluye que dicha extinción anticipada del contrato no es ajustada al ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

“(…) Conviene aclarar que la cláusula séptima del contrato firmado entre las partes dispone que ‘la resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos señalados en el Pliego y en los fijados por el RDL 2/2000, de 16 de junio’, por lo que no cabe buscar diferentes causas de las aquí establecidas.

Comenzando por el motivo relativo a que el número de usuarios es inferior al mínimo para que pueda considerarse transporte escolar, es evidente que esta causa no aparece recogida ni en el Pliego ni en el RDL 2/2000. Pero es que además debemos rechazar el motivo por las siguientes consideraciones (...):

En primer lugar, por cuanto el artículo 4.2.a) de la Orden de 6 de julio de 2004 establece: ‘Se considerará ruta de transporte escolar cuando existan al menos cuatro alumnos que residan en el itinerario definido para la ruta y reúna los requisitos regulados en el artículo 5 del Decreto 7/2004, de 10 de febrero. Excepcionalmente podrán planificarse rutas de menos de 4 alumnos/as con informe razonado del Servicio de Inspección Educativa en el que se harán constar las razones por las cuales este alumnado no puede optar al Servicio de Transporte mediante otra modalidad o por las razones por las que no se utiliza el servicio complementario de residencia para garantizar la escolarización’. Y es que el límite cuantitativo que establece este precepto ya resultaba de aplicación en el momento en el que se celebró el contrato el 10 de septiembre de 2004, al encontrarse ya en vigor la referida Orden. Por ello resulta inconcebible que la Administración sí considerara viable la ruta de transporte escolar para el curso 2004/2005 con sólo tres alumnos y no para el siguiente curso al haber descendido a dos dicho número, y ello por la sencilla razón de que desde un inicio el número de alumnos que se contenía en la planificación realizada por la Consejería era inferior a cuatro. No resulta de recibo por consiguiente que la Administración se base en este motivo (que ni siquiera se recoge como causa de resolución ni en el Pliego ni en la Ley), pues en el momento en que ella firmó el contrato ya planificaba la ruta para tan sólo tres alumnos (así consta en el documento de planificación para el curso 2004/2005 que obra en la ampliación del expediente) (...).

Es evidente, por consiguiente, que la Administración decidió contratar la ruta a pesar de que desde un inicio conocía que el transporte se iba a configurar con menos de cuatro alumnos. Es pues una circunstancia que existe desde el comienzo del contrato y aceptada por la Administración, que debió ser valorada por ella en su momento y sin que pueda aceptarse su invocación a los efectos de resolución del contrato, pues ni resulta causa de la misma ni consideramos posible someter al contratista a la posibilidad permanente de que en cualquier momento se pueda resolver el contrato por esta circunstancia que ya existía en el momento de su firma (...).”.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración del Estado. Competencia de los Ministros. La competencia para la revisión de oficio de los actos administrativos es indelegable. 2. Organismos públicos. Autoridades independientes. Delimitación de competencias de la CMT- TDC. La CMT carece de competencia para la adopción de declaraciones que impliquen delimitar una conducta subsumible como infracción relativa a la defensa de la libre competencia (Competencia del TDC) pero sí puede imponer obligaciones de comportamiento a los operadores. 3. Relaciones organizativas. Convenios de colaboración. La suscripción de un convenio de colaboración entre dos Administraciones no supone ipso facto la exclusión de la existencia de una subvención. 4. Administración local. A) Autonomía local. Defensa de la autonomía local en relación con la supresión del Área Metropolitana de l'Horta. B) Padrón Municipal. Las competencias sobre el Padrón Municipal no son exclusivas de las Corporaciones Locales sino concurrentes con las competencias de la Administración del Estado. C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Deber de abstención: es nulo el acuerdo adoptado por el voto determinante de un concejal cuyo padre tenía un interés directamente afectado por éste. D) Organización municipal. El Pleno del Ayuntamiento no puede alterar la composición de los Grupos Municipales prescindiendo de los requisitos impuestos por la normativa interna de organización. 5. Corporaciones de Derecho Público. Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Recurso cameral permanente: el carácter excepcional de la adscripción obligatoria a las Cámaras conlleva una interpretación no restrictiva de las actividades excluidas del pago del recurso cameral. 6. Colegios profesionales y profesiones tituladas. Los ingenieros técnicos industriales también están habilitados para firmar determinados proyectos de instalación de la TDT. 7. Federaciones Deportivas. Las Federaciones Deportivas carecen de legitimación para recurrir los acuerdos de las Administraciones

Públicas que revoquen decisiones suyas adoptadas en ejercicio de potestades delegadas por dichas Administraciones, como es el caso de la sancionadora.

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. COMPETENCIA DE LOS MINISTROS. LA COMPETENCIA PARA LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ES INDELEGABLE

La STS de 11 de enero de 2008, Ar. 373, desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 2003 (comentada en el número 34 de *Justicia Administrativa*), la cual estimaba el recurso deducido contra una Resolución del Ministerio de Justicia que declaraba la nulidad de oficio de su propia resolución, así como de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

La sentencia recurrida estimó el recurso pues entiende que la interpretación sistemática y literal de los artículos 12 y 13 de la LOFAGE conduce a concluir que las competencias de los Ministros que hace el artículo 12, y en concreto la competencia para la revisión de oficio de los actos administrativos es indelegable. En el caso que nos ocupa el Ministro de Justicia ejerce sus competencias en materia de revisión de oficio, delegándolas en el Secretario de Estado, por lo que la Resolución debe considerarse nula por incurrir en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992. Además entiende que esta nulidad afecta también a las Resoluciones de la DGRN.

El Abogado del Estado entiende, basándose en la Disposición Adicional Decimosexta de la LOFAGE, que no hay nada que permita pensar que dicha facultad de oficio es indelegable. El TS entiende que su motivación no puede prosperar puesto que dicha Disposición Adicional es anterior a la modificación introducida en el artículo 12, apartado 2.i), de la LOFAGE (mediante Ley 50/1998, de 30 de diciembre) para contemplar la revisión de oficio como una de las competencias del Ministro que debe ejercer “en todo caso” y, por tanto, como una de sus competencias indelegables. Esa Disposición Adicional Decimosexta debe entenderse, por lo tanto, tácitamente derogada (FJ 4º).

El TS además avala la opinión de la Audiencia Nacional respecto a que esta nulidad afecta también a otras decisiones administrativas, una del Secretario de Estado de Justicia y dos de la DGRN. Si bien el Secretario de Estado es competente para revisar de oficio los actos dictados por los órganos directivos dependientes de su Secretaría, y en el supuesto enjuiciado lo sería para revisar las dos Resoluciones de la DGRN dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia. Sin embargo en este caso, la facultad de revisión de oficio se ejerce directamente por el Ministro, como superior jerárquico del Departamento, respecto de las tres Resoluciones revisadas, “puesto que las mismas se encuentran directamente relacio-

VI. Organización Administrativa

nadas, debiendo considerarse la Resolución recurrida, en todo caso, como dictada por el Ministro, según el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley 30/1992” (FJ 1º).

2. ORGANISMOS PÚBLICOS. AUTORIDADES INDEPENDIENTES. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS DE LA CMT-TDC. LA CMT CARECE DE COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DE DECLARACIONES QUE IMPLIQUEN DELIMITAR UNA CONDUCTA SUBSUMIBLE COMO INFRACCIÓN RELATIVA A LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (COMPETENCIA DEL TDC) PERO SÍ PUEDE IMPONER OBLIGACIONES DE COMPORTAMIENTO A LOS OPERADORES

La SAN de 21 de diciembre de 2007, Ar. 2008\92, desestima el recurso contencioso administrativo deducido por Telefónica contra la Resolución del Consejo de la CMT de 21 de diciembre de 2005 sobre prácticas contrarias a la libre competencia en la comercialización de productos. (Resolución fruto de la denuncia de Uni2 de fecha 1 de julio de 2005, en el que denunciaba que ciertos productos TESAÚ Línea Prepago, Línea Libre y Línea Internet, suponían una vinculación anticompetitiva de los servicios de acceso desde una ubicación fija y los servicios de tráfico telefónico fijo, produciendo efecto de cierre del mercado de los servicios de tráfico telefónico fijo para los operadores alternativos.)

El principal motivo que alega Telefónica contra dicha Resolución es que la CMT no tiene habilitación competencial para dictar esta Resolución en la que se imponía el cese de la comercialización de los productos mencionados, por infringir el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, decisión que debería haber sido adoptada por el Tribunal o el Servicio de Defensa de la Competencia.

La Audiencia entiende que sobre este asunto ya se ha pronunciado en casos anteriores (SAN de 1 de marzo de 2006, Ar. 123136; SAN de 22 de junio de 2007, Ar. 236907 o STS de 1 de febrero de 2006, Ar. 466) recordando lo que estas sentencias establecían al respecto:

“por la novedad que supuso la creación de los organismos reguladores sectoriales, existe una cierta superposición de competencias entre los órganos generales de defensa de la competencia y los organismos públicos con capacidad para actuar tan sólo en determinados mercados (CMT, CNE, CNMV)” (...) “Si en un primer momento sólo el TDC era competente en la materia, según los términos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, las posteriores normas por las que se creó y reguló la CMT atribuyeron a este organismo determinadas funciones que quedaron matizadas, por primera vez en cuanto a la defensa de la libre competencia se refiere, por la cláusula o sistema de coordinación entre ambas instituciones que introduce la Disposición Adicional Séptima de la Ley 11/1998”. Esta disposición, además “incorporó una nueva cláusula de sin perjuicio (el mecanismo de coordinación consistente en que la CMT, al detectar la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, ha de entenderse sin perjuicio de las funciones que a la propia CMT le atribuye el artículo 1.Dos.2f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones”.

Con la entrada en vigor de la nueva Ley General de Telecomunicaciones de 2003 volvía a surgir la duda respecto a la habilitación competencial de la CMT sobre este asunto. La AN entiende que la CMT “tiene atribuidas funciones que inciden directamente en la salvaguardia de la defensa de la competencia y que todas estas funciones persiguen garantizar la libre competencia en el mercado de los servicios audiovisuales, objetivo que no sólo se deriva del conjunto de facultades atribuidas a la CMT, sino de forma expresa en el número 2 del artículo 48 de la Ley 32/2003. (...) El artículo 48.3.e) de la Ley 32/2003 redactado en términos similares al derogado artículo 1.Dos.f) de la Ley 12/1997, permite al organismo sectorial imponer medidas concretas, singulares y específicas, esto es, determinar obligaciones vinculantes para los operadores, de forma individualizada, pero no le corresponde delimitar o perfilar conductas sancionables a título de la LDC, dado que el TDC es el único órgano competente en la Administración del Estado para determinar cuándo se ha producido una infracción de las contempladas en la Ley”. Por lo tanto, la CMT carece de competencia para la adopción de declaraciones que impliquen delimitar una conducta subsumible como infracción relativa a la defensa de la libre competencia pero sí puede imponer obligaciones de comportamiento a los operadores, como en el caso de referencia.

3. RELACIONES ORGANIZATIVAS. CONVENIOS DE COLABORACIÓN. LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE DOS ADMINISTRACIONES NO SUPONE *IPSO FACTO* LA EXCLUSIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA SUBVENCIÓN

La STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de noviembre de 2007, Ar. 66642, resuelve el recurso contencioso-administrativo formulado por la Universidad de Castilla-La Mancha contra la resolución de 12 de julio de 2004 de la Consejería de Industria y Tecnología de Castilla-La Mancha, por la que se acordaba el reintegro parcial del abono realizado a la Universidad, en ejecución del Convenio suscrito entre las partes en desarrollo del Convenio Marco de Colaboración.

La Consejería de Industria acordó el reintegro de determinadas cantidades, abonadas previamente a la Universidad, por considerar que el marco jurídico en el que se realizó el abono de estas ayudas es el de la subvención, lo que justificaría la potestad administrativa de revocar las ayudas concedidas en caso de incumplimiento de las condiciones estipuladas. Sin embargo la Universidad entiende que el marco normativo en el que se han abonado las cantidades de la Administración autonómica a la Universidad, no responde a la institución de la subvención, sino que se articula sobre el convenio administrativo suscrito por ambas Administraciones, sin que entre el juego el ejercicio de las potestades propias de la subvención, sino por el contrario el de la denuncia previa del acuerdo contractual.

El TSJ, después de recordar la naturaleza jurídica de las subvenciones (manifestación más característica de la actividad administrativa de fomento, por la que la Administración in-

centiva y ayuda a actividades realizadas por terceros, ya sean personas públicas o privadas; que la efectividad de la subvención se condiciona al cumplimiento de los fines preconfigurados en la convocatoria de la subvención –carácter condicional de la subvención– y esto es lo que justifica que en caso de incumplimiento de las condiciones, que la Administración concedente de las ayudas, como potestad reglada inherente a la concesión, pueda revocar directamente las ayudas sin necesidad de acudir a la previa revisión de oficio o a la necesaria tramitación de procedimiento sancionador) señala que la mera suscripción de un convenio de colaboración entre dos administraciones, no tiene que suponer *ipso facto* la exclusión de la existencia de una subvención. Pero la actividad de fomento, concretada en el abono de ayudas económicas a otra Administración, también puede formalizarse como convenio de colaboración entre los interesados, entendiendo que serán las cláusulas del convenio las que deban responder a la figura de la subvención. Será el examen de las condiciones señaladas en éste las que determinen la naturaleza del acuerdo. En el asunto que nos ocupa del contenido del acuerdo se desprende más que una subvención concedida de forma unilateral por la consejería de la Universidad en concepto de ayudas a la actividad de esta última, como acuerdo que ambas administraciones celebran para la consecución de la función y servicio público que legalmente tienen encomendadas. En ningún momento aparece una posición de superioridad de la Administración autonómica, por lo que la Consejería de Industria acrecia de las prerrogativas necesarias para acordar unilateralmente el incumplimiento del convenio y el reintegro de las cantidades.

4. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local. Defensa de la autonomía local en relación con la supresión del Área Metropolitana de l'Horta

La STC 47/2008, de 11 de marzo, desestima el conflicto planteado en defensa de la autonomía local, por el Ayuntamiento de Torrent, entre otros, en relación con el artículo 2 y la Disposición Transitoria de la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se suprime el Área Metropolitana de l'Horta. Estos Ayuntamientos entendían que estos artículos no eran conformes con la Constitución puesto que preveían la creación de una Comisión Mixta paritaria, integrada por representantes del Gobierno Valenciano y de los municipios que integraban el Área Metropolitana de l'Horta, encargada de decidir el destino del personal y de los medios patrimoniales, materiales y financieros de esta Comisión Mixta, habiendo sustraído de ese modo a los Ayuntamientos el derecho a participar a través de órganos propios en el proceso de disolución del área metropolitana en cuestión, conculcando con ello la autonomía local constitucionalmente garantizada. Y es que según entienden, la Comunidad Autónoma suplanta a los municipios en el ejercicio de determinadas competencias locales que les son propias, privándoles del poder decisorio respecto a servicios que son de su exclusiva competencia.

Sin entrar a valorar el fondo del asunto, el TC desestima el conflicto por declarar extinguido el objeto del recurso por no apreciar la subsistencia de la controversia, puesto que según entiende el Tribunal, la Ley 2/2001, de 11 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de creación y gestión de áreas metropolitanas en la Comunidad Valenciana, en su Disposición

Derogatoria se refiere expresamente a la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por el que se suprime el Área Metropolitana de l'Horta, cuyo artículo 2 y su Disposición Transitoria eran objeto del conflicto en defensa de la autonomía local. Es interesante reseñar el voto particular del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en el que recuerda los criterios aplicables a los conflictos de defensa de la autonomía local del TC [STC 326/2007, de 12 de julio (FJ 2º)] entre los que destaca que “la función de preservar los ámbitos respectivos de competencia no puede quedar enervada por la sola modificación o derogación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio, cuando aquella preservación exige aún, porque así lo demandan las partes, una decisión jurisdiccional”. Entiende además que el contenido normativo del artículo 2 de la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, sobrevive en la nueva Ley 2/2001, de 11 de mayo, en virtud de su Disposición Adicional Tercera.

B) Padrón Municipal. Las competencias sobre el Padrón Municipal no son exclusivas de las Corporaciones Locales sino concurrentes con las competencias de la Administración del Estado

La STSJ de Madrid de 29 de noviembre de 2007, Ar. 101856, resuelve desestimando, al igual que hizo la sentencia de instancia, la pretensión del recurrente concretada en el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 26 de abril de 2005 del Director General de Estadística del Ayuntamiento de Madrid por la que se denegaba la expedición de certificación padronal.

Este caso se encuadra en el marco del proceso de normalización de inmigrantes abierto por la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre. Lo importante de la sentencia radica, no tanto en la casuística del caso, como en las consideraciones que sobre la naturaleza del padrón municipal realiza la sentencia. El recurrente pretende el empadronamiento con una fecha anterior a la de su solicitud pero no cumple con los requisitos de la Resolución de 14 de abril de 2005 de la presidencia del INE y del Director General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por este proceso de normalización, al no ajustarse la documentación aportada por el recurrente a la establecida para tal fin (billetes de avión, documentos bancarios, o pasaportes con visado de entrada aportados no figuran en la relación de documentos válidos). La causa que esgrime el TSJ es que los documentos aportados no acreditan en ningún caso que el recurrente extranjero se encontraba residiendo en un municipio concreto (el pasaporte sólo acredita la entrada en territorio nacional), y dicho domicilio es imprescindible para determinar la residencia habitual.

Entre otras consideraciones (FJ 2º), la inscripción en el padrón municipal supone no sólo la residencia en el territorio nacional sino en un determinado municipio, confiriendo tal inscripción al ciudadano la condición de vecino, y por lo tanto, titular de derechos y obligaciones para con la administración municipal. La LBRL en su artículo 17 establece

VI. Organización Administrativa

que la formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón municipal corresponden al Ayuntamiento, competencia no exclusiva, puesto que el INE tiene competencias para realizar comprobaciones, comunicar a los Ayuntamientos las actuaciones y operaciones necesarias para que los datos padronales sean correctos y útiles para la formación de estadísticas. Además el INE resuelve las discrepancias que en esta materia puedan surgir entre el Ayuntamiento y otras Administraciones. Además hemos de recordar las funciones del Consejo de Empadronamiento, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda como órgano colegiado de colaboración entre la AGE y los Entes Locales en materia padronal, que tiene entre otras funciones (FJ 3º) la de proponer la aprobación de las instrucciones técnicas precisas para la gestión de los padrones municipales. Las competencias no son exclusivas de las Corporaciones locales sino concurrentes con las competencias de la Administración del Estado (STS de 16 de diciembre de 1996, Ar. 9742) puesto que el Padrón Municipal de Habitantes es un documento cuya utilidad excede del ámbito estrictamente municipal para incidir en una esfera más amplia de intereses públicos que afectan a entes distintos del municipio, por lo que las competencias que la LBRL atribuye a la AGE no puede considerarse atentatoria a la autonomía municipal (STS de 20 de mayo de 1988, Ar. 3901).

C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. Deber de abstención: es nulo el acuerdo adoptado por el voto determinante de un concejal cuyo padre tenía un interés directamente afectado por éste

La STS de 5 de diciembre de 2007, Ar. 2008\94, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 3 de diciembre de 2003, que desestimaba el recurso deducido contra una Resolución de la Comisión Territorial de Urbanismo de Burgos de 12 de diciembre de 2000, la cual aprobaba definitivamente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Fuentespina.

El recurso se interpuso por la vulneración del artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 76 de la Ley de Bases de Régimen Local y 96 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. El argumento se basa en que la sentencia recurrida inaplica indebidamente los citados preceptos al no considerar que un concejal, cuyo voto favorable fue determinante para la adopción del acuerdo de aprobación provisional de aquella modificación, debió abstenerse por ser hijo del propietario de una de las fincas afectadas.

El Tribunal entiende que no sólo las partes no discrepan sobre la “realidad de los datos o elementos de hecho que han de tomarse en consideración para decidir sobre ese motivo de casación, sino que, además, la Sala de instancia los da por ciertos en su sentencia”. Dicha Sala parte de la valoración jurídica de que “el voto del citado Concejal ‘fue determinante para la aprobación provisional el 2 de marzo y 17 de julio de 2000’; punto, éste, en el que tampoco vemos controvertida la alegación de la parte recurrente de que esa aprobación provisional obtuvo los votos favorables de cuatro Concejales, absteniéndose los tres restantes del total de siete, incluido el Alcalde, que conformaban la composición de la Corporación Municipal”.

En consecuencia el Tribunal acoge el motivo de casación y declara la invalidez de la aprobación provisional y, por falta de ésta, la nulidad de la aprobación definitiva de las normas subsidiarias que habían sido impugnadas. Afirma además que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando regula el deber de abstención, “no exige promover el procedimiento administrativo ni personarse en él para ostentar esa condición de interesado cuando se trata, como ocurría con el padre de aquel Concejal, de personas que tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en dicho procedimiento se adopte. No es un mero interés legítimo y sí un derecho el que puede resultar afectado cuando la modificación de las normas urbanísticas comporta ya de suyo la reducción de la superficie de una propiedad inmueble de la que antes se privaba a su titular como consecuencia del deber urbanístico de cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para viales”. El deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación nace de la propia Ley, sin que requiera por tanto de un acto previo de recusación.

D) Organización municipal. El Pleno del Ayuntamiento no puede alterar la composición de los Grupos Municipales prescindiendo de los requisitos impuestos por la normativa interna de organización

El STS de 12 de noviembre de 2007, Ar. 2008\564, estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 12 de febrero de 2003, que desestimaba el recurso contencioso interpuesto contra el Acuerdo de 15 de enero de 2002, del Pleno del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, en lo relativo a la modificación de las comisiones informativas. Este acuerdo se produjo tras el paso de una concejal del Grupo Municipal Popular al Grupo Mixto. El Ayuntamiento de Boadilla ni formuló alegaciones a la demanda en la sede de instancia, ni se ha opuesto al recurso de casación.

Debe tenerse presente que, mientras la sentencia de instancia se refería a la competencia del Pleno municipal para aprobar la formación de las comisiones informativas, extremo no discutido en el pleito, lo que plantearon los recurrentes fue que, a su entender, el acuerdo impugnado producía la indebida integración de la concejal que abandonaba el Grupo Municipal Popular en el Grupo Mixto, lo que se producía en contra de la voluntad de la afectada y de los integrantes de este último.

Teniendo, por tanto, en cuenta que el Acuerdo de 15 de enero de 2002 provoca una modificación de la composición de los grupos políticos municipales, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y anula el acuerdo controvertido. El examen del expediente y de las actuaciones procesales reveló que no había constancia de que la Sra. Esperanza renunciase a formar parte del Grupo Popular, ni de signo alguno que permitiese dar por hecha su separación de éste. Tampoco había traza de su adscripción al Grupo Mixto. Al contrario, está reflejada su voluntad de permanecer en el Grupo Popular, según sus propias manifestaciones recogidas en el acta de la sesión del 15 de enero de 2002 y en el documento que obra en el expediente.

Precisamente,

“el artículo 66 del Reglamento de Organización del Ayuntamiento de Boadilla del Monte entre los requisitos que establece para el cambio de grupo político por parte de los concejales durante su mandato, incluye su previa renuncia a formar parte de aquél al que estuvieran adscritos inicialmente y la aceptación expresada por escrito de todos los integrantes del grupo al que pretenda incorporarse, disponiendo que quedarán como no adscritos los que no fueran aceptados por ningún grupo. Previsiones que, en tanto, descansan en la voluntad del concejal afectado y de los demás son coherentes con las que recogen las normas del ROF y con el artículo 73.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (...) En efecto, insistimos, aquí no ha habido renuncia alguna que abra el camino para una nueva adscripción ni se ha producido ésta. Es el Acuerdo recurrido el que da por hecha una y otra para a partir de ese presupuesto operar la modificación de las Comisiones Informativas. Es decir, el Pleno asume una alteración de la composición de los grupos políticos al margen de las reglas según las cuales debe producirse. Esa actuación, en tanto incide sobre la posición de los recurrentes, no sólo quebranta las normas legales y reglamentarias invocadas en la demanda, sino que lesiona el derecho que les reconoce el artículo 23.2 de la Constitución a permanecer y ejercer sus cargos representativos en las condiciones establecidas por las leyes”.

5. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN. RECURSO CAMERAL PERMANENTE: EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA ADSCRIPCIÓN OBLIGATORIA A LAS CÁMARAS CONLLEVA UNA INTERPRETACIÓN NO RESTRICTIVA DE LAS ACTIVIDADES EXCLUIDAS DEL PAGO DEL RECURSO CAMERAL

La STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2007, Ar. 93266, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, contra la resolución del TEAR de Madrid de 28 de octubre de 2003, por la que estimaba la reclamación económico-administrativa interpuesta por el sujeto pasivo contra liquidación en concepto de recurso cameral, en relación con el IRPF de 1999, anulando la resolución impugnada.

El TEAR estimó la reclamación del sujeto pasivo anulando la liquidación por recurso cameral, en aplicación del artículo 6.2 de la Ley 3/1993, al exceptuar la actividad de asesoramiento legal y tributario, por tratarse del ejercicio de una profesión liberal no incluida expresamente en el precepto citado. La Cámara recurrente solicita, por su parte, la anulación de la resolución por no ser ajustada a derecho, dado que el sujeto pasivo es socio de la entidad Ernst & Young, sociedad que realiza actividad comercial, y por su sujeción al IAE, epígrafe 842.1 “asesoramiento legal y tributario”.

El Tribunal soluciona el recurso aludiendo a la STC 225/2006, de 17 de julio (comentada en el número 34 de esta Revista), que contenía un caso prácticamente idéntico al enjuiciado y estimó la pretensión del sujeto pasivo al considerar que el Tribunal de instancia había realizado una interpretación restrictiva del artículo 6.2 de la Ley 3/1993 al considerar que las actividades prestadas por las sociedades en las que participaba el demandante excedían de las actividades profesionales excluidas del recurso cameral, reconociendo, por lo tan-

to, su derecho “de asociación en su vertiente negativa, como derecho a no asociarse”, al tratarse de actividades correspondientes a profesiones liberales que excluye expresamente el mencionado artículo 6.2 de la Ley 3/1993. Un supuesto muy similar ha sido resuelto también por la STSJ de Madrid de 12 de diciembre, Ar. 91531.

6. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS. LOS INGENIEROS TÉCNICOS INDUSTRIALES TAMBIÉN ESTÁN HABILITADOS PARA FIRMAR DETERMINADOS PROYECTOS DE INSTALACIÓN DE LA TDT

La STS de 19 de noviembre de 2007, Ar. 8483, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre. El Consejo General solicitaba la declaración de la nulidad de pleno derecho del Reglamento recurrido y, subsidiariamente, la nulidad del inciso “firmados ambos por un ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones” del apartado f) de la Disposición Adicional Duodécima que únicamente habilitaba a los ingenieros o ingenieros técnicos de telecomunicaciones a firmar determinados proyectos en relación con la instalación de la TDT.

Consideraba el Consejo recurrente que se ha infringido el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, al no haberles dado trámite de audiencia a los ingenieros industriales aun afectándoles directamente la norma impugnada. Por otro lado, considera la parte actora que se ha vulnerado la reserva de Ley en relación con las competencias profesionales de los ingenieros industriales, al excluirles de la posibilidad de habilitación legal para ello y en contradicción con lo establecido.

El TS rechaza la declaración de nulidad de pleno derecho de éste por la alegada irregularidad del procedimiento de elaboración, y estima en cambio parcialmente la petición subsidiaria, por lo que anula la alusión a la especialidad de telecomunicaciones, manteniendo, por tanto, que los citados informes y certificados sean firmados por un ingeniero o ingeniero técnico, aun sin determinar una concreta especialidad, subsistiendo con ello la posibilidad de que pertenezcan, hasta tanto el legislador no establezca otra cosa, a cualquiera de las especialidades que posean competencia en la materia de acuerdo con las respectivas normativas específicas.

7. FEDERACIONES DEPORTIVAS. LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LOS ACUERDOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS QUE REVOQUEN DECISIONES SUYAS ADOPTADAS EN EJERCICIO DE POTESTADES DELEGADAS POR DICHAS ADMINISTRACIONES, COMO ES EL CASO DE LA SANCIONADORA

La STS de 18 de diciembre de 2007, Ar. 9007, desestima con imposición de costas el recurso interpuesto por la Federación Riojana de Tiro Olímpico contra el Auto de 27 de

VI. Organización Administrativa

diciembre de 2005 del TSJ de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el que se inadmitía el recurso interpuesto por dicha Federación contra la Resolución del Comité Riojano de Disciplina Deportiva de 4 de mayo de 2005.

La Resolución mencionada revocaba una sanción impuesta por la Federación Riojana de Tiro Olímpico contra uno de sus asociados, por las expresiones manifestadas en una carta. Es dicha resolución revocatoria la que impugna la Federación ante el TSJ de La Rioja, pero este último entiende que la Federación carece de legitimación, en virtud del artículo 20 LJCA. El Tribunal entiende 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–, aun tratándose –artículo 32 de la misma Ley– de una entidad privada, la cual, si bien está legitimada para recurrir decisiones de la Administración contrarias a sus intereses asociativos no lo está para impugnar resoluciones dictadas por la Administración en ejercicio de potestades administrativas que la competen y que la actora ejerció inicialmente por delegación de dicha Administración. Ese proceder de la Sala es conforme a Derecho. Así resulta de la expresión literal del artículo 20.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que expone 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 supuesto que nos ocupa encaja de lleno en la expresión del precepto que niega legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo a quien actúa por delegación una potestad administrativa. Éste es el caso que contemplamos. Las federaciones deportivas son asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo, y, entre ellas, la sancionadora, de modo que al actuar en esos casos lo hacen en su condición de agentes de la Administración y, por tanto, quedan comprendidas o incluidas en el ámbito al que se refiere ese artículo 20.b) de la Ley de la Jurisdicción que les priva en esos supuestos de legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo frente a las decisiones contrarias a aquellas que hayan adoptado con carácter previo en el ejercicio de esa potestad delegada. Así resulta también de la Jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 17 de febrero y 5 de octubre de 1998 en que expresamente así se declaró”.

JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que no constituyen sanción. **2. Principio de legalidad.**

Reserva de ley y tipicidad. A) No cabe la invocación del derecho a la igualdad

en la ilegalidad. B) No se vulnera el principio de igualdad si, por unos mismos hechos, se sanciona a uno y no a otros, dada su distinta posición. C) Aplicación extensiva

del tipo. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) Se extiende

también al plazo de prescripción. **4. Antijuridicidad.** A) La excluye el cumplimiento

de un deber. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) La progresiva

extensión de la falta de culpabilidad por interpretación razonable, aunque errónea,

de la norma tributaria. **6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas:**

non bis in idem. A) Distinción entre las infracciones continuadas y las infracciones

de ejecución instantánea que generan unos efectos que se prolongan en el tiempo.

B) Varios hechos, varias infracciones o ilícitos penales: concurso real. C) Prohibición

de que un mismo hecho sea valorado como infracción y como criterio de graduación.

7. 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: dato relevante que debió incluirse en el pliego de cargos,

no bastando que se hiciera en la propuesta de resolución. C) Contenido del derecho

fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario.

D) Los periodistas no tienen legitimación para pedir que se sancione a PRISA en defensa

del pluralismo informativo. **8. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.**

A) Libertad en la elección del medio para probar el lugar y la fecha de la comisión

de la infracción de exceso de velocidad. B) No es imprescindible realizar la prueba de

alcoholemia para sancionar por encontrarse bajo los efectos del alcohol. C) La denegación

motivada de las pruebas propuestas por innecesarias no vulnera el derecho a la prueba.

D) La prueba de la culpabilidad del presunto infractor corresponde a la Administración,

no bastando la utilización de meras formulaciones genéricas y abstractas. E) Nulidad de

la sanción de expulsión del territorio nacional por haberse invertido la carga de

la prueba. F) Validez de la prueba de orina realizada con la amenaza de sanción en caso de negativa. G) Valor probatorio de las denuncias que se completa con otro material probatorio existente en el expediente. H) Un parte de un militar puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia o no serlo, según las circunstancias concurrentes: *in dubio pro reo*. I) Prueba testifical: no puede rechazarse con base en un presunto déficit de credibilidad de los testigos propuestos, apreciado de oficio. J) La presunción de inocencia en su vertiente de regla de tratamiento del imputado. **9. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Exigencias de motivación del acto sancionador dictado en virtud de una norma sancionadora en blanco. B) La imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica. La expulsión de extranjeros. **10. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) La caducidad de la acción en materia laboral: requisitos. B) Caducidad en los procedimientos disciplinarios contra jueces y magistrados, y funcionarios al servicio del Consejo General del Poder Judicial. **11. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) La determinación de la sanción como un proceso reglado. B) A la hora de apreciar la reiteración no se puede valorar la existencia de otros procedimientos sancionadores en tramitación o de sanciones que no sean firmes. C) La regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa. **12. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Prescripción de las infracciones de ejecución instantánea que generan unos efectos que se prolongan en el tiempo. B) La solicitud de condonación del pago de una sanción tributaria interrumpe el plazo de prescripción de ésta. **13. Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.** A) No procede la exigencia de interés de demora por el tiempo que la sanción de multa haya estado suspendida. **14. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) La declaración de nulidad de una disposición general a partir de la que se ha impuesto una sanción no puede afectar a las confirmadas por sentencia firme y ya ejecutadas. B) Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. 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) Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones. E) Se mantienen

VII. Derecho Administrativo Sancionador

los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción.

F) Cuando se aprecia un vicio formal que ha generado indefensión, se anula la sanción y se retrotraen las actuaciones al oportuno momento procedimental. G) Se anulan varias de las infracciones imputadas pero se mantiene la cuantía de la multa sobre la base de la regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que no constituyen sanción

– La auditoría realizada por la Intervención General de la Seguridad Social sobre una Mutua de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (STS de 2 de julio de 2007, Sección Cuarta, Ar. 6596).

– La pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación. La STS de 25 de junio de 2007, Sección Séptima, Ar. 6751, reitera que esta pérdida “no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del artículo 37.1.d) del Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (...), que viene a disponer que la condición de funcionario se pierde como consecuencia de la condena a una pena, principal o accesoria, de inhabilitación absoluta o especial para cargo público (esta última con algunas matizaciones), lo que es coherente con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública (...) consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas (...)”. Y concluye la Sala que “la resolución de pérdida de la condición no tiene carácter sancionador, sino que responde al ejercicio de las facultades administrativas en materia de personal”.

– “El reintegro de las cantidades concedidas al otorgarse una subvención por incumplimiento de las condiciones impuestas (...) es ajeno e independiente del ejercicio de la potestad sancionadora, bien que si además, se producen infracciones de las previstas en la norma sea compatible el reintegro con la imposición de las sanciones que resulten aplicables” (STS de 26 de junio de 2007, Sección Cuarta, Ar. 3925).

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) No cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad

Así lo recuerdan, con cita de la conocida doctrina constitucional (SSTC 1/1990 y 157/1996) y jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de julio de 1999) al respecto, las SSTSJ

de Andalucía (Málaga) de 14 y 15 de junio de 2007, Ar. 879 y 878, insistiendo en que “el citado principio constitucional [de igualdad] sólo puede invocarse dentro de la legalidad y no para reclamar la extensión a unos casos de actitudes administrativas adoptadas para otros distintos cuando esa extensión representaría la vulneración o desconocimiento del Ordenamiento jurídico”. En el supuesto de hecho, la alegación procedía de dos profesores titulares de Economía aplicada de la Universidad de Málaga sancionados disciplinariamente por abandono del servicio y, en concreto, por haber dejado de impartir las asignaturas que les habían sido asignadas, considerando que la misma sanción debía haber sido impuesta al Director de su Departamento y a otro profesor de éste.

B) No se vulnera el principio de igualdad si, por unos mismos hechos, se sanciona a uno y no a otros, dada su distinta posición

Se sanciona a REPSOL PETRÓLEO, SA por haber realizado acuerdos con ciertas empresas consignatarias que son considerados contrarios al artículo 1 LDC. La sancionada alega violación del principio de igualdad por no haber sido sancionados los consignatarios. La STS de 26 de junio de 2007, Sección Tercera, Ar. 3924, que parece entender que la iniciativa anticompetitiva había partido de REPSOL y que los consignatarios simplemente la habían seguido, contesta:

“Al margen de que pueda discutirse si la desproporción de medios e intereses entre las partes es causa de exculpación de las mismas, sí que es suficiente para rechazar la lesión del principio de igualdad (...) dada la distinta situación en que se encuentran los consignatarios respecto a REPSOL. No existe, por tanto, discriminación en la aplicación de la ley, ya que resulta razonable y justificado el distinto tratamiento que se ha dado a unos y a otros.”

C) Aplicación extensiva del tipo

El propietario de un vehículo a motor es sancionado por incumplir el deber de identificar al conductor posiblemente responsable de cometer una infracción de estacionamiento indebido. En el caso, el propietario aportó todos los datos del conductor requeridos por la Administración: nombre y dos apellidos de un ciudadano de nacionalidad francesa residente en Francia, su número de permiso de conducir, domicilio, población, provincia y código postal. Posteriormente, la Administración le requirió para que aportase, además, fotocopia de la autorización administrativa para conducir de la persona identificada, así como una prueba que acreditara que el conductor identificado se encontraba en esa fecha en el lugar de comisión de la infracción (Madrid) y que era él quien conducía el vehículo en el momento de la denuncia. El propietario alegó que había solicitado del conductor que le enviase fotocopia del permiso de conducir, habiéndose negado éste por tratarse de un documento personal, si bien le había comunicado que reconocía la infracción cometida y que estaba dispuesto a pagar la multa en cuanto fuese requerido por el Ayuntamiento. No obstante, la Administración no inició ninguna actuación para comunicarse con el ciudadano identificado e inició expediente sancionador contra el propietario por incumplir el deber de identificar pues, a su entender, los datos aportados eran insuficientes para

VII. Derecho Administrativo Sancionador

considerarlo satisfecho. Alega el recurrente en amparo que se ha producido “una aplicación extensiva” de la norma que tipifica la infracción contraria al principio de legalidad en materia sancionadora, pues el precepto legal no impone al propietario la obligación de aportar los documentos y pruebas adicionales exigidas por la Administración.

Según la **STC 54/2008, de 14 de abril**, recurso de amparo, Sala Segunda, “las circunstancias concurrentes en este caso, de un lado, la identificación por parte del demandante de amparo de la persona que conducía su vehículo (...) en los términos en los que la ha llevado a cabo, y, de otro lado, la inactividad administrativa en orden a comunicar con la persona identificada, ponen de manifiesto que la motivación de las resoluciones administrativa y judicial impugnadas, al exigir al recurrente que acreditase la presencia en Madrid del conductor (...) en las fechas en las que se cometió la infracción, así como que era en realidad el conductor, no responde a una argumentación lógica ni razonable que permita subsumir la conducta el recurrente en el tipo aplicado (...). En este caso, la actuación del recurrente en amparo ha sido congruente con la obligación legal de identificar (...). En definitiva, ni en la resolución administrativa sancionadora ni en la Sentencia que la confirma cabe discernir un fundamento razonable para subsumir en este caso la conducta del recurrente en amparo en la infracción tipificada 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)”.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Se extiende también al plazo de prescripción

Lo reiteran una vez más las **SSTS de 13 de junio** (recurso de casación en unificación de doctrina) y **20 de noviembre de 2007**, Sección Segunda, Ar. 4763 y 8203, en relación a la aplicación del plazo de cuatro años para la prescripción de las infracciones tributarias, en lugar del anterior, de cinco años, para procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, pero que se prolongan una vez que ésta entró en vigor. Y ello sobre la base del carácter sustantivo y no meramente procedimental que se asigna a la prescripción.

4. ANTIJURIDICIDAD

A) La excluye el cumplimiento de un deber

Se sanciona con reprensión a un teniente de la guardia civil por infracción leve consistente en la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas. En concreto, porque “ejerciendo el mando accidental de su compañía por ausencia de su capitán jefe no participó una novedad al oficial de servicio, incumpliendo lo dispuesto por una norma de régimen interior, sino directamente al teniente coronel”. Alega el sancionado que actuó conforme a Derecho pues se limitó a seguir la instrucción directa que al respecto le había dado su capitán jefe. Al respecto, considera la **STS de 25 de junio de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 6998, que “aunque la norma de régimen interior hubiera existido, la nulidad de la sanción se impondría (...) porque (...) dado que el teniente actuó siguiendo la específica

instrucción del capitán jefe de su compañía, es improcedente considerar que su acción fue antijurídica. La actuación del teniente, tan plenamente justificada, no debió ser objeto de desaprobación alguna y, en consecuencia, este oficial no debió ser sancionado”.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) La progresiva extensión de la falta de culpabilidad por interpretación razonable, aunque errónea, de la norma tributaria

Esta regla parece haberse convertido en una frase cliché donde encajar buena parte de los supuestos donde simplemente falta la culpabilidad o incluso otros elementos de la infracción, aunque no exista duda alguna sobre cuál era la interpretación correcta de la norma tributaria. Dos buenos ejemplos pueden encontrarse en las siguientes sentencias:

– Una sociedad mercantil, aplicando los principios contables rectores del Plan de Contabilidad y, en concreto, el de prudencia valorativa, contabilizó en sus Cuentas Anuales dos dotaciones a provisiones, con lo que puso de manifiesto que dos partidas de su activo realmente no valían nada —como efectivamente a la postre ocurrió—. Pero ello supuso que para el cálculo de la base imponible del Impuesto de Sociedades había seguido un criterio contable distinto del reglamentariamente establecido en la normativa fiscal y por este motivo se le sancionó. La **STS de 18 de junio de 2007**, Sección Segunda, Ar. 6474, anula la sanción al apreciar que no concurre culpabilidad pues el sujeto pasivo, “habiendo recogido fielmente en su contabilidad las operaciones, ha realizado su declaración-liquidación con una interpretación razonable de la norma tributaria”.

– En la misma línea, la **STS de 27 de febrero de 2007**, Sección Segunda, Ar. 4034, afirma expresamente que “la normativa aplicable no es dudosa”, pero “la duda básica se encuentra en los hechos y en la subsunción en la norma (...) pues la naturaleza de la actividad realizada por los denominados ‘autónomos’ tiene claros elementos mercantiles, lo que comporta una duda razonable sobre la aplicabilidad de la norma que impone la retención. (Por tanto) no concurren los elementos culpabilísticos indispensables para que la sanción pueda ser estimada conforme a derecho”.

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) Distinción entre las infracciones continuadas y las infracciones de ejecución instantánea que generan unos efectos que se prolongan en el tiempo

Un agricultor efectuó dos plantaciones de viñedo en 1994 y 1998 sin contar con la autorización oportuna, hechos tipificados como infracción administrativa por la ya derogada Ley 25/1970, del Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes. La **STSJ de Castilla-La**

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Mancha de 10 de julio de 2007, Ar. 754, considera que la infracción “no es de carácter continuado o que persista mientras no se regularice el viñedo; lo que se sanciona, de acuerdo con la dicción del tipo punitivo aplicado, es una conducta concreta: la plantación de vid sin autorización administrativa; si otro fuese el tipo (por ejemplo, la explotación de la plantación ilegal, o su mera posesión), otra podría ser la solución, pero el tipo es el que es (...). Lo que el tipo sanciona es la plantación de vid, acción que se produce en un momento determinado, a partir del cual comienza el plazo de prescripción. Aunque la plantación siga en su sitio, no por ello puede entenderse que el plazo de prescripción no empiece a correr, siempre que no haya actos ulteriores de nuevas plantaciones que conviertan en permanente, o más bien en continuada, la infracción”.

La sentencia continúa afirmando que “no es lo mismo una actividad delictiva ‘continuada’ o un ‘delito permanente’ que un delito ‘instantáneo cuyos efectos perduran en el tiempo’”, y procede a realizar un pormenorizado estudio de los casos en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aceptado la existencia de delitos permanentes. De dicho análisis deduce que “cuando la Sala Segunda del TS se refiere al delito permanente alude a delitos que implican el mantenimiento de una conducta delictiva activa a lo largo del tiempo, o, más exactamente, el mantenimiento de una persistencia de la voluntad sin la cual los efectos del delito no pueden seguir produciéndose; pero no cuando lo que hay son unos efectos que se mantienen por sí solos y lo que falta es, simplemente, la ausencia de voluntad del delincuente de revertir las consecuencias del delito (...). En el mismo sentido, la legislación urbanística contempla infracciones que son de naturaleza inmobiliaria y por tanto de efectos permanentes, sin que por ello las normas supediten el inicio de la prescripción a la eliminación de la construcción u obra ilegal (...). En suma (...), no deben confundirse los delitos o infracciones de ejecución instantánea que sin embargo generan un estado de cosas que se prolonga en el tiempo, estado de cosas que se podría mantener aunque no existiera una voluntad positiva del delincuente de mantenerlo, es decir, que podrían continuar pese a, por ejemplo, el fallecimiento del delincuente (hurto, robo, alteración de lindes, falsedad, cuando el documento falsificado permanece en el tráfico jurídico, etc.) con los verdaderos delitos o infracciones permanentes, en los que hay una actividad positiva o al menos un mantenimiento positivo de la voluntad delictiva, imprescindible para que se siga produciendo el delito, voluntad sin cuya persistencia decaerían los efectos del delito (detención ilegal, usurpación de funciones, abandono de familia, usurpación de inmuebles mediante el mantenimiento de la ocupación personal por parte del delincuente, etc.)”.

B) Varios hechos, varias infracciones o ilícitos penales: concurso real

La entidad mercantil recurrente había sido sancionada por la construcción de viviendas en la zona de seguridad de instalaciones militares. Alega una vulneración del *non bis in idem*, pues al no cumplir la recurrente, antes de la imposición de la sanción, un requerimiento de paralización de las obras, se dio traslado al juez de instrucción y se paralizó el procedimiento administrativo durante un tiempo por la incidencia de la actuación del orden jurisdiccional penal ante el posible delito de desobediencia. La **STS de 2 de octubre de 2007**, Sección Cuarta, Ar. 7204, rechaza este motivo, “pues son hechos distintos y complementarios plenamente compatibles que, además en nada pueden afectar al principio *non bis in idem*, pues puede ser o no ser delito el no paralizar las obras o no atender a los

requerimientos de la Administración, pero ello en nada afecta a si las obras se realizaron con o sin licencia y a si su construcción era dentro o fuera de la zona de seguridad de las instalaciones militares”.

C) Prohibición de que un mismo hecho sea valorado como infracción y como criterio de graduación

Un contribuyente fue sancionado por tributar por un epígrafe del IAE distinto al que le correspondía y no presentar una declaración veraz y completa, omitiendo rendimientos. La sanción impuesta fue incrementada en un 25% en aplicación de la agravante consistente en “la ocultación a la Administración, mediante la falta de presentación de declaraciones o la presentación de declaraciones incompletas o inexactas, de los datos necesarios para la determinación de la duda tributaria, derivándose de ello una disminución de ésta”. No obstante, la **STSJ de la Comunitat Valenciana de 25 de junio de 2007**, Ar. 1359, suprime el porcentaje del 25% por ocultación de datos, razonando que “para que la aplicación del mencionado precepto sea posible es necesario que el hecho que motiva dicha aplicación no sea a su vez el hecho que motiva la sanción, puesto que ello resultaría contrario al *non bis in idem*. Y en este caso, a la vista del acuerdo sancionador, no cabe la menor duda de que el hecho de la sanción, consistente en dejar de ingresar la deuda tributaria (falta de declaración) constituye la base fáctica de la sanción y a la vez se utiliza como base del incremento”.

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Derecho a ser informado de la acusación: lo vulnera la notificación edictal si fue posible la personal

Una sociedad fue objeto de diversos procedimientos sancionadores en materia de tráfico por incumplir su obligación de identificar al supuesto responsable de infracciones cometidas con vehículos de su titularidad. Las incoaciones de los procedimientos y las resoluciones sancionadoras le fueron notificadas por edictos tras intentarse, sin resultado, las notificaciones personales en un domicilio social que ya había cambiado, habiéndose inscrito la modificación más de dos años antes de la incoación de dichos procedimientos tanto en el Registro Mercantil como en los censos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. El nuevo domicilio social fue, además, al que se dirigió la notificación de la providencia de apremio. Alega la sancionada que la notificación por edictos ha lesionado su derecho a ser informada de la acusación.

Al respecto, una vez más, declara la **STC 32/2008, de 25 de febrero**, recurso de amparo, Sala Primera, que el ejercicio de ese derecho fundamental “presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga. A esos efectos, (...) este Tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible, por lo que el emplazamiento edictal constituye un remedio últi-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

mo de carácter supletorio y excepcional (...). Deben extremarse (por la Administración) las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (...). Más en concreto, por lo que se refiere a supuestos de notificación edictal de personas jurídicas en procedimientos sancionadores en materia de tráfico este Tribunal ya ha puesto de manifiesto que, incluso en los casos en que resulte frustrada la posibilidad de notificación personal en el domicilio que figure en el Registro de Vehículos, responde a la diligencia mínima exigible a la Administración sancionadora, antes de acudir a la vía edictal, el intentar la notificación en el domicilio social que aparezca inscrito en el Registro Mercantil y al que, con la mayor normalidad, se dirigen después las actuaciones en vía ejecutiva administrativa (...). En atención a lo expuesto hay que concluir, (...), que se ha vulnerado a la entidad recurrente su derecho a la defensa y a ser informado de la acusación”. Se declara la nulidad de las sanciones impuestas.

B) Derecho a ser informado de la acusación: dato relevante que debió incluirse en el pliego de cargos, no bastando que se hiciera en la propuesta de resolución

Una sociedad mercantil impugna una resolución sancionadora de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir dictada por la utilización, sin autorización, de aguas para el riego. Se plantea si la no inclusión de la determinación del importe de los daños ocasionados al dominio público hidráulico en el acuerdo de incoación del expediente sancionador ni en el pliego de cargos, y sí en la propuesta de resolución, produjo indefensión. La **STS de 2 de octubre de 2007**, Sección Quinta, Ar. 6547, resuelve favorablemente el recurso no sólo porque la normativa específica aplicable establece que esos daños deben constar en el pliego de cargos, sino también porque “no sólo es un dato relevante o trascendente a los efectos de determinar el alcance de la responsabilidad indemnizatoria, sino que lo es, además y antes, para calificar jurídicamente la infracción y determinar la sanción punitiva que a ella deba ligarse. Y la indicación de ese dato con la propuesta de resolución, no con el pliego de cargos, impide que el interesado pueda proponer las pruebas, propiamente tales, que estime pertinentes para combatirlo”.

C) Contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario

La **STC 42/2008, de 10 de marzo**, recurso de amparo, Sala Segunda, reitera que el derecho a la asistencia letrada es trasladable al procedimiento disciplinario penitenciario con ciertas condiciones, “pues no se trata de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asistencia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, ya que tal derecho, como resulta del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sólo existe en los procesos judiciales y además no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia así lo requieran (...). Así pues, el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario tiene sus peculiaridades y limitaciones. Aunque comprende el derecho del interno a asesorarse por Letrado de su elección, pese a que no sea preceptiva su intervención, sin embargo, tanto en la fase administrativa como en la fase del posterior recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no forma parte de su contenido el derecho a la designación de letrado del turno de oficio”.

D) Los periodistas no tienen legitimación para pedir que se sancione a PRISA en defensa del pluralismo informativo

El origen de las actuaciones es un acuerdo hecho el 22 de julio de 1992 entre los grupos PRISA y GODÓ por el que, entre otras cosas, pactaron las condiciones de sus inversiones en Antena 3 Radio, SA. Tal acuerdo y sus complementarios llevaron a que “el equipo directivo de la SER se hiciera en pocas semanas con la gestión del máximo nivel de Antena 3 Radio hasta el cambio de estrategia empresarial, reforzándose el proceso mediante la entrega de la gestión y el control de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente de forma exclusiva y a quien era el principal competidor, concluyendo con el convenio de programación que se sustentaba en una gestión económica de las dos cadenas ya concertadas”. Unos periodistas de Antena 3 Radio denunciaron la conducta colusoria ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) pero se decidió sobreseer el expediente en vía administrativa. Sólo se continuó el expediente porque la AN dictó una sentencia anulando tal sobreseimiento. Tras ello, el TDC, obligado a continuar el procedimiento, dictó resolución en la que declaró que dichos grupos sí habían cometido una de las infracciones que le imputaban los denunciantes (infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, aunque no otra por incumplimiento del artículo 85.1 TCE, después artículo 81), pese a lo cual acordó no imponerles sanción ni ordenarles la cesación de la práctica prohibida ni ordenar la publicación de la resolución. Recurrieron los periodistas de Antena 3 y la AN dictó sentencia en la que anulaba la decisión de no imponer sanción y ordenaba al Tribunal de Defensa de la Competencia fijar la cuantía y publicar la resolución sancionadora. Esta SAN es la recurrida y casada por la **STS de 26 de junio de 2007**, Sección Tercera, Ar. 6764, ahora comentada. Para comprender la situación hay que añadir que, naturalmente, el acuerdo colusorio se hizo sin intervención administrativa alguna; pero 16 meses después esos acuerdos de concertación fraguaron en una concentración formal finalmente autorizada por el Consejo de Ministros el 20 de mayo de 1994, si bien la autorización fue anulada por STS de 9 de junio de 2000.

La casación se basaba sobre todo en dos motivos: en negar legitimación a los recurrentes y en la vulneración de los artículos 10 y 46 Ley de Defensa de la Competencia que, según se mantenía, daban al TDC discrecionalidad o “facultad dispositiva en cuanto a la imposición de sanciones en función de las circunstancias concurrentes en cada caso”. Los dos motivos están íntimamente relacionados, pero, como el TS estima, el primero no entra en el otro.

Hay que destacar que los recurrentes, tanto en la instancia como en la casación, habían hecho afirmaciones como ésta: “No es el propósito de esta parte un afán punitivo o sancionador para los denunciados. Todo lo contrario. Lo que pretende es la sanción como tal, y su aspecto de reconocimiento social, sus consecuencias formales, no sus consecuencias económicas. Pretende que los ciudadanos entiendan la naturaleza jurídicamente abyecta de un comportamiento y la conciencia y proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, de modo y manera que la infracción comporte idéntica sanción cualquiera que sea el rango social o la posición hegemónica de clase que tenga el infractor, o la capacidad de mediatización política de que goce el infractor. Por eso reclamamos una peseta. El hecho no es trivial. Se les sancionará con una peseta, pero será sancionado su

VII. Derecho Administrativo Sancionador

comportamiento y publicitado su comportamiento infractor, y serán diluidas las áreas de impunidad (...)”. Se está afectando a “los principios básicos de la democracia, la configuración de la opinión pública, libremente articulada con mecanismos de pluralidad, girando en torno al hecho electoral. Por esto, la sanción es imprescindible, y su publicación aun más. Debe ser un acto ejemplarizante del compromiso de los diferentes medios de comunicación con el cumplimiento del respeto de los mecanismos de limitación (...) en aras del pluralismo informativo”.

Para el TS la legitimación del denunciante (o de otros sujetos) para recurrir la resolución de un procedimiento sancionador que absuelve o impone una sanción inferior a la que considera procedente no puede afirmarse o negarse con carácter general sino que hay que analizar caso por caso para comprobar si en el concreto supuesto el sujeto que ejerce la acción puede llegar a obtener algún efecto positivo en su “esfera jurídica (...) o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera”: “será así en cada caso y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada”.

En el concreto caso enjuiciado, entiende el TS que “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 pretensiones no satisfechas de incriminación del artículo 81 TCE, de imposición de sanción por infracción del artículo 1 LDC 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 (...)”. La SAN sólo razonaba que los periodistas verían favorecida una “hipotética reclamación de daños y perjuicios”. Pero para el TS eso no es bastante porque “declarada la existencia de una infracción (como había hecho en este supuesto el TDC) ya quedaría abierta, en su caso, la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios (...) Esto es, la sanción no añade ni resta fuerza jurídica a dicha hipotética reclamación (...) En definitiva, los daños y perjuicios existirían o no con independencia de la sanción y para reclamarlos bastaba la declaración de una actuación ilegal”. No considerando suficiente este argumento, el TS casa la SAN y se ve obligado a decidir si los recurrentes tenían o no legitimación. Su respuesta es negativa:

“los actores no han acreditado que de la obtención de las pretensiones deducidas en la demanda vaya a derivarse alguna ventaja de ningún tipo en su esfera de derechos e intereses legítimos, excepto la satisfacción de ver cumplida lo que ellos entienden que es la recta aplicación del ordenamiento jurídico (...) con carácter ejemplarizante, lo cual no es sino una simple manera de expresar un simple interés por la legalidad”.

Es verdad que admite que en el Derecho de la competencia con frecuencia habrá un “interés competitivo” que es una “circunstancia cualificadora de extrema importancia que no está presente en otros ámbitos materiales” y que puede propiciar aquí una más amplia legitimación. Incluso se afirma que “el interés competitivo constituye un factor diferencial en el derecho de la competencia que puede hacer que la mera imposición de una sanción pueda resultar beneficiosa para los intereses de otra entidad competidora”.

Pero no hay legitimación en este caso porque aquí los recurrentes no eran competidores sino unos periodistas. Aclara:

“Debe señalarse también una circunstancia de relevancia, como es la de que los recurrentes son profesionales que actúan a título individual, con lo que tampoco ostentan ningún interés empresarial competitivo respecto a las sociedades codemandadas.”

Hay dos interesantes votos particulares que, en realidad, forman uno solo: el primero razona que debió reconocerse legitimación a los recurrentes y, en cuanto a lo demás, se remite al segundo voto; y el segundo parte de la legitimación de los recurrentes y argumenta que debió confirmarse la SAN, esto es, que debió mantenerse la orden al TDC para que fijase la cuantía de la sanción y ordenara la publicación.

8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Libertad en la elección del medio para probar el lugar y la fecha de la comisión de la infracción de exceso de velocidad

Se impone una multa por la infracción consistente en circular con vehículo superando los límites de velocidad. Alega el sancionado que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia porque la prueba de cargo utilizada para destruirla es inválida. En concreto, porque la Administración sólo dispone de una fotografía obtenida mediante cinemómetro donde la fecha y el lugar de comisión de la infracción no fueron impresos mecánicamente por el propio cinemómetro sino que fueron manuscritos por el agente de tráfico denunciante. Esta circunstancia exige, según el recurrente, que para tener por probados el lugar y la fecha de la infracción sea indispensable la ratificación de la denuncia por el agente que, sin embargo, no se ha producido. Al respecto, declara la **STC 40/2008, de 10 de marzo**, recurso de amparo, Sala Primera, que “desde la perspectiva constitucional no resulta lesivo del derecho fundamental invocado que el órgano sancionador de la Administración considere probados el lugar y la fecha en que se comete una infracción mediante la manifestación escrita de sus agentes, habida cuenta de que la función propia de los aparatos cinemómetros es la de comprobar la velocidad del vehículo en un punto determinado; mientras que el resto de los datos que conforman la infracción —como el lugar, la fecha o el sentido de la marcha del vehículo— pueden ser acreditados con sujeción a las normas generales sobre la actividad probatoria. En consecuencia, debe concluirse que no se ha producido la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia”.

B) No es imprescindible realizar la prueba de alcoholemia para sancionar por encontrarse bajo los efectos del alcohol

La **STS de 20 de junio de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 6997, declara que “para la percepción del estado de embriaguez —de un guardia civil durante el servicio— son válidas

VII. Derecho Administrativo Sancionador

cualquiera de las pruebas aceptables en Derecho”. En el caso, los testimonios de otros dos guardias civiles.

C) La denegación motivada de las pruebas propuestas por innecesarias no vulnera el derecho a la prueba

Lo curioso es que el STS de 26 de junio de 2007, Sección Tercera, Ar. 3924, acepta para rechazar la prueba argumentaciones como estas que había invocado el TDC:

“En cuanto a la petición de que se oficie a los armadores para que aseveren que REPSOL nunca ha ejercido presión (...) debe decirse que existe suficiente prueba documental sobre las intervenciones realizadas ante los armadores.”

Es decir, la prueba no era impertinente ni en principio inútil, pero se rechaza porque ya se considera probado lo contrario que trata de acreditar el sancionado. Por otra parte, se lee:

“La prueba señalada como la letra D), bien podría haber sido aportada por la propia solicitante, suponiendo su solicitud un intento de dilación de la resolución definitiva del expediente.”

D) La prueba de la culpabilidad del presunto infractor corresponde a la Administración, no bastando la utilización de meras formulaciones genéricas y abstractas

Una contribuyente fue sancionada por haberse aplicado incorrectamente la exención por reinversión aplicable a un incremento patrimonial derivado de la enajenación de un bien inmueble. En particular, por no haber acreditado el cumplimiento de la reinversión en el plazo de dos años desde la enajenación. La contribuyente alegó que la fecha de la escritura en la que se formalizó la reinversión fue una circunstancia del todo ajena a su voluntad. Aunque los antecedentes no quedan excesivamente claros en la sentencia, la STS de 10 de julio de 2007, Sección Segunda, Ar. 6690, concluye:

“no se ha producido ni en la vía administrativa, ni en la jurisdiccional, la valoración de los específicos hechos que configuran la infracción tributaria sancionada. Tanto en una como en otra resolución se limitan a realizar formulaciones genéricas y abstractas sobre el elemento intencional de las infracciones tributarias, pero no llevan a cabo, como es necesario, un análisis de esas ideas con referencia a los específicos hechos enjuiciados que es lo que pone de relieve la concurrencia del elemento culpabilístico de la infracción enjuiciada”.

E) Nulidad de la sanción de expulsión del territorio nacional por haberse invertido la carga de la prueba

Un ciudadano marroquí fue sancionado con la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada por un período de tres años como autor de una infracción consistente en encontrarse ilegalmente en España. Como prueba de que habían transcurrido más de 90 días desde su entrada en territorio Schengen, la Administración señaló la negativa del sancionado a aportar su pasaporte. Sin embargo, la STSJ de la Comunitat Valenciana de 6 de julio de 2007, Ar. 778, apoyándose en una larga cita de la STS de 30 de noviembre de 2006, considera que dicho razonamiento implica una inversión de la carga de la prueba contraria a la presunción de inocencia “y eso porque, aun reconociendo dialécticamente

que al interesado le habría sido tal vez fácil aportar la prueba acreditativa del hecho alegado, no menos fácil le habría sido a la Administración probar lo contrario y justificar la procedencia de la sanción impuesta, resultando que no lo hizo ni se molestó en intentarlo”.

F) Validez de la prueba de orina realizada con la amenaza de sanción en caso de negativa

Un guardia civil fue sancionado por consumo de cocaína como autor de una falta grave. Se detectó tal consumo por un análisis de orina que se practicó en virtud del artículo 49 de la Ley 42/1999, del Personal de la guardia civil, que, bajo el título “Expediente de aptitud psicofísica”, dice: “Los reconocimientos y pruebas podrán comprender análisis y comprobaciones con carácter obligatorio, encaminados a detectar los estados de intoxicación etílica y el consumo de drogas tóxicas o sustancias similares”.

El guardia civil consintió la prueba pese a advertírsele de que se practicaba porque había indicios de que consumía drogas y de la posibilidad de que el resultado de la prueba analítica fuera utilizado en su contra en un procedimiento disciplinario, así como del “derecho que le asiste a no realizar manifestación alguna que pueda perjudicarle”. Pero, al mismo tiempo, se le indicaba que no someterse al análisis comportaba igualmente responsabilidad disciplinaria.

La STS de 12 de junio de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 3903, considera que el artículo 49.2 de la Ley 42/1999, aunque no se refiera a la práctica de pruebas con consecuencias disciplinarias sino sólo para conocer las condiciones psico-físicas de los guardias civiles, es “norma habilitante para la práctica en el ámbito de la guardia civil y a efectos disciplinarios de reconocimientos, comprobaciones y pericias analíticas que comporten injerencias justificadas en los derechos fundamentales” siempre que se respete la proporcionalidad.

Además entiende que el consentimiento del guardia civil fue válido porque “no comparte la opinión según la cual la conminación excluya la voluntariedad”: “Una cosa es la aceptación de la obligación legal para evitar el perjuicio derivado del incumplimiento (...) y otra distinta el cumplimiento forzoso que se impone al sujeto obligado ante la negativa de éste”. Para la Sala el sancionado era consciente de los indicios determinantes de las actuaciones “predisciplinarias, de la obligatoriedad de someterse el afectado al reconocimiento y (de) las derivadas consecuencias disciplinarias si se demostraba la realidad del consumo de drogas (...) y se decantó voluntariamente por la alternativa de consentir la realización de las comprobaciones en vez de negarse a ello asumiendo las posibles consecuencias disciplinarias”. Por eso entiende que su consentimiento fue válido y que, en consecuencia, la prueba fue lícitamente obtenida. Con esa premisa y con alguna alusión a la relación de sujeción especial y al deber del Estado de garantizar que quienes usan armas y son militares y miembros de las Fuerzas de Seguridad se comporten sin poner en peligro bienes esenciales, desestima las alegadas vulneraciones de los derechos fundamentales a un procedimiento sin indefensión, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo, a la integridad física y a la intimidad. En su prolijo y trabado razonamiento se aclara, entre otras cosas, lo siguiente:

VII. Derecho Administrativo Sancionador

“la colaboración consciente e informada en la realización de diligencias de investigación para acreditar los hechos sancionables, no afecta al derecho a la presunción de inocencia según constante doctrina del TC, establecida sobre todo a propósito de las pruebas de alcoholemia, ‘pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración’”.

G) Valor probatorio de las denuncias que se completa con otro material probatorio existente en el expediente

La Demarcación de Costas de Murcia sancionó a un administrado por la ejecución no autorizada de obras en Dominio Público Marítimo Terrestre y en Zona de Servidumbre de Tránsito. La incoación del procedimiento sancionador se produjo a raíz de las denuncias presentadas por el Vigilante de Costas, que también fueron tenidas en cuenta para la imposición de la sanción. Alegada la vulneración de la presunción de inocencia del administrado por falta de prueba de cargo, la **STSJ de Murcia de 4 de mayo de 2007**, Ar. 789, recuerda que “para que las denuncias tengan el valor que señala el artículo 17.5 del RD 1398/1993 (...) es preciso que los hechos sean constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, lo que no consta que así sea respecto de los Vigilantes de Costas. No quiere ello decir que [sus denuncias] carezcan de valor probatorio alguno, pues la jurisprudencia del TS atribuye a las denuncias de los ‘agentes’ de la Autoridad y dependientes administrativos un principio de veracidad y fuerza probatoria al responder a una realidad apreciada directamente por los mismos, todo ello salvo prueba en contrario”. Además, en el supuesto de hecho, la Sala señala la existencia de “otro tipo de documentación que corrobora lo afirmado por el Sr. Vigilante, como son los planos obrantes en el expediente (...) y sobre todo las fotografías unidas, en las que se comprueba la proximidad de las obras realizadas al mar”. Como resultado, la sentencia concluye que “debe rechazarse (...) la vulneración del principio de presunción de inocencia”.

H) Un parte de un militar puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia o no serlo, según las circunstancias concurrentes: *in dubio pro reo*

La **STS de 20 de marzo de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 3899, admite el valor probatorio del “parte disciplinario (...) incluso en el caso de que el parte proviniera de aquel que ha resultado directamente afectado por la conducta merecedora de reproche, pero eso no significa que dicho elemento probatorio, en principio de cargo, no pueda ser privado de virtualidad y eficacia al ser valorado en unión de las restantes pruebas obrantes en las actuaciones si contradicen su contenido o provocan incertidumbre sobre su veracidad”. Eso es lo que sucede en el caso en el que el tribunal de instancia dijo aplicar el principio “*in dubio pro reo*, regla de naturaleza procesal sobre apreciación de la prueba, que opera obviamente en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración y guarda íntima conexión con el derecho a la presunción de inocencia. Aunque haya existido prueba en contra del sancionado, al valorar el Tribunal sentenciador la totalidad de la practicada y generarse la situación de incertidumbre, opera el principio *in dubio pro reo* (...) En definitiva, la presunción de inocencia no ha quedado desvirtuada y despliega toda su eficacia en favor del sancionado por imperativo del artículo 24 de la Constitución”. En la misma línea,

la STS de 15 de abril de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 3901, que también anula la sanción al tener en cuenta otras pruebas testificales.

I) Prueba testifical: no puede rechazarse con base en un presunto déficit de credibilidad de los testigos propuestos, apreciado de oficio

La entidad financiera BBVA fue sancionada por negarse a facilitar ciertos datos solicitados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, hechos que fueron calificados como constitutivos de una infracción muy grave de obstrucción a la labor inspectora. Durante la tramitación del expediente sancionador, así como en sede de recurso de alzada, la entidad solicitó la práctica de una prueba testifical sobre varios de sus empleados, con el fin de aclarar los hechos realmente acaecidos y recogidos en el acta de inspección. Tal solicitud de prueba fue rechazada alegando que los trabajadores, en virtud de su relación laboral con el empresario, mantenían una relación de dependencia. La STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2007, Ar. 763, declara que dicha conducta supone una violación del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba adecuados a la defensa, por lo que anula la sanción retrotrayendo las actuaciones al momento en que la prueba debió ser admitida. En su razonamiento, la sentencia cita la doctrina constitucional contenida en la STC 23/2007, de 12 de enero, que declaró:

“resulta contrario al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrado en el artículo 24.2 CE, que el órgano judicial rechace una prueba testifical por innecesaria argumentando que, aun cuando fuera favorable a la parte ‘no iba a convencer a la Sala’, ya que ello implica una valoración de la prueba que corresponde a un momento posterior del proceso y que supone prejuzgar sobre la hipotética fuerza persuasiva de los testimonios. En definitiva (...) no resulta constitucionalmente correcta la inadmisión de una prueba testifical basada en la apreciación judicial de la dudosa credibilidad de unos testimonios que no se han producido y sobre los que, por tanto, las partes no han podido todavía manifestar duda alguna”.

J) La presunción de inocencia en su vertiente de regla de tratamiento del imputado

La STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2007, Ar. 663, anula el artículo 79.2 de la Ordenanza Municipal de las Actividades y de los Establecimientos de Pública Concurrencia del Ayuntamiento de Barcelona. El precepto regulaba el criterio de la reiteración a efectos de graduar las sanciones impuestas con base en la Ordenanza, estableciendo que “(...) se entiende que existe reiteración cuando el procedimiento sancionador se haya incoado por más de una acción u omisión tipificados como infracciones por esta Ordenanza, cuando se están instruyendo otros procedimientos sancionadores o cuando el responsable haya sido sancionado, aunque la sanción no se haya ejecutado, en aplicación de esta Ordenanza” (traducción nuestra). Entre otros argumentos, la sentencia estima que el artículo vulnera abiertamente el derecho a la presunción de inocencia “al pretenderse aplicar la agravante de reiteración pasando por encima de la inexistencia de responsabilidad administrativa declarada en firme, e incluso apreciarla por la mera incoación de uno o varios procedimientos sancionadores que ni tan siquiera hayan quedado resueltos”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Exigencias de motivación del acto sancionador dictado en virtud de una norma sancionadora en blanco

A un guardia civil se le impone una sanción de pérdida de un día de haberes por infracción leve consistente en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales (artículo 7.2 de la LO 11/1991). En concreto, por no asistir a unas jornadas en las que, tras su solicitud, fue admitido. Alega el sancionado que se ha vulnerado el principio de legalidad pues no se especificó el precepto que establece la obligación profesional incumplida. Está de acuerdo la **STS de 6 de julio de 2007**, Sala de lo Militar, Ar. 7002, pues “la norma contenida en el artículo 7.2 de la LO 11/1991, que describe como infracción leve ‘la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales’, necesita ser complementada, porque participa de la naturaleza de las normas en blanco, con la disposición que imponga la obligación de que se trate, salvo que pueda presumirse que ésta, por ser esencial, es conocida por todo miembro del Instituto de la Guardia Civil (...). En definitiva, la Administración sancionadora debió precisar la norma complementadora de la contenida en el artículo 7.2 de la LO 11/1991. Sin embargo, no lo hizo en ninguna de las tres resoluciones que dictó: la sancionadora (...); la desestimatoria del primer recurso de alzada, (...); y la desestimatoria del segundo recurso de alzada”.

B) La imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica. La expulsión de extranjeros

Entre otras muchas, la **STS de 19 de julio de 2007**, Sección Quinta, Ar. 6890, reitera la jurisprudencia según la cual la sanción más grave de expulsión de extranjeros requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente con multa. Esa motivación puede expresarse en la resolución sancionadora de forma explícita o bien constar en el propio expediente administrativo sancionador. Es esto último lo que ocurre en el supuesto enjuiciado por la **STS de 4 de octubre de 2007**, Sección Quinta, Ar. 6968: “a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (apuntada en el expediente sancionador) de que (...) ya existía en su contra al tiempo de su detención una prohibición de entrada en el espacio Schengen vigente hasta el 22 de noviembre de 2003”.

10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La caducidad de la acción en materia laboral: requisitos

El artículo 8.2 del RD 928/1998 establece, en el ámbito de la inspección del Trabajo y la Seguridad Social, un plazo máximo de nueve meses entre la visita de inspección y el acta de inspección con la que se inicie el eventual procedimiento sancionador, lo que parece constituir un supuesto de “caducidad de la acción”. La **STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2007**, Ar. 763, aclara, sin embargo, que para que dicha caducidad se produzca, la visita de inspección y el acta de inspección con el que se inicia el procedimiento sancionador deben ir referidas a unos mismos hechos. En el caso de autos, la entidad financiera BBVA

fue sancionada por obstrucción a la labor inspectora al negarse a facilitar determinados datos solicitados por la Inspección del Trabajo en el curso de una investigación sobre el número de horas trabajadas por sus empleados. Estima la sentencia que “las actuaciones inspectoras iniciadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social iban dirigidas a la acreditación del número de horas realizadas por los empleados de la entidad bancaria demandante, por lo que no puede considerarse que tenga relevancia con la incoación de un expediente sancionador por obstrucción a la labor inspectora; aquí nos encontramos ante un expediente sancionador (...) que tiene autonomía y singularidad respecto al específico expediente inspector, dado que deriva de él pero no tiene relación con aquél. (...) Por todo ello, como no puede concluirse que exista actuación o actividad inspectora en el ámbito del específico procedimiento de obstrucción (...) no puede considerarse que a tales efectos hubiera transcurrido un plazo superior a los 9 meses”.

B) Caducidad en los procedimientos disciplinarios contra jueces y magistrados, y funcionarios al servicio del Consejo General del Poder Judicial

Aplicando el nuevo criterio jurisprudencial establecido por la STS de 27 de febrero de 2006, la **STS de 22 de junio de 2007**, Sección Séptima, Ar. 6559, estima que la superación del plazo de seis meses previsto por LOPJ para los expedientes disciplinarios origina la caducidad del procedimiento sancionador a que se refiere el artículo 44.2 de la Ley 30/1992. La **STS de 16 de julio de 2007**, Sección Séptima, Ar. 6784, tras afirmar que los funcionarios al servicio del Consejo General del Poder Judicial están sujetos a responsabilidad disciplinaria con arreglo a lo establecido en la LOPJ para los jueces y magistrados y el personal al servicio de la Administración de Justicia, traslada a este ámbito también el nuevo criterio jurisprudencial sobre la caducidad.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) La determinación de la sanción como un proceso reglado

Con motivo de la imposición a un extranjero de una sanción de expulsión y prohibición de entrada en España, en lugar de una sanción de multa, la **STSJ de Murcia de 28 de junio de 2007**, Ar. 691, afirma:

“el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, indiferentes jurídicamente (...), lo que significa que las sanciones deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa aplicable. Por lo tanto, no cabe mantener que la sanción de expulsión en vez de la de multa (...) pueda ser impuesta de forma arbitraria sin atender a dichas circunstancias, ni que pueda ser impuesta discrecio-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

nalmente en todas las infracciones graves como la aquí cometida, ni que tal discrecionalidad no pueda ser controlada por los Tribunales. La Administración, a través de un proceso reglado, que puede ser controlado por estos últimos, debe averiguar cuál es la sanción que debe imponer en cada caso. Se trata de buscar la sanción justa y proporcionada a la infracción cometida, lo que comporta que en el supuesto de que como consecuencia de dicha búsqueda reglada llegue a la conclusión de una determinada sanción, deba expresar las circunstancias que ha tenido en cuenta al respecto para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales”.

B) A la hora de apreciar la reiteración no se puede valorar la existencia de otros procedimientos sancionadores en tramitación o de sanciones que no sean firmes

Según la STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2007, Ar. 663, esto supondría una vulneración de la presunción de inocencia.

C) La regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa

Una aplicación de esta regla en sede judicial puede encontrarse en la STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2007, Ar. 876 [vid. crónica VII.13.G)].

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Prescripción de las infracciones de ejecución instantánea que generan unos efectos que se prolongan en el tiempo

La ya comentada STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2007, Ar. 754, [vid. crónica VII.6.A)] en la que se enjuiciaba la sanción impuesta en el año 2003 a un agricultor por haber efectuado dos plantaciones de viñedo en 1994 y 1998 sin contar con la autorización oportuna, una vez rechazado que aunque las vides no hubieran sido arrancadas se estuviera ante una infracción continuada, concluye que la sanción es nula pues la infracción que era de ejecución instantánea (la plantación sin autorización) se cometió en 1994 y 1998, y, en ambos supuestos, ya había transcurrido el plazo de prescripción de 5 años que establecía la Ley del Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes.

B) La solicitud de condonación del pago de una sanción tributaria interrumpe el plazo de prescripción de ésta

Así lo sostiene la STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2007, Ar. 1294, que razona que aunque la condonación tiene un carácter graciable y no constituye, por tanto, ejercicio de derecho alguno, su solicitud resulta equiparable a la interposición de un recurso o reclamación y, por tanto, interrumpe el plazo de prescripción de la sanción, pues “se trata de actuaciones que conllevan el reconocimiento de la deuda por parte del obligado a su abono”.

13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

A) No procede la exigencia de interés de demora por el tiempo que la sanción de multa haya estado suspendida

Lo recuerda una vez más, en relación con una sanción de multa en materia tributaria, la STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2007, Ar. 1294, recordando que, además de una tradicional doctrina jurisprudencial en este sentido, el actual artículo 212.3.b) de la LGT establece que “no se exigirán intereses de demora por el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa”.

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) La declaración de nulidad de una disposición general a partir de la que se ha impuesto una sanción no puede afectar a las confirmadas por sentencia firme y ya ejecutadas

Bodegas Marqués de Carrión, SA impugna la inadmisión de trámite de una solicitud de nulidad de un acuerdo del Consejo de Ministros en el que se le imponía una sanción económica, con el argumento de que el Reglamento de la Denominación de Origen Calificada Rioja, en el que se basaba dicha sanción, había sido declarado nulo con posterioridad. Debe tenerse en cuenta que contra dicha sanción se interpuso en su día un contencioso-administrativo que fue desestimado y además había sido completamente ejecutada. Al respecto, la STS de 3 de julio de 2007, Sección Cuarta, Ar. 6606, con cita del artículo 73 de la LJCA, declara que “en los supuestos en que se haya ejecutado y cumplido la sanción, como es el supuesto de autos, la declaración de nulidad de la disposición general en cuya base se ha impuesto la sanción no puede afectar a lo ya declarado por sentencia firme y ejecutado aunque lo hubiese sido en base a una disposición general, en este caso la Orden de 3 de abril de 1991, que posteriormente se anuló”.

B) Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó, mediante resolución, el archivo de un procedimiento sancionador iniciado por denuncia presentada por un farmacéutico. Este último impugna dicha resolución solicitando de los magistrados de lo contencioso-administrativo que impongan la sanción correspondiente. Ante dicha pretensión, y recordando el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la SAN de 24 de octubre de 2007, Ar. 743, sostiene:

“no procede que esta Sala imponga sanciones administrativas a propósito de las impugnación de un acto administrativo de archivo de actuaciones, pues la función constitucional y legalmente atribuida a esta Sala de control de la legalidad de la actuación administrativa y de

VII. Derecho Administrativo Sancionador

la potestad reglamentaria, ex artículo 106.1 CE y artículo 9.4 LOPJ, impiden que sustituya a la Agencia Española de Protección de Datos en su función e imponga de plano sanciones sin la sustanciación previa del correspondiente procedimiento sancionador, lo que, dicho sea de paso, lesionaría las más elementales y básicas garantías en materia sancionadora”.

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

Un guardia civil había sido sancionado por abandono de servicio. La STS de 15 de abril de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 3901, entiende que no hubo tal abandono sino una infracción menor como podía ser “negligencia en el cumplimiento del servicio” o “falta de puntualidad”. Anula la sanción impuesta y añade: “sin perjuicio, eso sí, de que los hechos declarados probados pudiesen constituir otro tipo disciplinario más específico a juicio de la autoridad militar, previa la tramitación del oportuno procedimiento disciplinario”.

D) Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones

La STS de 5 de julio de 2007, Sala de lo Militar, Ar. 7001, sustituye la sanción de separación del servicio impuesta a un guardia civil por consumo de cannabis por la de suspensión de empleo y sueldo durante un año “habida cuenta de los informes favorables emitidos por sus mandos (los del guardia civil sancionado) en el expediente y en sede judicial, así como la droga consumida que, sin dejar de ser tal, no está considerada entre las sustancias o productos (como la cocaína) que causan grave daño a la salud”.

Sin embargo, en otros supuestos próximos, como el relativo a la sanción de expulsión de un extranjero por permanencia ilegal en España [vid. crónica VII.9.B)] las sentencias se limitan a anular esta sanción sin imponer la de multa que es la que esas mismas sentencias consideran la sanción general para esa infracción. Una excepción parcial constituye la STSJ de Murcia de 28 de junio de 2007, Ar. 691 de 2008, cuyo fallo estima “parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en el sentido de que deberán ser sustituidas la expulsión y la prohibición de entrada en España por una sanción de multa, si así lo estima procedente la Administración demandada”.

E) Se mantienen los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción

La Administración sancionó con multa de 60.101,21 euros a un administrado por carecer de autorización administrativa para la explotación de una máquina digital utilizada para la práctica del juego del bingo mediante cartones que se vendían a 0,50 euros, al considerar tales hechos constitutivos de la infracción muy grave tipificada en el artículo 26.a) de la Ley 6/1999, de juegos y apuestas: “la organización o explotación de juegos o apuestas no catalogadas o sin poseer las correspondientes autorizaciones administrativas (...)”. A pesar de considerar probados los hechos, e incluso otras circunstancias, como la existencia de publicidad de tal actividad de juego en periódicos, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de julio de 2007, Ar. 843, señala que “nos encontramos la escasa cuantía de las cantidades invertidas, 0,50 euros por cada cartón, la cantidad de jugadores, alrededor de

25 personas en un local con 8 mesas y capacidad para 40 personas y el hecho acreditado de que el 10% de las ganancias se dedican a una ONG, lo que conduce a que se tipifiquen los hechos, la organización de juegos y apuestas sin las correspondientes autorizaciones administrativas como constitutivas de una infracción grave prevista en el artículo 27.b): ‘Permitir o consentir la práctica del juego o apuestas en establecimientos no autorizados, o por personas no autorizadas, así como la instalación o explotación de máquinas de juegos carentes de la correspondiente autorización’, imponiendo una sanción de multa de 601 euros”.

F) Cuando se aprecia un vicio formal que ha generado indefensión, se anula la sanción y se retrotraen las actuaciones al oportuno momento procedimental

– Omisión de cierto dato relevante en el pliego de cargos, aunque sí se incluía en la propuesta de resolución: la STS de 2 de octubre de 2007, Sección Quinta, Ar. 6547, retrotrae el procedimiento administrativo al momento de la formalización del pliego de cargos [vid. crónica VII.7.B)].

– Rechazo improcedente de la práctica de una prueba propuesta. La STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2007, Ar. 763, lo retrotrae al momento en que la prueba debió ser admitida.

G) Se anulan varias de las infracciones imputadas pero se mantiene la cuantía de la multa sobre la base de la regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa

Una administrada es sancionada con una única multa de 412.600 euros por la comisión de varias infracciones en materia urbanística consistentes en la división de un inmueble en régimen de propiedad horizontal con incremento del número de departamentos, cambio de uso del edificio, realización de obras ilegalizables de adecuación del edificio sin respetar las órdenes de paralización y vertido de aguas residuales. La STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2007, Ar. 876, anula tres de las infracciones imputadas, pero, con cita de la previsión contenida en la Ley 30/1992 al respecto, mantiene la cuantía de la sanción sobre la base de la regla de que la comisión de la única infracción que se entiende cometida no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M^a. BUENO ARMIJO
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio. A) Control del presupuesto de hecho en las expropiaciones urgentes y efectos de la anulación de la declaración de urgencia. **3. Determinación y pago del justiprecio.** A) Valoración de las ocupaciones temporales. B) Cómputo de las expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable bajo la vigencia de la Ley del Suelo 6/1998. C) Doctrina jurisprudencial sobre la limitada ejecutividad del acuerdo de justiprecio en supuestos de su impugnación. D) Los intereses de demora no son parte del justiprecio, por lo que no existe obligación legal de devolverlos en caso de nulidad de la expropiación y restitución *in natura* del bien, sin que ello contravenga el artículo 1303 del Código Civil. **4. Garantías sustanciales.** A) La interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el justiprecio no suspende el cómputo del plazo para ejercitar el derecho de retasación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos en esta crónica la doctrina más destacada del Tribunal Supremo en materia expropiatoria durante los cuatro meses que median entre el 1 de noviembre de 2007 y el 29 de febrero de 2008. Son especialmente reseñables las cuatro sentencias relativas a la determinación y pago del justiprecio. La primera de ellas sienta el criterio de valoración de las ocupaciones temporales a la luz del artículo 115 de la LEF. La segunda afirma la procedencia de cómputo de las expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable bajo la vigencia de la Ley del Suelo 6/1998 cuando se prueba la “vocación urbana” de dicho suelo. La tercera afirma que la ejecutividad del acuerdo de justiprecio en supuestos de su impugnación queda limitada al abono cautelar de la cantidad inicialmente ofrecida por la Administración en su hoja de aprecio. Finalmente, la cuarta argumenta que no existe obligación de devolver a la Administración los intereses de demora girados sobre el justiprecio en caso de nulidad de la expropiación y restitución *in natura* de lo expropiado.

2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Control del presupuesto de hecho en las expropiaciones urgentes y efectos de la anulación de la declaración de urgencia

En números anteriores de esta Revista hemos venido dando cuenta de la reacción jurisprudencial producida ante el recurso abusivo al procedimiento expropiatorio de urgencia y su consiguiente desnaturalización. Hemos señalado que el Tribunal Supremo ha reforzado la interpretación estricta del presupuesto de hecho de estos procedimientos y del propio concepto de urgencia afirmando la necesidad de que concurra un doble presupuesto para legitimar la expropiación en estos casos: la concurrencia de circunstancias de carácter excepcional que habiliten su utilización junto a la necesidad de motivar el acuerdo que declare la urgencia. Es este segundo requisito, el de existencia o no de motivación, el que más nutridamente ilustra esta línea jurisprudencial, probablemente por la mayor dificultad de examinar la suficiencia de ésta y, sobre todo, de adentrarse en la existencia o no de las circunstancias que justifican la urgencia, pues ésta es una vía de control basada en el análisis fáctico del presupuesto de hecho habilitante que reclama un aparato probatorio y argumental capaz de desmontar indubitadamente la existencia de la urgencia o la evidente irracionalidad en su apreciación; terreno, en suma, más conjetural e indiciario que el formalismo de la motivación, y también más apto para la pervivencia de un “núcleo duro” o resistente de discrecionalidad.

La STS de 1 de febrero de 2008, Ar. 1348, proporciona un buen ejemplo de control del presupuesto de hecho en las expropiaciones urgentes. La sentencia resuelve el recurso de casación deducido contra la STJ de la Comunidad Valenciana que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana por el que se declaraba urgente la expropiación de los terrenos afectados por unas obras de canalización. Según la sentencia de instancia, el recurso debía desestimarse porque el Acuerdo declarativo de la urgencia daba una motivación suficiente a la necesidad de ocupación de los terrenos afectados, haciendo constar

“la necesidad e inmediatez de la obra justificante de la expropiación pues, en el acta de replanteo de 10 de diciembre de 1998 se consigna como fecha de inicio el 13 de enero de 1998 y de finalización el 12 de noviembre siguiente, lo que puesto en relación con la comunicación del Director General de Obras Públicas, de la Consellería de Obras Públicas (prueba documental), revela la urgencia de la ejecución del Proyecto de canalización (...). Tales antecedentes, documentalmente acreditados, justifican, por razón de la ejecución del Proyecto de canalización, la urgencia de la expropiación de que se trata y ello con independencia de la finalización real de la obra porque lo esencial, en este caso, es la fecha de su iniciación de la que deriva la urgente ocupación de los terrenos afectados”.

VIII. Expropiación Forzosa

De este modo, el Tribunal *a quo* confirma la legalidad de la motivación del Acuerdo impugnado, en el que se afirmaba que

“dado que la Consellería de Obras Públicas ha manifestado a este Ayuntamiento su compromiso de ejecutar y costear íntegramente las obras de la referida canalización, y estando las mismas en situación de ser inmediatamente iniciadas, se hace necesario disponer de manera urgente de los terrenos afectados, de forma tan perentoria que no resulta compatible con la normal tramitación del expediente expropiatorio. Debido a ello, y también por haber resultado infructuosas las gestiones realizadas para la adquisición de todos los terrenos afectados por mutuo acuerdo con los propietarios respectivos, resulta imprescindible impulsar el procedimiento de urgente ocupación que se regula en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa”.

Al analizar el motivo de recurso relativo a la insuficiencia de esta motivación, el Tribunal Supremo recopila lo esencial de su doctrina sobre la motivación de la urgencia y el control judicial del presupuesto de hecho de ésta, recordando que

“para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada, conforme a lo establecido por los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, es necesario, en primer lugar, que concurran circunstancias excepcionales que exijan acudir a ese procedimiento, pues la declaración de urgencia, como concepto jurídico indeterminado, tiene unas connotaciones de excepcionalidad en la Ley de Expropiación Forzosa y en el Reglamento y por ello debe responder a urgencias reales y constatadas a lo largo del expediente, en relación con una obra o finalidad concreta y determinada, suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio; y, en segundo lugar, que el acuerdo en que se declare dicha urgencia esté debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que lo justifican (...).

Sólo concurriendo circunstancias de carácter excepcional puede ser alterado el procedimiento de carácter general u ordinario previsto en la Ley. No se trata, por consiguiente, de una facultad discrecional. Para su adopción por los órganos competentes de las Administraciones Públicas es menester la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la desposesión sin previo pago del justiprecio de los bienes expropiados. Es preciso, también, que exista la suficiente motivación del acuerdo mediante el que se haga dicha declaración. Éste debe hacer mención expresa de las circunstancias que en cada caso aconsejen y justifiquen el acudir a ese excepcional procedimiento, como exige hacer el artículo 56.1 del Reglamento”.

La piedra angular de este razonamiento es calificar el presupuesto de hecho de la urgencia como un concepto jurídico indeterminado cuya concreción es reglada y no discrecional, lo que aplicado al caso de autos determina la anulación del Acuerdo recurrido y la procedencia de la casación solicitada, ya que

“el Acuerdo del Consejo de Gobierno para justificar la urgencia da una única razón que en sí misma no es constitutiva de ninguna circunstancia de la que pueda deducirse la

urgencia, y así dice que estando las obras ‘en situación de ser inmediatamente iniciadas, se hace necesario disponer de manera urgente de los terrenos afectados’, añadiendo a continuación que fracasaron las gestiones con los afectados para llegar a un mutuo acuerdo.

Resulta sorprendente que la única razón que se dé para la declaración de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación, sea la ‘urgencia’ en el inicio de las obras, sin motivar adecuadamente en los términos y por las razones expuestas contenidas en la doctrina de la Sala, cuáles son las circunstancias de cualquier tipo reales y constatadas que determinan esa supuesta urgencia en el inicio de las obras que se considera el único motivo para justificar la declaración de urgente ocupación.

El Acuerdo impugnado no recoge ninguna circunstancia excepcional que permita fundamentar la declaración de urgente ocupación, haciendo exclusivamente referencia a una supuesta urgencia, no apoyada en ninguna razón o circunstancia, respecto al inicio de la obra.

Así las cosas es evidente que la Sentencia de instancia vulnera el artículo 52 de la LEF y jurisprudencia que lo desarrolla pues ni se ha acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, ni el Acuerdo en el que se declara dicha urgencia está debidamente motivado con la exposición de las indicadas circunstancias que lo justifican”.

En relación con los efectos de la anulación del procedimiento de urgencia, la sentencia recuerda lo que en otras ocasiones ha señalado el propio Tribunal (SSTS de 18 de enero de 2001, Ar. 639, y de 11 de octubre de 2006, Ar. 8214): que la nulidad del Acuerdo declarativo de la urgencia sólo afecta al procedimiento a seguir y no a la expropiación en sí, que por lo tanto debe continuar su tramitación conforme a las normas del procedimiento ordinario sin perjuicio de las reclamaciones que pudiesen hacer quienes se consideren perjudicados por la improcedente ocupación urgente.

3. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración de las ocupaciones temporales

La STS de 19 de diciembre de 2007, Ar. 581 de 2008, resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del TSJ de Andalucía que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la determinación del justiprecio derivado de la ocupación temporal de una finca para la instalación provisional del Mercado de Triana. El núcleo del debate es el método que ha de seguirse para la valoración de las ocupaciones temporales, para lo que el Tribunal *a quo* consideró adecuado aplicar los intereses legales al valor que la finca tenía en el momento de la ocupación durante todo el tiempo

VIII. Expropiación Forzosa

en que se prolongó ésta, en el que –como afirma la Sala de instancia– “el propietario estuvo privado del *ius disponendi*”.

Debe recordarse que el artículo 115 de la LEF establece para estos supuestos de expropiación provisional y transitoria que la valoración se refiera “a los rendimientos que el propietario hubiera dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca o los gastos que supongan restituirla a su primitivo estado”, de modo que los perjuicios de una ocupación temporal no están en relación directa con el valor que tenga el terreno expropiado sino con las rentas dejadas de percibir por el propietario. Parece claro así que, antes que la restricción del derecho de disposición, lo que ha de tomarse como base del justiprecio en estos casos es la restricción temporal del *ius utendi* y del *ius fruendi*.

La Administración recurrente (Gerencia de Urbanismo) alega que la sentencia recurrida “a falta de otros métodos” fija el justiprecio de la ocupación temporal en el equivalente a los intereses legales del valor urbanístico de la finca referido al año de la ocupación, cuando, a su juicio, este planteamiento es contrario al artículo 115 de la LEF, porque sí existen métodos para establecer el rendimiento de un inmueble de las características del ocupado temporalmente y porque el interés legal del valor urbanístico de la finca no es conceptualmente equivalente al rendimiento o rendimientos del inmueble, dado que el concepto de rendimiento o de renta (como el de ocupación temporal) presupone el hecho de que el titular explota el bien directamente o por medio de otros y que éste le sigue perteneciendo. Por el contrario, a juicio de la recurrente, al equiparar el rendimiento con el interés legal del valor de la finca –como hace la sentencia recurrida– se procede a la transformación económica de un activo inmobiliario en otro monetario, es decir, como si se hubiera producido su venta o su enajenación a un tercero.

Este motivo casacional es estimado por el Tribunal Supremo por entender que

“los perjuicios por ocupación temporal son independientes y no están en relación directa con el valor que tenga el terreno expropiado. Son claros y precisos los términos en que se expresa el artículo 115 de la Ley Expropiatoria, que de forma imperativa precisa que las tasaciones se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiera dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca o los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado; de ahí, como señala la Administración recurrente, la indemnización se integra en dos partidas: a) los rendimientos, las rentas del inmueble y b) los perjuicios causados a la finca y los gastos de restitución de su estado originario, partida esta a establecer con posterioridad o al término de la ocupación.

Establecido por el citado precepto un único método de valoración para determinar el justiprecio por la ocupación temporal no es dable acudir, como hizo la Sala de instancia, a otros, como el realizado por el perito procesal, dado que tales perjuicios no se corresponden con las rentas que podría haber obtenido el propietario dado que se refieren a unos posibles rendimientos que el propietario hubiera podido obtener en el supuesto de no haber podido realizar una promoción inmobiliaria de su finca a consecuencia de la ocupación temporal”.

B) Cómputo de las expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable bajo la vigencia de la Ley del Suelo 6/1998

Bajo la vigencia del Texto Refundido de 1976, el Tribunal Supremo sostuvo que en las expropiaciones de terrenos clasificados como no urbanizables el cómputo de las expectativas urbanísticas era un elemento a tener en cuenta siempre que aquéllos tuviesen una contrastada “vocación urbana” derivada de su proximidad al suelo urbano, de contar con acceso a vías públicas de comunicación y por su inmediación con la expansión del núcleo urbano (SSTS de 22 de septiembre de 1997, Ar. 6474, de 9 de diciembre de 1997, Ar. 249, y de 19 de enero de 1998, Ar. 346). Dicho criterio jurisprudencial quebró —con algún matiz del que hemos dado cuenta en números anteriores de esta Revista— tras la entrada en vigor de la Ley 8/1990 de valoraciones y del Texto Refundido de la Ley del suelo de 1992, que establecían que el valor de los terrenos ubicados en suelo no urbanizable o urbanizable no programado sería el inicial o rústico, sin consideración alguna de las expectativas derivadas de su posible utilización urbanística.

La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de Suelo y Valoraciones, reabrió el problema del cómputo de las expectativas urbanísticas del suelo no urbanizable. Por un lado, porque su Exposición de Motivos deja claro el objetivo de lograr “el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo, renunciando así formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradicen esa realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación. (...) de forma que, a partir de ahora, no habrá ya sino un solo valor, el valor que el bien tenga realmente en el mercado del suelo, único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria”. Y, por otro lado, porque su artículo 26 prevé que el valor del suelo no urbanizable se determine por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas sin hacer mención —que sí hacía el TRLS de 1992— de la imposibilidad de tener en cuenta las expectativas urbanísticas.

Así pues, la Ley 6/1998 vino a restablecer el criterio inicial del TRLS de 1976, refiriéndolo ahora a todo tipo de expropiaciones —urbanísticas o no—, de modo que si lo que se pretende con el método de comparación es hallar el valor real de mercado, habrá que incluir, como un elemento más de ese valor real, las expectativas urbanísticas que el terreno tenga. Otra cosa será lo que ocurra tras la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, que abandona el método de comparación por el de la capitalización de rentas del suelo rústico, objetivizando el cómputo de las expectativas urbanísticas que, de existir, todo lo más permitirán duplicar el resultado de la capitalización (artículo 22 y Disposición Adicional Séptima).

Ciertamente, la Ley de 1998 revivió el cómputo de las expectativas urbanísticas, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo (SSTS de 22 de junio de 1999, Ar. 5737, de 19 de octubre de 2005, Ar. 194, y de 26 de octubre de 2006, Ar. 8823). En esta misma línea, es

VIII. Expropiación Forzosa

especialmente clarificadora la STS de 13 de noviembre de 2007, Ar. 8401, que resuelve la cuestión del siguiente modo:

“El artículo 25 de la Ley 6/1998 establece que el suelo se valorará según su clase y situación en la forma establecida en los artículos siguientes, regulando el artículo 26 la valoración del suelo no urbanizable estableciendo que se determinará por el método de comparación a partir de fincas análogas, y no siendo ello posible se determinará mediante la capitalización de rentas reales o potenciales del suelo y conforme a su estado en el momento de la valoración (...). Por otro lado, ha de precisarse que, frente al criterio de la recurrente, la propia Exposición de Motivos de la Ley 6/1998 afirma que, a partir de la misma, ‘no habrá ya sino un solo valor, el valor que el bien tenga realmente en el mercado del suelo, único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria. A partir de este principio básico, la Ley se limita a establecer el método aplicable para la determinación de ese valor, en función, claro está, de la clase de suelo y, en consecuencia, del régimen jurídico aplicable al mismo y de sus características concretas’. De ello claramente se deduce que la valoración, que se concreta en los artículos 23 y siguientes de dicha Ley, responde al intento del legislador de establecer criterios que determinen el valor justo del terreno, que la propia Ley identifica con el del mercado, estableciendo para ello el método aplicable en función de la clase de suelo, del régimen aplicable al mismo y de sus características concretas, por lo que ha de rechazarse cualquier valoración que excluya, como pretende la recurrente, la aplicación del valor de mercado como identificado como el valor justo que según la Ley constituye el objetivo del sistema de valoración según la clase del terreno.

(...) al referirse a las expectativas urbanísticas, la Ley 6/1998 ha restablecido el criterio de la Ley del Suelo de 1976 al disponer en su artículo 26 que el valor del suelo no urbanizable se determinará por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas y no hacer reserva alguna en relación con la imposibilidad de tener en cuenta las expectativas urbanísticas que por tanto, podrán ser tenidas en cuenta.”

C) Doctrina jurisprudencial sobre la limitada ejecutividad del acuerdo de justiprecio en supuestos de su impugnación

La STS de 1 de febrero de 2008, Ar. 958, resuelve el recurso de casación deducido por un expropiado contra un Auto del TSJ de Cataluña que acordaba parcialmente la medida cautelar del abono anticipado del justiprecio fijado sobre su finca solicitada por aquél limitándola a la cantidad inicialmente ofrecida por la Administración en su hoja de aprecio, recordando que, como tiene declarado el Tribunal Supremo (con cita de la STS de 25 de enero de 2001, Ar. 644),

“Si el expropiado, el beneficiario o la Administración, en la que se incardine el Jurado de Expropiación, recurren en sede jurisdiccional el acuerdo de éste, el expropiado únicamente puede exigir el abono de la cantidad concurrente, conforme al artículo 50.2 de la Ley de Expropiación y, en su momento, el abono de los intereses sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en vía jurisdiccional, con deducción de la efectivamente pagada.”

En aplicación de este criterio, la jurisprudencia sostiene que en estos casos ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 34 y 48 de la LEF, que establecen la obligación de beneficiario de la expropiación de abonar el justiprecio al expropiado como un efecto reflejo del principio de ejecutoriedad de los acuerdos del Jurado de Expropiación; de modo que en los procedimientos en los que se impugna el justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación, tanto por la parte expropiada como por la Administración expropiante o beneficiaria, tan sólo cabe acordar la entrega de la cantidad concurrente, es decir, la ofrecida en el expediente administrativo por la Administración al efectuar su aprecio sobre los bienes y derecho expropiados.

Al resolver el recurso de casación contra el mencionado Auto, el Tribunal Supremo lo desestima corroborando la tesis expuesta por el Tribunal *a quo* haciendo una serie de consideraciones generales sobre la ejecutividad del justiprecio *sub iudice* de sumo interés. La argumentación de la expropiada para sostener el motivo sobre la procedencia del pago de totalidad del justiprecio fijado por el Jurado se basaba en el carácter inmediatamente ejecutivo del acuerdo de justiprecio, con independencia de que hubiese sido recurrido por la Administración o la beneficiaria, ya que —a juicio de la actora— la discusión sobre el *quantum* indemnizatorio no puede considerarse como un “litigio” a los que aluden el artículo 50 de la LEF y 51.2 del REF al prever la consignación.

Frente a este razonamiento, el Tribunal Supremo sistematiza su doctrina sobre el particular que, por su interés, reproducimos *in extenso*:

“si bien el acto de fijación del justiprecio es ejecutivo, su ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación de expropiación forzosa hace derivar del mismo, caso de que el beneficiario de la expropiación o la Administración interpongan recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, siendo tales efectos el pago al expropiado de la cantidad concurrente (artículo 50.2 LEF) y el abono de los intereses establecidos en los artículos 52, 65 y 57 de la misma Ley sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en vía jurisdiccional menos la efectivamente pagada, no alcanzando la ejecutividad del acto recurrido al pago del total del justiprecio establecido en el Acuerdo del Jurado objeto del recurso (...). (L)a jurisprudencia sobre esta materia puede resumirse así:

a) Los acuerdos del Jurado de Expropiación sobre fijación del justiprecio son actos que no requieren operaciones de ejecución, sino que se agotan en su propia función tasadora (...).

b) La ejecutividad de las resoluciones del Jurado de Expropiación sobre fijación del justiprecio se concreta en los efectos que la legislación de expropiación forzosa hace derivar de los mismos (Sentencia de 25 de enero de 2001, recurso de casación número 617/1999).

c) Una vez determinado por el Jurado de Expropiación el justiprecio, éste debe ser pagado por el beneficiario de la expropiación, según disponen los artículos 48.1 y 52.7ª de la Ley de Expropiación Forzosa (Sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997, entre otras).

VIII. Expropiación Forzosa

d) De incumplirse esta obligación, se incurre en morosidad con las consecuencias sobre el abono de intereses señaladas por los artículos 57 y 58 de la propia Ley Expropiatoria, y 73 y 74 de su Reglamento (Sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997, entre otras).

e) Para evitar la responsabilidad por demora y, salvo en el procedimiento de urgencia, poder ocupar la finca o ejercitar el derecho expropiado, es preciso pagar el justiprecio o consignarlo cuando el expropiado rehúse recibirlo, según se deduce de lo establecido por los artículos 50 y 51 de la Ley de Expropiación Forzosa y 51 de su Reglamento (Sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997, entre otras).

f) Conforme a las reglas generales de la consignación, contenidas en los artículos 1176 a 1181 del Código Civil, para que ésta libere al obligado debe acreditarse el previo ofrecimiento de pago, pues sólo cuando el acreedor, a quien se hace dicho ofrecimiento, se niega sin razón a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad (Sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997, entre otras).

g) La consignación por sí sola sólo produce efecto liberatorio cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, se haya extraviado el título de la obligación o se haga el pago estando el acreedor ausente o incapacitado para recibirlo [apartados b), c), d), e) y f) del artículo 51.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa y Sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997].

h) Si el expropiado, el beneficiario o la Administración, en la que se incardine el Jurado de Expropiación, recurren en sede jurisdiccional el acuerdo de éste, la ejecutividad del mismo no alcanza al pago de total de justiprecio establecido, salvo si el beneficiario lo verifica de forma voluntaria a fin de liberarse del abono de los intereses establecidos en los artículos 52, 56 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa (Sentencia de 25 de enero de 2001, recurso de casación núm. 617/1999). En este supuesto, la entrega del total justiprecio al expropiado debe entenderse subordinada al resultado del proceso sobre el importe de justiprecio que, en definitiva, resulte procedente (según se infiere implícitamente de la Sentencia de 11 de marzo de 2000, recurso de casación núm. 3023/1997, aun cuando en dicha sentencia se niegue el carácter de medida cautelar de la consignación).

i) Si el expropiado, el beneficiario o la Administración, en la que se incardine el Jurado de Expropiación, recurren en sede jurisdiccional el acuerdo de éste, no se suspende, en consecuencia, la obligación de pago impuesta al beneficiario por los mencionados artículos 48.1 y 52.7ª de la Ley de Expropiación Forzosa (Sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997).

j) Si el expropiado, el beneficiario o la Administración, en la que se incardine el Jurado de Expropiación, recurren en sede jurisdiccional el acuerdo de éste, el expropiado únicamente puede exigir el abono de la cantidad concurrente, conforme al artículo 50.2 de la Ley de Expropiación, y, en su momento, el abono de los intereses sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en vía jurisdiccional, con deducción de la efectivamente pagada (Sentencia de 25 de enero de 2001, recurso de casación 617/1999).

k) Cuando el litigio no se promueva exclusivamente sobre la valoración de los bienes y derechos expropiados, la entrega provisional de la cantidad concurrente quedará subordinada al resultado del litigio (artículo 50.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y Sentencia de 8 de abril de 2000, recurso de casación núm. 7140/1997).

l) La medida cautelar de suspensión, prevista por el artículo 122 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene como finalidad impedir o retrasar el cumplimiento de obligaciones legales a cargo del beneficiario de la expropiación, cuales son las establecidas por los artículos 48.1, 50, 51 y 57 de la Ley Expropiación Forzosa, relativas al pago o consignación del justiprecio y al abono de intereses por demora en dicho pago (Sentencia de 18 de noviembre de 1995, recurso núm. 7119/1992).

m) En consecuencia, es improcedente la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos del Jurado sobre fijación del justiprecio (Sentencia de 3 de julio de 1998, recurso de casación núm. 7612/1997), así como la adopción de cualquier otra medida cautelar que afecte al abono del justiprecio ajena al derecho del expropiado a la entrega provisional de la cantidad concurrente, que debe considerarse como una medida cautelar específica prevista en la Ley, salvo cuando el litigio versa exclusivamente sobre el importe del justiprecio, en que la entrega tiene carácter definitivo”.

La doctrina expuesta no deja lugar a dudas, y a ella se acogió el Auto del TSJ de Cataluña recurrido en el caso examinado, en el que el acuerdo del Jurado fue recurrido por la beneficiaria de la expropiación y por la expropiada. Por ello, la ejecutividad de dicho acuerdo no alcanza al pago del total del justiprecio, que sólo sería procedente si la beneficiaria lo decide de forma voluntaria y unilateral para evitar el abono de los intereses establecidos en los artículos 52, 56 y 57 de la LEF.

D) Los intereses de demora no son parte del justiprecio, por lo que no existe obligación legal de devolverlos en caso de nulidad de la expropiación y restitución *in natura* del bien, sin que ello contravenga el artículo 1303 del Código Civil

La STS de 12 de diciembre de 2007, Ar. 579 de 2008, resuelve un recurso de casación dirigido contra una sentencia del TSJ de Madrid que estimaba parcialmente la pretensión anulatoria de un acuerdo de la Comunidad Autónoma Madrid que revocaba la declaración de urgencia de la expropiación, anulada judicialmente, y, en consecuencia, acordaba la devolución de los terrenos ilegalmente ocupados solicitando a cambio la devolución del justiprecio y de los intereses abonados.

El Tribunal *a quo* estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el propietario anulando el acuerdo autonómico en el limitado aspecto de exigir al recurrente el pago de intereses devengados. Frente a ello, la Administración formula recurso de casación por entender que la sentencia de instancia vulnera el artículo 1303 del Código Civil, según el cual “declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos y

VIII. Expropiación Forzosa

el precio de sus intereses”, ya que considera erróneo que no se tengan que devolver los intereses del justiprecio por el hecho de que se demore su fijación o entrega en un expediente expropiatorio que finalmente se declara nulo, y ello porque el carácter reglado y tasado del devengo de los intereses moratorios previstos en los artículos 56 y 57 de la LEF no pueden emplearse para compensar una situación de supuesto perjuicio para el interesado cuando la expropiación se declara inexistente. Así, según la Administración recurrente, si no ha existido la expropiación y es necesario borrar toda consecuencia del acto nulo, siendo posible la restitución *in natura* de lo indebidamente expropiado, también ha de devolverse el precio pagado con sus intereses. En otro caso, se acudiría a una suerte de aplicación “compensatoria” de los intereses de demora que no resulta admisible, máxime cuando el propietario no ha reclamado indemnización alguna por tal concepto. Tal proceder supone, a juicio de la Administración recurrente, la infracción del artículo 1303 del Código Civil, que determina las obligaciones que incumben a cada parte en caso de nulidad, así como de la jurisprudencia que prevé la posibilidad que cuando sea posible la restitución *in natura* de los bienes ilegítimamente ocupados como consecuencia de la expropiación declarada nula no se le aplique la doctrina jurisprudencial de indemnizar los daños y perjuicios girando un 25% sobre el justiprecio (conclusión a la que llegan las SSTs de 8 de mayo y 8 de junio de 2002 que la recurrente cita).

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y rechaza la aplicación al caso de las sentencias esgrimidas por la Administración autonómica, que en los aludidos casos versan sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por haber ocupado una Corporación municipal unos terrenos en virtud de un expediente expropiatorio anulado por sentencia firme, que es un supuesto de hecho diverso del aquí tratado. Tras ello, el Tribunal Supremo sostiene que

“Los intereses vienen a representar en unos casos una compensación por la demora en la determinación del justiprecio –artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa– o por retraso en el pago del mismo –artículo 57 de la citada Ley –, pero no son parte del justiprecio, pues mientras éste tiene una naturaleza conmutativa del bien o derecho expropiado, el interés representa ‘una indemnización’ en la dicción del artículo 56 de la Ley que se impone a la Administración o beneficiario de la expropiación, en razón de la demora en la determinación o pago del justiprecio, por ello, la jurisprudencia de nuestra Sala no lo viene considerando como parte del justiprecio, sino como un crédito accesorio del mismo que se devenga por imperativo legal; de ahí, que los intereses expropiatorios como frutos civiles se entienden devengados día por día, y por tanto en los supuestos como el que aquí contemplamos, en donde una vez producida la nulidad del expediente expropiatorio en el que es factible restituir los bienes expropiados a su antiguo propietario –restitución *in natura*– no se puede compeler al expropiado a fin de que pueda recuperar su propiedad que devuelva además del justiprecio recibido los intereses de demora del pago, pues el artículo 1303 del Código Civil que se invoca como infringido por la Administración recurrente no es aplicable al supuesto que enjuiciamos, ya que este precepto se refiere exclusivamente a relaciones contractuales, y aquí no estamos ante una relación contractual y aunque la Administración recurrente exige al expropiado la devolución de los intereses percibidos en concepto de justiprecio, tampoco le abona los frutos percibidos por la detención del inmueble.”

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) La interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el justiprecio no suspende el cómputo del plazo para ejercitar el derecho de retasación

El Tribunal Supremo tiene declarado (p. ej., STS de 19 de enero de 1999, Ar. 1076,) que, al igual que sucede en los casos de reclamación de los intereses de demora, la retasación no se enerva por la pendencia de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el expropiado contra el justiprecio, ya que impedir el ejercicio del derecho a solicitar la retasación durante la pendencia de un recurso contencioso-administrativo comportaría el establecimiento de una limitación injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la retasación constituye una de las garantías sustanciales del expropiado para restablecer la integridad de sus derechos en el supuesto de que la Administración demore el pago o la consignación del justiprecio, para cuya realización no es obstáculo alguno la pendencia de un proceso judicial. Además, no debe olvidarse —como también ocurre en las reclamaciones de intereses por demora— que la Administración siempre puede sanar los efectos del transcurso del plazo establecido para solicitar la retasación realizando el pago del justiprecio o consignando la cantidad hasta el límite en que exista conformidad con el expropiado, quedando subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio.

En ese orden de consideraciones, la **STS de 12 de diciembre de 2007**, Ar. 9004, plantea un problema conexo al anterior que igualmente tiene una asentada respuesta en la jurisprudencia: si la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el justiprecio suspende o no el cómputo del plazo de los dos años desde la fijación del justiprecio que la LEF fija como presupuesto para el nacimiento del derecho de retasación. En relación con este problema, el Tribunal Supremo viene afirmando que la pendencia del recurso contencioso-administrativo no obstaculiza ni suspende el transcurso del plazo señalado para la retasación (SSTS de 17 de noviembre de 1983, Ar. 5801, y de 19 de enero de 1999, Ar. 1076). Poniendo en relación el régimen de la retasación del artículo 58 de la LEF con lo previsto en el artículo 50, el Tribunal Supremo sostiene que de acuerdo con los artículos 51 y 74 del REF la Administración puede pagar o consignar el importe del justiprecio fijado, lo que de no hacerse en el plazo de dos años debe dar lugar a una nueva evaluación de las cosas. Incidiendo en esta argumentación, la sentencia que se comenta dice que

“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. En la Sentencia 7 de junio de 2006 (rec. 1409/2003) decíamos:

VIII. Expropiación Forzosa

“Cuarto.— Antes de entrar al concreto examen de las infracciones que se denuncian en este motivo de casación, 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 (Sentencias de 8 de octubre de 1989, 4 de mayo de 2004, y 18 de mayo de 2005).

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, ‘la retasación –Sentencia de 8 marzo 1991– 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 señala que ‘esta Sala viene declarando últimamente, entre otras, en sentencias de dieciocho de abril de dos mil y treinta y uno de diciembre de dos mil dos –recursos de casación 29/1996 y 8177/1998–, 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’.

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, cuando señala que ‘en este sentido ha de recordarse 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’.”

De ello se deduce que la solicitud de retasación no puede quedar enervada por el solo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente. Sólo la aceptación del pago sin reservas excluye el derecho de retasación, no siendo admisible, por el contrario, la

retasación cuando actos propios del expropiado manifiestan una acomodación al *quantum* de la indemnización.

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. B) Inexistencia de responsabilidad municipal por los daños producidos con ocasión de actividades desarrolladas durante los festejos municipales en pabellón municipal por sujetos privados al margen del programa de festejos. C) Responsabilidad de la Administración autonómica por la transmisión de una finca posteriormente deslindada por pertenecer al dominio público. D) Autorización de la autoridad laboral para la extinción de contratos de trabajo: inexistencia de relación de causalidad en el caso de posterior declaración judicial de ilegalidad de los despidos. E) Responsabilidad de la Administración autonómica por la paralización de obras que afectan a la zona de servidumbre de protección de la zona marítimo-terrestre careciendo de competencias para ello, con independencia de la corrección jurídica del fondo de la decisión. **3. Acción y procedimiento.** A) Legitimación pasiva de la aseguradora del particular codemandado con la Administración. B) Legitimación pasiva de los particulares cuando no se ha estimado la responsabilidad de la Administración. C) Plazo: daños continuados derivados de vacunaciones obligatorias y acciones judiciales frente a desestimación administrativa por silencio. Plazo en el caso de posterior rectificación de informaciones erróneas. **4. Responsabilidad del poder judicial.** A) Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: homicidio a manos de un recluso huido tras un permiso de fin de semana. B) Prisión provisional e inexistencia objetiva: precisión del concepto.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Como viene siendo la tónica de estas crónicas sobre responsabilidad de la Administración, también concurren en la presente dos circunstancias en cierto modo contradictorias: por una parte, se repiten los supuestos o tipos de asuntos examinados por los órganos jurisdiccionales, siempre desde luego con variantes que contribuyen a justificar mejor y, por tanto, a profundizar en el tratamiento de cada figura o aspecto de este instituto

garantizador; por otra parte, sobre el telón de fondo de ese panorama aparentemente repetitivo, indefectiblemente salen a la luz pronunciamientos muy relevantes que abordan el tratamiento de cuestiones controvertidas, estableciendo conclusiones doctrinales de alcance general.

Nuevamente abundan los asuntos de responsabilidad en el ámbito sanitario, donde el criterio de la *lex artis ad hoc*, como es proverbial, se erige en la clave determinativa de la suerte de la litis incorporando así la consabida intrusión del factor culpabilístico en el sistema objetivo de responsabilidad establecido.

Son especialmente importantes dos sentencias del Tribunal Supremo que vienen a redondear el planteamiento y la solución de los últimos “flecós” controvertidos referentes a la tan trillada “unidad de fuero jurisdiccional” en esta materia, resolviendo a favor de la competencia del contencioso-administrativo supuestos extremos de concurrencia de la Administración con otros legitimados pasivos (particulares, entidades aseguradoras), incluso en el caso de resultar aquélla exonerada de responsabilidad.

Digna de mención también es la Sentencia del Tribunal Supremo por la que se confirma la posibilidad de interponer recurso contencioso *sine die* en caso de desestimación de la reclamación por silencio en vía administrativa.

Por último, cabe destacar un pronunciamiento sobre asunto que, aunque por desgracia no es nuevo, tiene mucho que ver con sucesos que están actualmente en boca de la opinión pública referidos a delitos cometidos por delincuentes en indebido estado de libertad. En el caso aquí analizado se trataba del homicidio cometido por un sujeto peligroso al que le fue otorgado un permiso de fin de semana. Con intachable criterio, el Tribunal Supremo estima la pretensión, máxime habida cuenta que en este caso el permiso otorgado constituía en sí mismo un funcionamiento anormal del servicio público.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria

Una vez más, son mayoritarios los asuntos que enjuician la responsabilidad de la Administración por las actuaciones de la sanidad pública.

Los pronunciamientos relacionados con este género de responsabilidad han tenido eco de forma casi constante en las páginas de esta crónica.

La clave para enjuiciar la responsabilidad administrativa en este sector es el cumplimiento o no de la *lex artis ad hoc*, en cuanto a la actuación médica, incluida la obtención del consentimiento informado del paciente, y los medios técnicos y humanos empleados. Respecto de esto último, en este período, destacamos la **STS de 25 de septiembre de 2007, Ar.**

7017, que analiza una reclamación por las graves secuelas neurológicas sufridas por un recién nacido. El parto se presentó de cara con sufrimiento fetal, en ausencia de obstetra y asistido únicamente por matrona. Para el Tribunal Supremo, la ausencia del especialista hace que sea exigible a la Administración probar con toda precisión que el parto se presentaba con absoluta normalidad y que por tanto al no haber riesgo de ningún género era suficiente la mera asistencia de una comadrona, y no entiende que éste sea el caso.

Por otra parte, se ha reiterado la necesidad, común a todos los asuntos y no sólo a la responsabilidad sanitaria, de respetar el relato de hechos probados de la instancia, la valoración jurídica de éstos y la valoración del daño (en este período, **SSTS de 4 de julio de 2007**, Ar. 6617; **de 11 de julio de 2007**, Ar. 6697; **de 18 de julio de 2007**, Ar. 6877; **de 18 de julio de 2007**, Ar. 6878; **de 24 de septiembre de 2007**, Ar. 7012; **de 30 de octubre de 2007**, Ar. 7334; **de 12 de noviembre de 2007**, Ar. 8393). El Tribunal Supremo se reserva, en todo caso, el control de las apreciaciones arbitrarias de los tribunales de instancia. En este sentido, traemos a colación las sentencias que casan la apreciación de la instancia acerca de la existencia o no de nexo causal y la mayoría, muy en particular, sobre un aspecto crucial: a quién corresponde la carga de la prueba de la corrección o incorrección del tratamiento médico llevado a cabo:

– La **STS de 4 de julio de 2007**, Ar. 6616, tiene como presupuesto el fallecimiento de una persona por complicaciones posquirúrgicas, siendo así que una vez en el quirófano se demostró que no era necesaria la operación. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, que había rechazado la reclamación por falta de prueba por parte de la recurrente de la vulneración de la *lex artis*. Considera que en casos como éste no cabe exigir al recurrente una prueba que escapa a sus posibilidades acreditatorias. La carga de la prueba, corresponde, por el contrario, a la Administración.

– La **STS de 25 de septiembre de 2007**, Ar. 7015, considera que de los informes periciales la conclusión lógica que se extraía era que no se había analizado adecuadamente la situación del paciente y adoptado las medidas adecuadas en una implantación de válvula ventricular, la contraria a la asumida por la instancia.

– La **STS de 10 de octubre de 2007**, Ar. 7321, enjuicia una reclamación por pérdida de un ojo como consecuencia de una intervención de cataratas en el curso de la cual se produjo la rotura de la cápsula superior y un fragmento del cristalino pasó al segmento posterior, no practicándose además una vitrectomía inmediata. Pese a ello, el tribunal de instancia considera que no se ha probado por el recurrente la infracción de la *lex artis*. Por el contrario, el Tribunal Supremo estima que en estos casos la prueba corresponde a la Administración, que incluso de reputarse el daño como inevitable también responde por la falta de atención inmediata y el tratamiento adecuado. Además, en este caso, se vulneró también el derecho al consentimiento informado, no bastando cualquier información genérica en el momento de la anestesia.

– La **STS de 14 de noviembre de 2007**, Ar. 8198, estudia una reclamación por el daño causado por un tornillo colocado a un paciente para fijar una prótesis de cadera, que se

desplaza causando secuelas. Contra lo apreciado por la instancia, que entendía que no se había probado la causa del desplazamiento y con ello una desviación de *lex artis*, estima que en este caso incumbía a la Administración la carga de probar la inevitabilidad del desplazamiento del tornillo y le condena a indemnizar.

Finalmente, en el período considerado se ha venido una vez más a reiterar la ya consolidada jurisprudencia que engloba los casos de contagio de virus por transfusiones realizadas antes de su aislamiento y de la existencia de reactivos como casos de falta de antijuridicidad del daño y, por ende, obligación de soportarlo —lo que hoy tiene su consagración legal en la cláusula del estado de los conocimientos que luce en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992—. En este sentido se pronuncia la **STS de 13 de julio de 2007**, Ar. 6862, en un caso de contagio del virus de la hepatitis C.

B) Inexistencia de responsabilidad municipal por los daños producidos con ocasión de actividades desarrolladas durante los festejos municipales en pabellón municipal por sujetos privados al margen del programa de festejos

La **STS de 21 de junio de 2007**, Ar. 6554, analiza el caso de las gravísimas lesiones y secuelas sufridas por un joven cuando estaba instalando el juego de la tirolina en un polideportivo municipal. El lesionado junto con otros jóvenes había contactado previamente con la Teniente Alcalde y Concejala encargada de festejos ofreciendo su colaboración para organizar actividades lúdicas para niños, habiendo recibido de aquella edil una respuesta favorable a esa oferta. Dichas actividades se enmarcaban dentro de la programación municipal de festejos, y el lugar donde iban a tener lugar era aquel polideportivo.

El tribunal de instancia consideró que el accidente derivó de

“queda claro y demostrado que el accidente deriva de una actividad de alguna forma relacionada o a propósito de una (actividad) de índole municipal, como es la organización de fiestas, y que sucede en un lugar de titularidad del Ayuntamiento demandado. Pero lo uno y lo otro, por sí, no son suficientes para fundamentar o servir de título de imputación al Ayuntamiento demandado, porque no hay base probatoria objetiva, imparcial y suficiente que acredite un extremo de capital importancia como es el de que la tirolina fuese una actividad lúdica prevista en la programación municipal de los festejos, en tanto que de alguna manera pactada o consentida por el Ayuntamiento, o, alternatively, que esa Administración supiese que se estaba instalando dicho juego y con su pasividad permitiese lo anterior. Es decir, no hay base para apoyar la tesis de que ese juego estaba previsto o era ‘consentido’ (...)”.

El Tribunal Supremo parte de este relato de hechos y da por buena la conclusión —en línea con el respeto por la apreciación causal del que se parte en casación, salvo conclusiones arbitrarias—.

IX. Responsabilidad Administrativa

C) Responsabilidad de la Administración autonómica por la transmisión de una finca posteriormente deslindada por pertenecer al dominio público

La STS de 4 de mayo de 2007, Ar. 7061, estima la responsabilidad de una Administración autonómica por la transmisión a un particular de una finca que en realidad pertenecía al dominio público marítimo-terrestre y que con posterioridad a la transmisión fue deslindada y recuperada de oficio por la Administración del Estado. Considera que cuando se enajenó, la situación jurídica de la finca era dudosa y que cuando se autorizó su enajenación ya se había iniciado un procedimiento de deslinde, de tal modo que la Administración autonómica, “aun cuando solamente fuera en base al principio de coordinación y cooperación entre Administraciones”, no puede alegar el desconocimiento de una actuación de deslinde por parte de la Administración del Estado, menos teniendo en cuenta que se trataba de una zona de marismas con un deslinde practicado muchos años atrás y con linderos que podían ser alterados.

D) Autorización de la autoridad laboral para la extinción de contratos de trabajo: inexistencia de relación de causalidad en el caso de posterior declaración judicial de ilegalidad de los despidos

La STS de 4 de octubre de 2007, Ar. 8148, considera que en los casos de autorización por la autoridad laboral de la extinción de contratos de trabajo, la Administración se limita a confrontar la solicitud empresarial con las causas de despido legales que permiten al empresario adoptar los despidos, pero dicha autorización no extingue *per se* los contratos, ya que la extinción es el fruto de una decisión empresarial, sin perjuicio de lo que resulte en una posterior reclamación judicial. La consecuencia es que no puede deducirse la responsabilidad administrativa de una posterior anulación de dicha autorización. Sólo procedería la responsabilidad si la Administración hubiera concedido la autorización sin comprobar los errores de carácter objetivo de la solicitud del empresario, pero no cuando la autorización es anulada por consideraciones jurídicas, como era el caso.

E) Responsabilidad de la Administración autonómica por la paralización de obras que afectan a la zona de servidumbre de protección de la zona marítimo-terrestre careciendo de competencias para ello, con independencia de la corrección jurídica del fondo de la decisión

La STS de 10 de octubre de 2007, Ar. 8151, obliga a la Administración del Estado a indemnizar los daños producidos por una orden de paralización de obras que afectan a la zona de servidumbre de protección de la zona marítimo-terrestre. Con independencia de que dicha medida estuviera o no justificada en su fondo, razona el Tribunal Supremo que la incompetencia de la Administración del Estado para adoptar una medida tal, que pertenece a la Administración autonómica, convierte *per se* el daño en antijurídico.

3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Legitimación pasiva de la aseguradora del particular codemandado con la Administración

La STS de 26 de septiembre de 2007, Ar. 7088, enjuicia una demanda interpuesta contra una Administración autonómica, un particular y una aseguradora, por los daños y perjui-

cios ocasionados al recurrente con motivo del accidente producido por la irrupción en la calzada de un jabalí procedente del coto de caza de titularidad del particular demandado. La sentencia de instancia desestimó la responsabilidad de la Administración Autonómica de Extremadura, y declaró, no obstante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la responsabilidad, con la consiguiente condena, del titular de dicho coto. La sentencia analizó también la petición de condena a la compañía de seguros del coto, poniendo de manifiesto que “(...) su posición no es la de un sujeto privado que hubiera concurrido a la producción del daño, sino que es llamada al proceso en su condición de aseguradora de la sociedad de cazadores, en consecuencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 1, 2 y 3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, este Tribunal Contencioso-Administrativo carece de competencia para acordar un pronunciamiento condenatorio de una empresa privada cuya intervención se desenvuelve con base en la relación jurídica que mantiene con el titular del terreno cinegético, siendo procedente exclusivamente la condena del titular del acotado, sin perjuicio de las relaciones entre la compañía de seguros y don Sebastián. Al ser un particular el condenado al pago no es aplicable el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro que se refiere a la mora del asegurador, conforme a la redacción dada por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que se refiere a la mora del asegurador, condición que no reúne el titular del terreno cinegético”.

Recurrida en casación esta exclusión de la responsabilidad de la aseguradora del particular causante del daño, el Tribunal Supremo comienza haciendo todo un recorrido normativo y jurisprudencial:

“Debe recordarse, como declaró ya la Sala de Conflictos de este Tribunal en Auto de 13 de octubre de 2006, 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 prevista 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 efecto, y como tuvo ocasión de declarar esta Sala (Autos de 7 de julio y 20 de octubre de 1994, entre otros), 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 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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

IX. Responsabilidad Administrativa

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’.

Finalmente y como recuerda el Auto que venimos invocando de la Sala de Conflictos, no podemos olvidar tampoco que 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 concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad’.”

Y llega a la siguiente conclusión:

“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 la misma 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.

En el presente caso, la Sala ha declarado la responsabilidad del dueño del coto excluyendo el conocimiento de la responsabilidad atinente a la compañía aseguradora del mismo, incurriendo con ello en un defecto de jurisdicción, puesto que, conforme a lo antes indicado, la Sala debió de pronunciarse respecto a la responsabilidad de dicha entidad aseguradora que había intervenido debidamente representada en los autos de instancia

en su condición de codemandada y ninguna objeción se formuló a la aceptación de tal intervención.”

Por ello, procede estimar el primero de los motivos de casación aducidos por la recurrente.

Entrando en el fondo, la Sentencia condena solidariamente a la aseguradora, pero excluyendo los intereses de demora a que se refiere el artículo 20 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguro. Como se recordará, dicho artículo dispone en su párrafo octavo que “no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”, como es el caso en que sea necesario el reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente al asegurado, tal y como ya ha interpretado pacíficamente la jurisprudencia.

B) Legitimación pasiva de los particulares cuando no se ha estimado la responsabilidad de la Administración

La STS de 21 de noviembre de 2007, Ar. 8464, aborda otra arista del mismo tema, con referencia expresa a la sentencia antes comentada.

Se demanda a un Ayuntamiento, una constructora, un arquitecto, una aseguradora y una compañía eléctrica. El daño consiste en un accidente que sufre una persona que visita una obra para entregar materiales cuando se desploma una grúa y uno de los postes de cemento del tendido eléctrico propiedad de la compañía eléctrica demandada, golpeándole este último y causándole numerosas y graves lesiones. El tribunal de instancia desestimó la pretensión dirigida contra el Ayuntamiento, basada en el incumplimiento por el Ayuntamiento de su obligación de que las obras e instalaciones que se ejecuten en sus calles cumplan todos los requisitos legales y de seguridad. Estimó que el daño no era producto de un vicio del proyecto que fue autorizado por la licencia municipal, o de una orden directa, sino de la irregular y clandestina actuación del dueño de la obra, instalando una grúa sin los permisos y licencias precisos, y en su paso ulterior, de la dirección de la obra que lo permitió, al igual que nadie había denunciado previamente al Ayuntamiento que el poste eléctrico estuviera en mal estado. Resolver lo contrario, añadía, sería equivalente a establecer “el principio de responsabilidad universal de las Administraciones; sobre todo en aquellos supuestos en los que, como el presente, es clara la intervención de terceros como agentes causales directos del daño, que rompería la relación de causalidad precisa entre el no hacer denunciado del Ayuntamiento y el daño”. Excluida la responsabilidad del Ayuntamiento, el tribunal de instancia ni siquiera enjuiciaba la responsabilidad de las demás demandadas. Entendió que la vía elegida (codemandar a todos ante lo contencioso) tenía ese riesgo conscientemente asumido, mientras que podría haberse optado por demandar a todos menos al Ayuntamiento ante los tribunales civiles. Esta interpretación es combatida en casación.

IX. Responsabilidad Administrativa

El Tribunal Supremo comienza recordando el Derecho aplicable:

“En la actualidad y después de la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción en su apartado d) expresa que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccional civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

El texto anterior de la Ley Jurisdiccional en el apartado e) preveía la competencia de este orden contencioso-administrativo en relación con las cuestiones que se susciten acerca de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. El texto de ambos preceptos respondía a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción anterior y en la efectuada también por la Ley Orgánica antes mencionada 19/2003. Con anterioridad a dicha Ley regía lo dispuesto en el artículo 9.4, párrafo 2º, de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial en la reforma producida por la Ley 6/1998, de 13 de julio, que atribuía a los Tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

Como apunta el Tribunal:

“Los textos que se dejan más arriba mencionados supusieron una alteración esencial, introducida ya originariamente por la Ley Jurisdiccional en el año 1998, acerca del enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que, inicialmente, quedó atribuida al orden contencioso-administrativo, cualquiera que fuera el ámbito de la actividad enjuiciado en el que se produjera la responsabilidad, ampliándose después este criterio al supuesto de concurrencia de sujetos privados junto con la Administración en la producción del daño, pues en tal supuesto el demandante había de deducir también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como dispuso en la reforma efectuada por la Ley Orgánica 6/1998 el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto que posteriormente sufrió nueva redacción para incluir asimismo como posibles demandados a los aseguradores de los responsables. Ello supone que corresponde al orden contencioso-administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso-administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares. Y no es obstáculo a tal conclusión, la circunstancia de que se excluya por

los tribunales de lo contencioso-administrativo la responsabilidad de la Administración ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquélla. Tal interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución.

Así lo hemos entendido recientemente en Sentencia de 26 de septiembre de 2007 (recurso de casación núm. 4872/2003); en el caso allí enjuiciado, después de excluir la responsabilidad de la Administración, el Tribunal de instancia había efectuado condena de particulares, y cuestionada ésta en vía casacional, se rectificó la cuantía indemnizatoria, mas sin excluir la posibilidad de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se pronunciara sobre la condena de particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de la Administración, puesto que el recurso contencioso-administrativo se había planteado contra una decisión administrativa apreciando el recurrente que coexistía responsabilidad de la Administración junto con la de los particulares.

En el presente caso, además, concurre la particular circunstancia de que los recurridos en vía contencioso-administrativa intervinieron también en el proceso ante la jurisdicción civil y en ella plantearon que la jurisdicción competente —y así se acordó por el Juez de instancia— debía de ser la contencioso-administrativa; mal se compadece con el respeto a los actos propios y el principio de buena fe procesal entender, por el contrario, que en el presente caso, y excluida la condena de la Administración, resultaba conforme a derecho excluir de su conocimiento por el orden contencioso-administrativo la responsabilidad de los particulares, debiendo nuevamente el perjudicado reiniciar un proceso ante la jurisdicción civil que es, en definitiva, lo que pretenden los recurridos, vulnerando con ello, como antes decíamos, el principio de efectividad de la tutela judicial con un innecesario peregrinaje jurisdiccional.

Se ha alegado por los recurrentes que en el presente caso no resultaba aplicable lo dispuesto a partir de la reforma introducida por la Ley 6/1998, que permitía la interpretación que dejamos antes expuesta, por cuanto que se dice que los hechos causantes del accidente ocurrieron en 1997, antes, por tanto, de la existencia de la norma contenida en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No obstante lo anterior, la Sala entiende que en el presente caso resultan aplicables, a efectos del ejercicio de la acción y del ámbito de la misma, las disposiciones de la citada Ley, siguiendo con ello la interpretación a que conduce el contenido de la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil, e incluso la Disposición Final Tercera, último párrafo, de la propia Ley Jurisdiccional, en cuanto que el ejercicio, duración y procedimiento para hacer valer los derechos habrá de efectuarse de acuerdo con la nueva legislación, disponiendo la citada Disposición Final de la Ley Jurisdiccional la aplicación de la nueva Ley en toda la regulación del ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo con la única excepción,

IX. Responsabilidad Administrativa

prevista en dicho precepto, para las materias comprendidas en la letra a) del apartado 2 del artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que permite interpretar que las normas que delimitan el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo han de regirse por lo dispuesto en la Ley vigente en el momento en que el recurso jurisdiccional se inicia con la interposición del recurso, efectuado ya bajo el imperio de la nueva normativa.

Con la aclaración, por tanto, de la improcedencia de aceptar el motivo segundo, en lo que se refiere a la infracción que se dice cometida por el Tribunal de instancia de la que se denomina jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, dado que dicha jurisprudencia solamente emana de los pronunciamientos de este Tribunal, procede estimar los motivos primero, segundo, tercero y sexto del escrito de interposición de esta casación.”

Además, en este caso, considera que sí existe responsabilidad administrativa, pues:

“Ciertamente, no se puede partir de la premisa de que, literalmente, el Ayuntamiento había incumplido su obligación de que las obras e instalaciones que se ejecuten en sus calles cumplan todos los requisitos legales y de seguridad y añadir, posteriormente, que el Ayuntamiento desconocía, porque nadie lo había denunciado, las múltiples irregularidades que en la obra concurrían, no solamente en relación con la instalación de la grúa o su funcionamiento sino también respecto a una posible indebida colocación o mantenimiento de los postes de la luz, circunstancias, fundamentalmente la primera, que no puede fundarse en una falta de denuncia, siendo así que, efectivamente, y como está acreditado –y en tal sentido integramos los hechos de la sentencia–, el constructor de la obra, que pidió autorización y se le concedió por el Ayuntamiento para ocupar en toda su extensión la vía pública, era uno de los siete Concejales que integraban la corporación local y, por otro lado, no resulta conforme a la realidad de los hechos la afirmación efectuada en su defensa por dicho constructor de que la grúa estaba pendiente de instalación y se había llevado a la obra el día anterior, ya que es precisamente la sentencia de instancia la que afirma, como un hecho acreditado, que conforme resulta del testimonio de diversos testigos, dicha grúa se encontraba en la obra tres o cuatro meses antes. De ello cabe deducir, en definitiva, que en una obra de las características de la misma y en un pequeño pueblo como aquel en que ocurrieron los hechos no podía alegar el Ayuntamiento un desconocimiento de la instalación que ocupaba la calzada de la vía pública desde hacía meses por lo que, efectivamente, el enjuiciamiento de los hechos efectuado por el Tribunal de instancia resulta contrario a la lógica y ha de ser reconsiderado en los términos expuestos por parte de este Tribunal, de tal manera que, con o sin denuncia de los pocos vecinos de que consta el Ayuntamiento, el mismo tenía conocimiento de la ubicación de la grúa, efectuada clandestinamente y sin autorización, lo que supone que había incumplido las obligaciones que le incumben en cuanto al control de las obras e instalaciones irregularmente realizadas en sus calles y en la que, en concreto, ocupaba en toda su amplitud la obra, al menos la acera colindante a la misma y la calzada en la cual se encontraba instalada la grúa.”

Respecto a los codemandados privados, argumenta que

“(…) pese a que la mera existencia en las obras de la grúa, así como la del tendido eléctrico, suponía ya la creación de un riesgo, resultaba en cualquier caso exigible una

acreditada demostración acerca del elemento causante, entendido como causa eficiente del siniestro, e ignorándose el mismo, ni puede atribuirse responsabilidad a las personas relacionadas con la obra como es Prohecu, su arquitecto y la compañía aseguradora, ni tampoco a Iberdrola en cuanto titular del tendido eléctrico puesto que resulta en cualquier caso esencial la determinación del cómo y el porqué se produjo el accidente, sin que la aplicación de la teoría del riesgo permita declarar una responsabilidad de dichas personas y entidades en el presente caso, responsabilidad que, como declaró la Sala de lo Civil en su Sentencia de 21 de diciembre de 2005, no puede derivarse sin más de la mera inexistencia del proyecto de instalación de la grúa ni del certificado sobre el montaje de la misma, que no constituye por sí una circunstancia de la que surja la obligación de resarcimiento por culpa extracontractual”.

C) Plazo en el supuesto de daños continuados derivados de vacunaciones obligatorias y acciones judiciales frente a desestimación administrativa por silencio

En la STS de 18 de septiembre de 2007, Ar. 7062 se ventila la reclamación de una persona que en 1975, con cuatro años de edad, fue objeto de vacunación obligatoria contra la viruela en un colegio público y que desarrolló a consecuencia de ello una patología.

El tribunal de instancia tuvo en cuenta que en 1975 se mantenía la obligación legal de vacunarse contra la viruela frente al criterio de muchos profesionales de la medicina, ya que la enfermedad había sido erradicada en España y la obligación de vacunación había desaparecido ya en otros países como Estados Unidos. Además, considera que, al haberse desestimado la pretensión en vía administrativa por silencio, es de aplicación la reciente doctrina jurisprudencial conforme a la cual siempre está abierto el plazo para recurrir, sin que pueda apreciarse prescripción.

El Tribunal Supremo da por bueno este razonamiento. Además, desestima la alegación de la Comunidad Autónoma conforme a la cual la responsable sería en todo caso la Administración del Estado, única existente en la fecha de la vacunación. Considera, por el contrario, que el artículo 20 de la Ley del Proceso Autonómico prevé la subrogación de las comunidades autónomas en las obligaciones del Estado en aquellos servicios que han sido transferidos. Al respecto, no entra en una alegación conexa, conforme a la cual se trataría en todo caso de un asunto de responsabilidad derivada de la ley, que es la que imponía la vacunación.

D) Plazo en el caso de posterior rectificación de informaciones erróneas

La STS de 16 de octubre de 2007, Ar. 8159, enjuicia la reclamación de una empresa que se encuentra en negociaciones para comprar un solar y solicita información urbanística de éste al ayuntamiento, que le da unos datos de edificabilidad erróneos. Insiste en la solicitud de información, argumentando que la edificabilidad debe ser mayor, y obtiene una nueva información que le da la razón y rectifica los datos iniciales pero en el *interim* se le adelanta otra empresa en la adquisición. El Tribunal Supremo declara que el *dies a quo* no es

IX. Responsabilidad Administrativa

el de notificación de la información errónea, sino el posterior en que se rectifica y se da la correcta, porque sólo entonces pudo conocer el reclamante lo erróneo de la información, y, con ello, las dimensiones fácticas y jurídicas del daño. Por lo demás, deniega la indemnización, al entender que el beneficio no obtenido es meramente una especulación, dado que dependía de la adquisición que no se llevó a cabo, al adelantarse otra empresa que lo adquirió con los mismos datos erróneos de edificabilidad.

4. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

A) Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: homicidio a manos de un recluso huido tras un permiso de fin de semana

La STS de 31 de octubre de 2007, Ar. 8478, analiza la solicitud indemnizatoria del padre de una persona asesinada por un recluso, conocido y peligroso delincuente habitual, que no retornó tras un permiso de fin de semana y al que no se dio captura durante años, hasta que se produjo dicho asesinato.

El Tribunal Supremo trae a colación su Sentencia de 4 de junio de 2002, Ar. 6292, comentada en un número anterior de esta Crónica, en que se concede indemnización en un supuesto hasta cierto punto análogo, con la diferencia de que entonces se había reputado correctamente concedida la libertad condicional. Pese a ello, entonces la condena a indemnizar se apoyó en la doctrina según la cual no resulta correcto que los perjuicios sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concreten los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público. Pues bien, estima que con más razón ha de indemnizarse en un caso como el presente, “donde existió además una actividad que pudiera incardinarse en lo anormal al disfrutar de un permiso un delincuente de la peligrosidad del que causó la muerte del hijo de los recurrentes”. Se concede una indemnización de 360.607,26 euros (60 millones de pesetas).

B) Prisión provisional e inexistencia objetiva: precisión del concepto

En la STS de 6 de junio de 2007, Ar. 6343, el reclamante es una persona que ha sufrido prisión preventiva por el homicidio frustrado de su mujer. Fue posteriormente absuelto por falta de prueba del *animus necandi*, ya que el tribunal penal consideró que no había quedado acreditado que el marido pretendiese realmente matar a su cónyuge al golpearla con un cuchillo en un contexto muy dramático (hurto, alcoholismo...), por lo que fue condenado por delito de lesiones, esto es, se cambió la calificación de los hechos.

Considera el tribunal de instancia y ratifica el Supremo que no cabe concluir que la absolución responda a una inexistencia objetiva del hecho delictivo por la probada falta de concurrencia de un elemento determinante de éste cual es el *animus necandi*, sino por la duda sobre su concurrencia. Admite que en otros casos se ha reconocido como supuestos

de inexistencia del hecho la falta de los elementos integrantes del tipo, pero considera que en este caso no puede hablarse de tal falta, ya que hay agresión con un instrumento apto para causar la muerte, sino tan sólo que no se considera probado el *animus necandi*, que no es un elemento objetivo del tipo.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Clases de empleados públicos.** Las funciones propias de las Subescalas Administrativa y Auxiliar de la Escala de Administración General pueden ser atribuidas a plazas ocupadas por personal laboral fijo. **Potestad autoorganizativa de las entidades locales.** **3. Acceso al empleo público.** A) Valoración de la incidencia de una discapacidad física en el ejercicio de las funciones propias del puesto al que se aspira. B) La exigencia de publicidad de las convocatorias para el nombramiento de funcionarios interinos puede ser satisfecha de distintas maneras. C) Las bases de las convocatorias de acceso deben ajustarse a lo previsto por la Relación de Puestos de Trabajo, en tanto ésta no sea declarada contraria a derecho. Titulaciones exigidas para el acceso a determinados puestos. **4. Carrera administrativa.** A) Provisión de puestos de trabajo. No se vulnera el artículo 23.2 CE si los méritos generales son valorados conforme a la normativa aplicable y se aplica el mismo baremo a todos los concursantes que se encuentran en la misma situación. Funcionarios de Administración local con habilitación nacional. B) Grado personal. No se consolida el grado correspondiente a los puestos desempeñados en comisión de servicios si no se obtiene tal puesto con carácter definitivo u otro puesto de igual o superior nivel. **5. Derechos colectivos.** A) Libertad sindical. a) Se vulnera cuando se sustrae a la Mesa General el debate pleno de las materias objeto de negociación mediante una puntual, previa y oficial negociación con alguno de los sindicatos representados en ésta. B) Negociación colectiva. a) El personal eventual también es titular de los derechos de negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo. b) El sistema de promoción profesional de los funcionarios locales queda al margen de la negociación colectiva por carecer las Entidades Locales de competencia para su regulación. **6. Derechos retributivos.** A) Complemento específico. a) Retribuye exclusivamente las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo y no la pertenencia a un determinado Cuerpo o Escala.

b) Su especial naturaleza no se desvirtúa por el hecho de que parte de ese complemento, la parte que se asigna como “componente general”, se fije con carácter objetivo y en función de las categorías profesionales. B) Indemnización por residencia eventual.

El porcentaje a aplicar deberá figurar de forma expresa en la orden de estas comisiones de servicios y ser motivado. C) Complemento de productividad. Procede también su reconocimiento a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía también en los períodos de baja por enfermedad común. **7. Derechos laborales. Reducción de jornada por cuidado de hijos menores de 12 años. La Administración puede modificar la franja horaria elegida para su disfrute si concurren circunstancias organizativas para ello.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge una cuidada selección de sentencias entre las que destacan las relativas al acceso al empleo público y a los derechos de los empleados públicos.

2. CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS. LAS FUNCIONES PROPIAS DE LAS SUBESCALAS ADMINISTRATIVA Y AUXILIAR DE LA ESCALA DE ADMINISTRACIÓN GENERAL PUEDEN SER ATRIBUIDAS A PLAZAS OCUPADAS POR PERSONAL LABORAL FIJO. POTESTAD AUTOORGANIZATIVA DE LAS ENTIDADES LOCALES

La STSJ de Madrid de 29 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, LL 10282/2008, declara la conformidad a Derecho del Acuerdo de aprobación de la plantilla del personal de un Ayuntamiento, en cuya virtud se suprime una plaza vacante de funcionario y se crean dos plazas de personal laboral fijo (una de Administrativo y otra de Auxiliar). Si bien las funciones de los puestos creados son propias de las Subescalas Administrativa y Auxiliar de la Escala de Administración General, tratándose de tareas auxiliares de carácter instrumental y de apoyo administrativo, el artículo 15.1.c) de la LMRFP permite que este tipo de puestos de trabajo puedan ser ocupados por personal laboral.

3. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A) Valoración de la incidencia de una discapacidad física en el ejercicio de las funciones propias del puesto al que se aspira

No es posible excluir del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Mozos de Escuadra a un aspirante que padece una determinada limitación de la percepción visual

X. Función Pública

(discromatopsia), sin valorar la incidencia real que dicha afección podría tener en el desempeño de las tareas policiales habituales. Si bien las bases de la convocatoria contemplan la discromatopsia como causa de exclusión del proceso selectivo, sin establecer ningún tipo de modulación en función de la su gravedad y de la limitación visual que pueda comportar, la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2008** declara que este modo de proceder sería contrario al derecho de acceso al empleo público reconocido en el artículo 23.2 CE, pues, en el caso de autos, el demandante sólo padece una afección leve que no afecta al desarrollo de las tareas usuales de Agente del Cuerpo de Mozos de Escuadra. Añadidamente, la Sala tiene en cuenta que no en todas las convocatorias de acceso a este Cuerpo se han efectuado las pruebas de discromatopsia a los aspirantes y que hay miembros del citado Cuerpo de Mozos de Escuadra que, pese a padecer dicha patología, ejercen correctamente sus funciones.

B) La exigencia de publicidad de las convocatorias para el nombramiento de funcionarios interinos puede ser satisfecha de distintas maneras

Según declara la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, LL 12792/2008, la exigencia de publicidad como garantía de igualdad en el acceso al empleo público se entiende cumplida mediante cualquier tipo de mecanismo que asegure la difusión de la convocatoria entre todos los interesados o a través del recurso a bolsas o listas de trabajo previamente establecidas a tal fin. En este caso, la Fundación Deportiva Municipal de Valencia utilizó los servicios públicos de empleo para dar a conocer al público la convocatoria de provisión con carácter interino de plazas de ingeniero técnico y técnico medio documentalista.

C) Las bases de las convocatorias de acceso deben ajustarse a lo previsto por la Relación de Puestos de Trabajo, en tanto ésta no sea declarada contraria a derecho. Titulaciones exigidas para el acceso a determinados puestos

No cabe pretender la nulidad de una convocatoria que, de conformidad con lo previsto por la Relación de Puestos de Trabajo, limita la participación en el correspondiente proceso selectivo a quienes posean titulaciones de Ingeniero Industrial o Ingeniero de Obras Públicas, pese a que la normativa sectorial (Prevención de riesgos laborales) aplicable a los puestos que se desean cubrir no exija tales titulaciones. Tal como declara la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de enero de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, en tanto no se anule la RPT, ésta vincula a las Bases de las convocatorias para la provisión de los puestos de trabajo en cuestión.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo. No se vulnera el artículo 23.2 CE si los méritos generales son valorados conforme a la normativa aplicable y se aplica el mismo baremo a todos los concursantes que se encuentran en la misma situación. Funcionarios de Administración local con habilitación nacional

Según el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo de la Administración Local reservados a funcionarios con habilitación

de carácter nacional, se valorarán como méritos generales “los servicios prestados como funcionarios con habilitación de carácter nacional, (...), con estimación, asimismo, de la permanencia continuada en el puesto reservado desde el que se concursa”. A juicio del recurrente, la Administración había vulnerado la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos por haber valorado a la concursante codemandada, a efectos del ascenso en la categoría superior, el tiempo de permanencia en dicha categoría, tras haber valorado previamente los servicios prestados por tal concursante para ascender de categoría (de entrada o superior). El Tribunal Constitucional niega el amparo solicitado. Para la **STC 30/2008, de 25 de febrero**, Sala Primera, recurso de amparo, la interpretación realizada por la Administración, valorando la permanencia en un puesto de trabajo reservado a funcionarios con habilitación de carácter nacional, en función de la subescala de origen y no de la categoría (de entrada o superior), si bien no es la única posible, es conforme con el artículo 23.2 CE pues, dado que ha existido una baremación igual para todos los concursantes que se encontraban en las mismas circunstancias, no ha existido discriminación alguna. Por otro lado, el TC recuerda que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato.

B) Grado personal. No se consolida el grado correspondiente a los puestos desempeñados en comisión de servicios si no se obtiene tal puesto con carácter definitivo u otro puesto de igual o superior nivel

La STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, LL 10050/2008, señala que el recurrente, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, cesado en un puesto ocupado en comisión de servicios (nivel 18), suprimido con ocasión de la correspondiente modificación de la Relación de Puestos de Trabajo, y nombrado provisionalmente para ocupar otro puesto (nivel 15, en correspondencia con su grado consolidado), obviamente, no tiene derecho a permanecer en un puesto que ya no existe. Añadidamente, en virtud de lo dispuesto por la LMRFP y por el RGIPP, normas a las que remite la legislación específica de este Cuerpo de funcionarios, el tiempo prestado en comisión de servicios sólo será computable para consolidar el grado correspondiente a tal puesto si se obtiene éste con carácter definitivo u otro puesto de igual o superior nivel.

5. DERECHOS COLECTIVOS

A) Libertad sindical

a) Se vulnera cuando se sustrae a la Mesa General el debate pleno de las materias objeto de negociación mediante una puntual, previa y oficial negociación con alguno de los sindicatos representados en ésta

La STSJ de Murcia de 28 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2008\88878, ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento recurrente y ha confirmado la sentencia de instancia. La sentencia

apelada había estimado el recurso contencioso-administrativo formulado por la Unión General de Trabajadores contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torre Pacheco que aprobó la modificación de la catalogación de los puestos de trabajo, creando la denominada Unidad Especial de Seguridad Ciudadana, y las retribuciones funcionariales. Todo ello por estimar que no había existido negociación colectiva, como resultaba preceptivo.

La Sala de instancia llega a la conclusión de que no ha existido más que un conjunto de entrevistas, contactos, o reuniones informales, mantenidos con Delegados Sindicales o miembros de la Junta de Personal, que no dieron fruto positivo, constituyéndose a la vista de tal situación de bloqueo una “Comisión de elaboración de una propuesta de desagregación del complemento específico”, que no hizo sino suplir a una auténtica Mesa de Negociación que, como tal, nunca llegó a ser formalmente convocada y constituida. Ante esta situación, afirma la Sala que era imprescindible la constitución de la Mesa de Negociación y la negociación de las cuestiones relativas al Acuerdo impugnado como trámites previos a la adopción del acuerdo. Por ello, su falta determina la nulidad de pleno derecho del repetido acuerdo, sin que pueda ser sustituida la negociación por unas simples referencias a la Mesa de Negociación, cuando el propio Ayuntamiento reconoce que no se ha constituido formalmente, ni se hacen constar las actas de las correspondientes reuniones. Las intervenciones de los delegados sindicales o de la Junta de Personal no pueden suplir la intervención de la Mesa de Negociación, como tampoco lo puede hacer la constitución de una Comisión para la elaboración de una propuesta.

El Tribunal recuerda la doctrina sentada en la STC 187/1987, en la que se estableció tempranamente que cualquier decisión que afecte al grado de representatividad atribuido a una organización sindical repercute inevitablemente en su capacidad de acción y, por ende, en su derecho a la libertad sindical; repercusión que es singularmente perceptible en el ámbito de la negociación colectiva de eficacia general, no sólo porque en este supuesto la legitimación del sindicato depende directamente de su índice de representatividad, sino también porque la negociación colectiva forma parte de la actividad que integra el contenido esencial de la libertad sindical. La inescindible conexión entre libertad sindical, negociación colectiva y representatividad del sindicato debe llevar, efectivamente, a la conclusión que la libertad sindical puede verse lesionada no sólo cuando injustificadamente se excluye de la mesa negociadora a un sindicato legitimado para participar en esa actividad, sino también cuando se minusvalora su representatividad y, como consecuencia de ello, se rompe “el equilibrio real entre los distintos legitimados” o se reduce “la capacidad de alguno o algunos de ellos”; y ello porque, en el ámbito de la negociación colectiva, la representatividad sindical actúa “no sólo para atribuir la capacidad negociadora sino también el grado o *quantum* de dicha capacidad”, pues la medición de representatividad de las distintas organizaciones sindicales legitimadas para intervenir en la negociación colectiva y la consiguiente distribución de puestos en la comisión negociadora podrían afectar el derecho a la libertad sindical de los sindicatos concurrentes en el proceso negociador.

Siendo jurídicamente correcto que uno o más sindicatos de los definidos en el artículo 35 de la Ley 9/1987 lleguen a acuerdos o pactos con representantes de la Administración, sin que esto atente a la libertad sindical de las restantes organizaciones, sin embargo, sí le

afecta, a juicio del Tribunal, que se sustraiga a la Mesa General y, por tanto, a sus legítimos componentes, el debate pleno de las materias que le son propias, mediante una puntual y oficial negociación de las mismas, en tiempo inmediatamente anterior a la reunión de aquélla, con alguno o algunos de los sindicatos representados en ésta, aprobando oficialmente un acuerdo obtenido mediante unas negociaciones en las que los sindicatos de la Mesa habían sido eludidos.

B) Negociación colectiva

a) El personal eventual también es titular de los derechos de negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo

La STS de 7 de marzo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Gijón y ha anulado la Sentencia de instancia que había estimado el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Pleno por el que se aprueba la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo en cuanto a las funciones y retribuciones del personal eventual.

Dicho Acuerdo fue impugnado por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) en la medida en que había dispuesto que el contenido, características, funciones y adscripciones de los 15 puestos de personal eventual podrían modificarse conforme se determinara en la Relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Gijón que se aprobara en cada período anual por el Pleno de este Ayuntamiento. El Acuerdo fue anulado por la sentencia que ahora se recurre en casación, al estimar la Sala que debía haber sido adoptado tras la negociación o consulta previa que establece el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, de tal manera que esa omisión determinaba la anulación del Acuerdo.

El Ayuntamiento recurrente sostiene que la sentencia omite un dato esencial, toda vez que el objeto del Acuerdo no era la 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. Las características del personal eventual se asemejan a los cargos políticos por la confianza que motiva su nombramiento y el ejercicio de funciones de especial responsabilidad, notas que los diferencian del personal funcionario o laboral y que son incompatibles con la negociación previa cuya omisión destaca la sentencia recurrida. Por el contrario, el sindicato recurrido (USO) se opone al recurso al considerar que el personal eventual está sujeto a la negociación colectiva como personal estatutario.

Para la resolución del caso, el Tribunal recuerda la especial naturaleza de esta categoría de empleados. Los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de “confianza y asesoramiento especial” que legalmente delimitan esta específica clase de personal público.

X. Función Pública

Por ello, deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad. A partir de ahí entiende la Sala que no puede aceptarse, como sostiene el recurrente, 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)].

Cuestión distinta es que la modificación operada en la RPT del Ayuntamiento de Gijón respecto del personal eventual no precise de la negociación colectiva a la que se refieren los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987, consecuencia de la interpretación que se dé respecto del alcance de las materias que han de ser objeto de tal negociación. En este sentido, la Sala de instancia había entendido que era procedente la negociación colectiva. En este caso, sin embargo, el TS recuerda su Sentencia de 22 de mayo de 2006, en la que dejó delimitado el significado y alcance de lo dispuesto en este artículo 34 en relación con el 32, ambos de la Ley 9/1987. Las excepciones a la obligatoriedad de la consulta que se estipulan en el artículo 34, en lo que se refiere a las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización, carecen de eficacia si dichas potestades organizativas implican, en realidad, repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (apartado 2 del artículo 34). En el presente caso, el TS considera finalmente que las modificaciones operadas en la RPT se insertan en el ejercicio de la potestad organizativa de la entidad local recurrente, toda vez que 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. Este aspecto permite al TS anular la sentencia de instancia impugnada.

b) El sistema de promoción profesional de los funcionarios locales queda al margen de la negociación colectiva por carecer las Entidades Locales de competencia para su regulación

La STS de 12 de marzo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya y la

Entidad de Previsión Social Voluntaria, ELKARKIDETZA, contra la STSJ del País Vasco en la que anulaba diversos aspectos del Acuerdo XII ARCEPAFE relativos al sistema protector complementario de prestaciones pasivas y al fomento de la promoción interna. Por lo que se refiere al primero de estos asuntos, la STSJ anula el Acuerdo en la medida en que establece la obligación de pagar con fondos públicos un sistema de previsión social complementario de la Seguridad Social (constitución de un seguro de invalidez, fijación de una prima de jubilación, etc.), pues ello no sólo excede de su ámbito competencial al fijar para sus funcionarios una suerte de retribución indirecta que se sitúa fuera de las normas básicas del artículo 23 de la Ley 30/1984, sino que vulnera también lo establecido en las Disposiciones Cuarta y Quinta de la Disposición Adicional del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local. Este bloque normativo hizo que el Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de junio de 1989 y 7 de abril de 1995, entre otras muchas, declarase ya la contravención a los citados preceptos de aportaciones de fondos públicos a Entidades de Previsión Social Voluntaria. Además, y a mayor abundamiento, al constituir retribuciones indirectas vendrían a configurar un concepto retributivo nuevo, no contemplado por el artículo 23 de la Ley 30/1984, que es base del régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Lo mismo resulta predicable respecto de la regulación del derecho a la promoción interna de los funcionarios que viene establecida en la normativa estatal básica dictada en ejercicio de la competencia conferida por el artículo 149.1.18ª de la Constitución; artículo 100.2 de la Ley 7/1985, artículo 169.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 y el RD 896/1991, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el Procedimiento de Selección de los Funcionarios de la Administración local. Ciertamente corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de la legislación estatal básica, pero a las Entidades Locales sólo les resta la actividad de la ejecución de la selección de los funcionarios locales, en los términos previstos en el artículo 100.1 y Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1985, siendo en este marco competencial en el que debe inscribirse la previsión del artículo 32.g) de la Ley 9/1987, de que pueden ser objeto de negociación, en su ámbito respectivo, los sistemas de promoción profesional de los funcionarios públicos.

En concreto, el Acuerdo había previsto la reserva de un porcentaje de plazas para el ingreso a la Subescala Subalterna, toda vez que al no contemplar el RD 896/1991 previsión alguna acerca del porcentaje que debía reservarse a la promoción interna, se había interpretado que su establecimiento quedaba abierto a la negociación colectiva en los términos del artículo 32.g) de la Ley 9/1987. El análisis de este marco normativo permite finalmente al TS, al igual que hiciera la sentencia de instancia, declarar que la regulación contemplada en el Acuerdo se sitúa al margen de la competencia atribuida en la materia a la Entidad Foral, con invasión del ámbito atribuido a la normativa básica estatal por el artículo 169.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por lo que la sanción no ha de ser otra que la nulidad radical de los artículos del Acuerdo recurrido relativos al sistema de promoción profesional de sus funcionarios.

6. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Complemento específico

a) Retribuye exclusivamente las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo y no la pertenencia a un determinado Cuerpo o Escala

La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2008\84842, ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Guadalajara que había estimado la pretensión de la funcionaria recurrente sobre complemento específico. En concreto, se trataba de determinar si la actora, funcionaria perteneciente al Cuerpo de Profesores Técnicos de Educación Secundaria, en tanto que ocupa un puesto de trabajo en un Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica, debe percibir el complemento específico singular en cuantía idéntica a la que perciben los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Maestros que ocupan, como ella, un puesto de trabajo con funciones de dirección de un Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica.

La Administración demandada fundamenta su defensa en que se trata de “Cuerpos” diferentes, en un caso, del Cuerpo de Maestros, y, en el caso de la actora, del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, y ello porque a los primeros se les exigió un plus de cualificación que no se encuentra presente en los segundos, en tanto en cuanto, a éstos no se les exigió más que la calificación propia de su cargo siendo, en consecuencia, situaciones diferentes que justifican un trato, también, diferente. Según la Administración con este concepto se pretende retribuir a los Maestros destinados en los antiguos Servicios de Orientación Escolar y Vocacional para diferenciarlos del resto de Maestros, ya que a los primeros se les exigían ciertas condiciones específicas para su acceso. En particular, la licenciatura en Filosofía y Letras, Sección Pedagogía, en cualquier Facultad o Escuela Técnica o diplomatura en Psicología Escolar, más una experiencia mínima de tres años entre docencia en EGB y actividades orientadoras en cualquier nivel. Se comprende por ello, que este complemento está íntimamente ligado a estas peculiares circunstancias que sólo afectan a los Maestros.

A juicio de la Sala, no obstante, este argumento debe ser rechazado, toda vez que el elemento determinante a la hora de atender o no a la pretensión de la recurrente debe ser la prestación de funciones de unos y otros funcionarios docentes, ya sean del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, ya sean del Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica, en el Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica en el que se encuentran integrados, de tal forma que si dichas funciones son las mismas y presentan un carácter idéntico, ninguna justificación existe para que en unos casos se abone un complemento específico singular, y en otros no. En este sentido, puede afirmarse tal identidad e igualdad de funciones, como se desprende el hecho de que tal afirmación no haya sido, en ningún momento, negada por la Administración demandada, lo que obliga a estimar la pretensión principal de la hoy recurrente, a saber, la de la declaración de su reconocimiento del derecho a percibir el Complemento Específico que se abona a

los Maestros Orientadores que forman parte de los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica.

La evidente igualdad de funciones reclama la igualdad de complemento. Ello es así porque el complemento específico es un concepto retributivo de naturaleza objetiva, ajeno a todo matiz subjetivo derivado de la persona titular del puesto o que lo desempeña y basado, por el contrario, en el propio desempeño de un concreto puesto de trabajo que lo tenga reconocido por presentar alguna de las características previstas por la norma; de tal forma que, lo que determina el derecho a la percepción del complemento específico asignado a un determinado puesto de trabajo es, y no tanto el nombramiento formal para ocupar éste, el efectivo desempeño de dicho puesto de trabajo. Mantener una interpretación diferente implicaría tanto como desnaturalizar el complemento específico singular al desvincular su percepción de las características que lo justifican (condiciones particulares de algunos puestos de trabajo) para anudarlo a otras características o criterios no amparados por la norma.

b) Su especial naturaleza no se desvirtúa por el hecho de que parte de ese complemento, la parte que se asigna como “componente general”, se fije con carácter objetivo y en función de las categorías profesionales

La STSJ de Valencia de 16 de noviembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2008\84803, ha estimado el recurso interpuesto por un funcionario contra la Resolución de la Dirección General de la Policía desestimatoria de la solicitud relativa al abono de la retribución complementaria “componente general del complemento específico” inherente a la categoría de Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía por el desempeño del puesto de Jefe de Grupo Operativo en la Brigada Provincial de Policía Judicial de Barcelona durante varios años. En este caso resultaba suficientemente probado el desempeño de un puesto de trabajo por un funcionario que pertenece a la Escala Básica de un puesto reservado a la Escala de Subinspección.

En los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo de superior categoría al que en propiedad le corresponde comporta para el funcionario el percibo de las retribuciones complementarias asignadas al puesto superior; no las correspondientes a las retribuciones básicas asignadas a la categoría funcional a la que corresponde el puesto, ni las complementarias exclusivas de esta categoría. Así, el artículo 21.2.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, reconoce el derecho al percibo, al menos, del complemento de destino de los puestos de nivel correspondiente a su grado personal, “cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñe”. Resultaría un contrasentido que por necesidades del servicio se pase a prestar servicios en un puesto de superior categoría durante un determinado tiempo, y pese a ello se ponga en tela de juicio aquel derecho a percibir la retribución complementaria correspondiente que le reconoce la norma.

La única cuestión conflictiva del caso se refiere a la falta de inclusión entre las retribuciones complementarias del complemento general del Complemento específico por no considerarse ésta propia del puesto de trabajo. La Ley 30/1994 concibe el complemento

X. Función Pública

específico como una retribución complementaria destinada a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Queda, pues, claro, según la Sala, que es un complemento que retribuye un puesto de trabajo, no una categoría profesional, condición que no se desvirtúa por el hecho de que parte de ese complemento, la parte que se asigna como “componente general”, se fije con carácter objetivo y en función de las categorías profesionales, circunstancia que verdaderamente desnaturaliza el complemento específico apartándose de la definición legal que acabamos de reproducir, pero que no priva al llamado componente general de su condición de mero componente del complemento específico cuyo abono, repetimos, remunera el puesto de trabajo y, congruentemente según la doctrina expuesta, a quien lo desempeñe”. Por tanto, es claro que procede el abono del complemento específico íntegramente.

B) Indemnización por residencia eventual. El porcentaje a aplicar deberá figurar de forma expresa en la orden de estas comisiones de servicios y ser motivado

La STSJ de Castilla y León de 8 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2008\88497, ha estimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente y ha declarado que la realización de cursos selectivos como funcionario en prácticas da derecho a la percepción de una indemnización en cuantía del 80% de la dieta ordinaria, toda vez que lo contrario supone una discriminación retributiva respecto de los demás funcionarios de la Administración General del Estado.

Se impugna en última instancia la liquidación practicada por la Administración en concepto de indemnización por residencia eventual del funcionario recurrente durante el tiempo que realizó el curso selectivo como funcionario en prácticas para el acceso al Cuerpo Técnico de Hacienda en régimen de promoción interna. La Administración fijó la cuantía del importe de la indemnización en un 35% de la dieta ordinaria. La parte recurrente alega falta de motivación de dicha decisión y, sobre todo, el trato discriminatorio que se produce respecto de otros funcionarios, toda vez que en otros supuestos ha fijado una indemnización superior, la máxima del 80% de la dieta ordinaria establecida en el artículo 16 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo. La percepción en una cuantía inferior, a su juicio, vulnera el derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución. Por su parte, el Abogado del Estado alega que la fijación del límite porcentual a percibir es una facultad discrecional de la Administración.

La Sala realiza un análisis del artículo 16 del Real Decreto 462/2002, en cuya virtud, la cuantía del importe por indemnización de residencia eventual será fijada por la misma autoridad que confiera la comisión dentro del límite máximo, sin que se necesite justificación documental, del 80% del importe de las dietas enteras que corresponderían según se trate de comisiones de servicio en territorio nacional o extranjero, respectivamente. El porcentaje a aplicar, incluso aunque fuera el máximo, deberá figurar de forma expresa en la orden de estas comisiones de servicios con la consideración de residencia eventual.

De este precepto se deduce, como requisito formal, el de que se establezca en la resolución de la comisión el importe de la indemnización. En el presente caso tal motivación

no se ha efectuado, pues únicamente consta en la resolución resolutoria del recurso de alzada, única en que se expresa una mínima motivación sobre el particular, una referencia general a la normativa de aplicación con expresión de un genérica de referencia a que el criterio del Instituto de Estudios Fiscales fija una dieta del 30 o del 35% por asistencia a cursos selectivos para ingresos a cuerpos o escalas, según que la duración del curso sea inferior o superior a tres meses. Pues bien, a juicio de la Sala, aunque se refiera a que no se precisa justificación documental para la fijación de la indemnización esto no exime de que se justifique una minoración sobre el 80% de la dieta, que ha de entenderse que es la cifra ordinaria establecida, sin perjuicio de que se acrediten y constaten circunstancias que puedan justificar su minoración.

Dada, pues, la falta de motivación de esta reducción del porcentaje y el trato desigual que supone para los demás funcionarios, la Sala estima la demanda y declara el derecho del funcionario a la percepción del 80% de la cantidad prevista como dieta completa en el artículo 16 del Real Decreto 462/2002.

C) Complemento de productividad. Procede también su reconocimiento a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía también en los períodos de baja por enfermedad común

La STSJ de la Comunidad de Madrid de 15 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR 2008\99534, ha estimado el recurso interpuesto por el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, contra la resolución de la Dirección General de la Policía que desestimó su solicitud relativa a la percepción del complemento de productividad funcional correspondiente al período de tiempo en que estuvo en situación de incapacidad temporal para el servicio originada por enfermedad común.

La Sala reitera la copiosa jurisprudencia dictada en los últimos años a este respecto. Pese a que el complemento de productividad se configura en nuestro Derecho como un componente retributivo no periódico, de carácter personalista y subjetivo, no ligado directamente con el desempeño de un concreto puesto de trabajo sino relacionado con el trabajo directamente desarrollado, la Dirección General de la Policía lo ha configurado de una forma tal que han quedado completamente desvirtuadas todas y cada una de las características que lo definen, de manera que lo ha regulado como retribución periódica que se devenga mensualmente. Ha contemplado el derecho a su percepción por el mero hecho de desempeñar un puesto de trabajo concreto de los que ha especificado, sin tener para nada en cuenta la forma singular en que cada funcionario afectado desempeña el concreto puesto de trabajo que sirve, y, en fin, ha convertido en objetivo lo que en su propia esencia no lo es.

Entiende la Sala que no puede soslayarse el hecho de que la propia regulación que la Administración demandada ha dado al complemento de productividad contempla situaciones en las que se genera el derecho a su percepción aunque no exista correlativa prestación efectiva de servicios. Así, una Instrucción interna dispone que no percibirán el complemento de productividad con referencia a cada mes los funcionarios que hayan estado de baja más de tres días, salvo que dicha baja obedezca a vacación anual o permiso

reglamentario o enfermedad por acto de servicio. Es decir, con base en esta previsión, la Dirección General de la Policía está obligada a abonar mensualmente en su cuantía íntegra, y cuando se desempeñe uno de los puestos de trabajo que lo tengan asignado, el complemento de productividad pese a que medien situaciones de ausencia al trabajo por vacaciones, permisos por matrimonio, asuntos propios, traslado de domicilio habitual, asistencias a cursos, cumplimiento de deberes inexcusables o asistencia a exámenes.

Todo ello lleva al TSJ a reconocer el derecho solicitado, pues no se atisba la razón jurídica válida que pueda justificar el porqué se excluye la percepción del complemento de productividad en casos de enfermedad no profesional o accidente común, causas de ausencia al trabajo evidentemente involuntarias, y sin embargo se reconoce el derecho a su percepción en situaciones tan variopintas como algunas de las descritas con anterioridad, como, por ejemplo, los permisos por asuntos propios, en los que también se produce una ausencia al trabajo pero que, además, es voluntaria.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la STSJ de Extremadura de 24 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2008\106177.

7. DERECHOS LABORALES. REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS MENORES DE 12 AÑOS. LA ADMINISTRACIÓN PUEDE MODIFICAR LA FRANJA HORARIA ELEGIDA PARA SU DISFRUTE SI CONCURREN CIRCUNSTANCIAS ORGANIZATIVAS PARA ELLO

La STSJ de la Comunidad de Madrid de 7 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR 2008\91947, ha intentado realizar una armonización entre el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos menores de 12 años y las necesidades del servicio de la unidad administrativa donde se presta el servicio.

Se impugna la resolución que acordó “conceder provisionalmente a la funcionaria una licencia de reducción de jornada por cuidado de hijos de una hora diaria para realizar el horario continuado en horario de mañana, durante un año, y condicionada al posible establecimiento de criterios generales que vayan en contrario a tal concesión o que nuevas necesidades o circunstancias de la Intervención General aconsejen la revisión del ejercicio de esta licencia”. Ante dicha solución, que fue confirmada parcialmente por la sentencia apelada, la funcionaria recurre y alega que la ley concede a los funcionarios el derecho a reducir su jornada para el cuidado de hijos menores de 12 años sin someterlo a ninguna limitación, ni siquiera a las necesidades del servicio, ni condición, ni modulación ni ulterior revisión, y ello a pesar de la indudable duración del derecho, que sólo está limitado temporalmente en el caso de los niños, pero no de los ancianos o disminuidos, de forma que si se cumplen los requisitos que las normas establecen en cada caso, la concesión de la licencia no es potestativa para el órgano administrativo competente, sino que deviene obligatoria, no teniendo cabida por tanto los criterios subjetivos que cada órgano competente pretenda introducir para su modulación, toda vez que se trata de un acto reglado para la Administración en el que no es posible imponer condiciones que la propia norma no ha previsto.

El TSJ realiza un análisis de la normativa estatal y autonómica en vigor. La regulación del permiso consistente en la reducción de jornada que solicitó la apelante, figura en el artículo 30.1.g) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que dice así: “El funcionario que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo. Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida. Reglamentariamente se determinará la disminución de jornada de trabajo y la reducción de las retribuciones que correspondan a dicha reducción de jornada”.

Pues bien, el Real Decreto 2670/1998, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 30.1.f) de la Ley 30/1984, ha delimitado los contornos de este derecho al disponer que “Cuando lo permita la organización del trabajo de la unidad, se concederá al funcionario la parte de la jornada que convenga a sus intereses personales”.

El análisis de estos preceptos lleva a la Sala a desestimar la apelación en lo referido a las pretensiones de la apelante de que no es posible limitar la franja horaria para disfrutar del permiso de reducción de jornada que eligió. En primer lugar, porque la posibilidad de que la Administración modifique en el futuro, si lo exige la organización de la unidad de trabajo a la que esté adscrita, el horario elegido por aquélla no constituye una revisión de oficio o una revocación de un acto declarativo de derechos, en la medida en que se trata de facultades de la Administración previstas en las normas que regulan el permiso de reducción horaria, que por imperativo legal se configura ya desde el principio sometido a la posibilidad de que la Administración modifique determinadas condiciones en su ejercicio. Por eso, no hay revisión de oficio o revocación de un derecho, sino que muy al contrario el derecho nace con esos límites. En segundo lugar, porque no es de recibo pretender aplicar a los funcionarios públicos la regulación del Estatuto de los Trabajadores, tal como pretende la funcionaria apelante, porque la relación estatutaria característica de la Función Pública lleva aparejada la sujeción del funcionario a un estatuto especial en el que se juegan un papel relevante los intereses generales y públicos, lo que implica la modulación del ejercicio de determinados derechos del funcionario a esas exigencias del interés general que las Administraciones Públicas sirven, y ello es así hasta el punto de que la Ley Orgánica 3/2007 deja vigente la remisión al Reglamento para el ejercicio del permiso cuestionado que se estableció inicialmente, de forma que el propio legislador en este caso es consciente de las diferencias entre la Función Pública y las relaciones laborales de los trabajadores.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Ejecución del planeamiento. A) Sistema de Compensación: Proyecto de Compensación. B) Sistema de Compensación: ejecución de la edificación. **2. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Otorgamiento de licencia de obras por silencio administrativo positivo. B) Conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones.

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**A) Sistema de Compensación: Proyecto de Compensación**

En la STS de 11 de mayo de 2007, Ar. 8352, el Tribunal tiene que resolver un conflicto que plantea la recurrente respecto a la cesión obligatoria y gratuita de terrenos destinados a viales por parte de una comunidad de propietarios de fincas ya construidas y legales conforme al planeamiento vigente y que se mantienen.

La recurrente afirma que la única manera de aportar terrenos a la Junta de Compensación es, o bien mediante un acto formal de adhesión a dicha Junta, o bien mediante su expropiación, supuestos que no suceden en el presente asunto al no figurar los terrenos de la recurrente entre los aportados a la Junta de Compensación, no haberse incorporado ésta a tal Junta y no haber sido expropiados esos terrenos abonando la correspondiente indemnización.

El TS, sin embargo, rechaza las argumentaciones de la recurrente, pues si bien en la Memoria del Proyecto de Compensación se expresa que los propietarios que integran la Comunidad recurrente no participan en el reparto de los beneficios y cargas manteniendo los aprovechamientos y la edificabilidad que vienen siendo utilizados, ello “en modo alguno puede significar que dichos propietarios están exentos de la entrega de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita destinados a los viales correspondientes del Plan Especial, ya que habiendo asumido con anterioridad los aprovechamientos edificatorios posibles cuando llevaron a cabo la construcción de los edificios de su propiedad, no resulta posible, de conformidad con el principio de equidistribución de los beneficios y las cargas,

pretender la obtención de una plusvalía a través de un procedimiento expropiatorio. En todo momento, los citados propietarios tuvieron conocimiento (y fueron notificados) de la aprobación del Plan Especial, así como del Proyecto de Compensación y Reparcelación y del Proyecto de Urbanización, quedando exentos —dada la previa materialización de los aprovechamientos a través de la construcción de los edificios— de cualquier contribución dentro de la Junta de Compensación, mas tal exención no puede alcanzar a la obligación de poner a disposición del Ayuntamiento los terrenos que, situados en su parcela, tenían el destino —a través del planeamiento que aceptaron— de viales públicos” (FJ 5º).

En definitiva, el TS indica que no es conforme al principio de equidistribución de beneficios y cargas el mantener el aprovechamiento previamente adquirido y, por el contrario, negar al Ayuntamiento y a la Junta de Compensación la cesión de unos terrenos destinados a viales necesarios para dicha Junta pero también para los propietarios recurrentes. Por ello, el TS concluye refrendando los argumentos de la Sala de instancia, indicando que no se puede considerar infringido el artículo 89.3 RGU de 1979, que contempla que para estos supuestos en los que en la unidad reparcelable están incluidos terrenos edificables con arreglo a legislación previa, efectivamente dichos terrenos pueden no ser objeto de una nueva adjudicación, conservándose las propiedades primitivas, pero ello no excluye el realizar las compensaciones económicas que procedan.

B) Sistema de Compensación: ejecución de la edificación

El Tribunal en su STS de 23 de mayo de 2007, Ar. 8322, tiene que resolver un supuesto concreto de aplicación o no del principio de equidistribución de beneficios y cargas. En concreto, nos encontramos ante una situación física que es la construcción de un nudo de acceso para todo un sector de suelo urbanizable de tipo terciario integrado por dos unidades de actuación. El litigio surge porque el citado nudo de conexión se ubica totalmente en una de dichas unidades de actuación, permitiendo, no obstante, el acceso a la otra unidad de actuación, y la Junta de Compensación de esta segunda unidad aprobó un acuerdo por el que se decidía a participar en un 35% en los gastos acarreados por la construcción de aquel nudo de conexión. Uno de los propietarios minoritarios integrados en la segunda unidad de actuación no se muestra conforme con el acuerdo adoptado y lo recurre, alegando que dicha unidad de actuación no tiene por qué participar en la financiación del nudo de conexión y que la adopción del acuerdo supone un exceso competencial de la Junta de Compensación de dicha unidad para el que carece de la necesaria legitimidad.

El TS rechaza la argumentación del recurrente y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal dice que es evidente que estamos ante dos unidades de actuación independientes pero intrínsecamente relacionadas y condicionadas entre sí, hasta el punto que el centro comercial que se ubica en la primera unidad de actuación (donde se sitúa el nudo de conexión) no tendría sentido sin su aparcamiento que se encuentra en la segunda unidad de actuación, y la segunda unidad de actuación también carecería de sentido sin el acceso

rodado que supone en nudo de conexión y su viabilidad económica y comercial se vale igualmente de dicho acceso rodado y de las plazas de aparcamiento que se ubican entre ambas unidades de actuación.

Por ello, a juicio del TS, no se está ante un supuesto de extralimitación competencial, sino más bien ante un acuerdo que afecta a uno de los elementos principales de la unidad que lo adopta, aunque físicamente no se ubique en la misma, pero su influencia y proyección lo convierten en uno de sus elementos estructurales y determina su viabilidad urbanística, económica y comercial. Dicho nudo de conexión (rotonda) constituye un elemento básico de su sistema viario, hasta el punto que en la modificación de las Normas Subsidiarias que rigen el sector se indica que no podrían otorgarse licencias de apertura en el citado sector (que incluye ambas unidades de actuación) hasta que no se haya completado el citado acceso. El carecer común de dicho acceso no ofrece duda, de modo que el acuerdo adoptado por la Junta de Compensación de la Segunda Unidad de Actuación es conforme al principio de equidistribución de beneficios y cargas y no supone falta de legitimidad ni extralimitación competencial alguna.

2. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Otorgamiento de licencia de obras por silencio administrativo positivo

La STS de 17 de octubre de 2007, Ar. 7327, desestima el recurso de casación deducido por una entidad mercantil contra la resolución del Ayuntamiento de Quart de Poblet por la que se le deniega una licencia para la construcción de un edificio.

Los argumentos de la Sala de instancia para desestimar el recurso son: en primer lugar, la imposibilidad de obtener dicha autorización de construcción mediante la técnica del silencio administrativo positivo, ya que no ha transcurrido el plazo de dos meses previsto en la Ley Valenciana 6/1994, para que pudiera entenderse otorgada ésta; Segundo, la inexistencia de la previa autorización de Aviación Civil, necesaria cuando el edificio proyectado se encuentra, como en el presente caso, situado en una zona afectada por las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Manises, y que constituye un requisito esencial sin el cual el Ayuntamiento no puede otorgar aquélla.

El TS, por su parte, abunda en las tesis mantenidas por el Tribunal a quo, reforzándolas con nuevos argumentos desestimatorios. Así, en cuanto al silencio administrativo positivo, considera que no puede producirse en un caso como el presente, pues aun cuando se entendiera cumplido el transcurso del plazo señalado legalmente para su producción, lo impide el hecho de que el contenido del acto resulta ser contrario a Derecho.

El FJ 9º expresa:

“No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya

transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, ‘salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario’, siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 142.6 de la ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que ‘en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico’.”

Por lo que se refiere a la exigencia de autorización previa de las autoridades aeronáuticas cuando los terrenos en los que se pretende construir están situados en la zona de servidumbre aeroportuaria, la Sala considera, en su FJ 12º, que

“(…) el artículo 29 (...) del Decreto 584/1972, de 24 de febrero, sobre Servidumbres Aeronáuticas, basta su lectura para comprender que la autorización que se exige ha de ser previa al otorgamiento de la licencia municipal, siendo esto lo que este Tribunal ya ha afirmado, entre otras, en su Sentencia de 25 de mayo de 2001. Dice tal precepto, en efecto, que “Se encomienda al Ministerio del Aire la ejecución de lo establecido en el presente Decreto. Por su parte, los demás Organismos del Estado, así como los provinciales y municipales, no podrán autorizar construcciones, instalaciones o plantaciones en los espacios y zonas señaladas en los artículos anteriores, sin previa resolución favorable de dicho Ministerio, el cual tendrá, además, las facultades de inspección y vigilancia en relación exclusiva al cumplimiento de las resoluciones que en cada caso específico se hayan adoptado en virtud de la aplicación de este Decreto”.

B) Conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones

En su STS de 26 de junio de 2007, Ar. 8362, el Tribunal Supremo se plantea tres importantes cuestiones sobre el alcance del deber de conservación de las edificaciones proclamado con carácter general en los artículos 181 de la Ley del Suelo de 1976 y 19.1 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, y concretado, para el caso resuelto en la litis, en la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid sobre “Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de las Edificaciones”, de 1999. La Sala estima así el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid, revocando la sentencia de instancia que había otorgado la razón al recurrente.

Una primera cuestión es la referida a si el deber de conservación que todo propietario tiene respecto de la conservación de sus edificios alcanza la obligación de someterlos a una calificación realizada por personas que no son funcionarios públicos y cuyo dictamen resulta, además, inapelable, tal y como establece la referida Ordenanza municipal.

Para el Tribunal *a quo*, esta obligación representa una carga respecto del derecho de propiedad que afecta a su contenido esencial, tanto en la forma como en los plazos en los que ha de realizarse la inspección. Respecto de la forma, porque queda al arbitrio de los propietarios la acreditación del cumplimiento o incumplimiento del deber de conservación que, a su juicio, sólo a la Administración Pública le está encomendado constatar, y porque los propietarios han de satisfacer a las personas que realizan la inspección unos honorarios que suponen una merma de dicho derecho no amparada en una Ley; respecto de los plazos, porque el señalamiento de éstos afecta o puede afectar al principio de igualdad, toda vez que, sin la existencia de una Ley general, cada Municipio tiene libertad para establecer lo que estime oportuno, siendo más intenso el gravamen en aquellos que establecieran plazos más cortos entre inspecciones.

Sin embargo, para la alta instancia jurisdiccional, la Ordenanza madrileña, en este concreto punto, no infringe los principios de legalidad y jerarquía normativa, y ello, según el FJ 6º, porque ésta tiene su cobertura en los artículos 181 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y 19.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Régimen del Suelo y Valoraciones, que imponen a los propietarios el deber de conservar los edificios de su propiedad en las debidas condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos. Dicha regulación legal no contempla la forma concreta de su imposición, por lo que la Ordenanza no podría agravar dicho deber —porque ello afectaría al contenido esencial del derecho de propiedad—, pero sí podría incluir el deber accesorio al primario y sustancial impuesto por la Ley, de demostrar su cumplimiento. Se trata, por consiguiente, de un deber de resultado, instrumental o formal del primero, cuyo contenido puede traducirse en pasar una inspección técnica y en acreditarla ante el Ayuntamiento mediante la presentación de copia del formulario de inspección. Por lo que respecta a los plazos, tampoco considera la Sala que el establecimiento de los que crea oportuno el Municipio sea contrario a los referidos principios porque el deber de conservación sigue siendo igual en todos los consistorios locales, diferenciándose solamente en su regulación instrumental.

En segundo lugar, sobre la exención que contempla la Ordenanza madrileña del sometimiento a inspección de edificios a las personas jurídico-públicas, a las representaciones diplomáticas y a los organismos internacionales, entiende el TS que ésta infringe el principio de igualdad, careciendo, además, de justificación, ya que, por otra parte, estas personas jurídico-públicas no tienen reconocida ninguna exención en el ámbito urbanístico (v. gr., obligación de conservación, necesidad de licencias, contribución a los gastos de urbanización, sometimiento a técnicas de equidistribución, posible ruina de los edificios, etc.) (FJ 10º).

Finalmente, la tercera de las cuestiones resuelta en este fallo es la relativa a la cobertura legal de las multas coercitivas como forma de ejecución de las órdenes de realización de las inspecciones previstas en la referida Ordenanza local.

La Sala considera que este sistema carece de apoyatura legal, pues la Ley 30/1992 establece que sólo podrán imponerse “cuando lo autoricen las leyes y en la forma y cuantía que éstas determinen”, y ninguna Ley autoriza su imposición a propósito del cumplimiento

del deber de conservación ni, mucho menos, a propósito del deber accesorio de su acreditación. Este principio sigue siendo válido aunque la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, haya resuelto el problema de la cobertura legal de las infracciones y sanciones en el ámbito local, ya que la norma, en la consideración del Tribunal, no es aplicable a las multas coercitivas. Si el Legislador no ha hecho lo mismo que para la potestad sancionadora local en materia de multas coercitivas, tal vez ello pueda ser considerado como una decisión deliberada de él (FJ 11°).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Consideración previa. 2. Bienes locales. A) Tribunal Supremo. a) Adquisición de bienes de las Entidades locales: valoración del precio. B) Tribunales Superiores de Justicia. a) Afectación al dominio público: momento en el que se consideran afectos al dominio público los viales. b) Bienes patrimoniales: procedimiento para calificar los bienes como parcelas sobrantes. c) Adquisición de los bienes de las Entidades locales. Validez de las condiciones establecidas. d) Prerrogativas de las Entidades locales: requisitos para el ejercicio de la potestad de deslinde. e) Prerrogativas de las Entidades locales: potestad de recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.** A) Comunidades de Usuarios y Regantes: inscripción de derechos y condiciones para el reconocimiento y nombramiento de representantes en las Juntas de Explotación. B) Procedimiento sancionador: inicio de obras sin autorización en zona de Policía. Caducidad inexistente. Asunción de competencias en aguas intercomunitarias. C) Extracción de aguas subterráneas: el Plan General de Ordenación Urbana no es el instrumento idóneo para regular el uso del Dominio Público Hidráulico. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde del demanio costero. a) El objeto del deslinde es declarar demanio costero lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, lo es. b) Obviando comparaciones, es determinante que los bienes considerados demaniales tengan realmente esa condición. c) El ejercicio de la potestad de deslinde carece de límites físicos y temporales, sin que la existencia de uno previo suponga revisión de actos propios. d) Procedimiento: no cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor original de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. a) Prohibición de edificaciones en la zona de servidumbre de protección. b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas. C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre. a) El régimen transitorio de la Ley de Costas transforma la propiedad particular litoral en un derecho temporal de uso y aprovecha-

miento del demanio. b) El uso privativo de las playas sólo se admite si existe un interés público. c) Las concesiones de desecación de marismas no transmutan en títulos de propiedad privada, tienen carácter temporal y caducan por incumplimiento de sus condiciones. D) Puertos: la concesión de uso privativo de espacios portuarios requiere proseguir el procedimiento administrativo normativamente establecido, so pena de nulidad. E) Pesca y cultivos marinos. a) La inscripción en el Censo de Flota Pesquera Operativa depende del cumplimiento de los requisitos exigidos normativamente. b) También el cobro de ayudas por cese de la actividad pesquera se supedita a la observancia de las exigencias establecidas al efecto. c) Las autorizaciones de pesca están limitadas al total de la cuota asignada a nuestro país para cada especie. d) La concesión para el establecimiento de viveros flotantes caduca por su falta de puesta en explotación. 5. Carreteras. Alcance de la exención que establece la Ley de carreteras al pago del peaje por algunos vehículos. 6. Patrimonio histórico. Caducidad en los procedimientos de declaración de un bien como de interés cultural (BIC). 7. Propiedades públicas. Régimen económico financiero. A) Aguas continentales. Canon de regulación y tarifa por utilización de uso del agua. B) Tasas por prestación del servicio domiciliario de agua. C) Puertos. D) Minas: canon de superficie de minas. E) Aeropuertos. F) Dominio público autonómico. Tasas por ocupación de montes de utilidad pública. G) Dominio público local. Tasas al 1,5% de los ingresos exigidos a las empresas suministradoras de interés general.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del accesible en el Westlaw de Aranzadi hasta el 30 de abril de 2008.

2. BIENES LOCALES

A) Tribunal Supremo

a) Adquisición de bienes de las Entidades locales: valoración del precio

En la STS de 3 de mayo de 2007, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 8351, se examinan los requisitos para la adquisición de un bien y, en particular, el precio del bien.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Para ello primero se parte de que se está en presencia de un contrato privado de compraventa llevado a cabo por una Administración. Compraventa que puede contenerse en un convenio urbanístico. Así, en la STS comentada se dice que el artículo 4 de la Ley de Contratos de 2000 proclama la libertad de las Administraciones públicas para “concertar los contratos, pactos y condiciones que tengan por conveniente” (principio de libertad de pactos), refiriéndose, además, en su artículo 6 a los contratos mixtos. En términos similares, artículo 111 de la Ley de Régimen Local de 1986.

Partiendo de dicha calificación, en el artículo 9.1 de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas de 2000, se establece que “en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas (se regirá), por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado”; y, en particular, al contrato de compraventa sobre bienes inmuebles “se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas”. La regulación indicada conlleva que el aspecto concreto del contrato que se discute en el proceso —existencia de previo informe para la fijación del precio—, sea de evidente carácter administrativo, por lo que la jurisdicción contenciosa es la competente.

Teniendo en cuenta lo indicado, la STS se pronuncia sobre el cumplimiento de las normas relativas a la determinación del precio de adquisición del bien contenidas en los artículos 11 y 118 del Reglamento de Bienes de 1986 y legislación de contratos y, en especial, a la exigencia de una valoración técnica que acredite de modo fehaciente su justiprecio. En concreto, se afirma que el precio de la compraventa no ha contado con el soporte (informe pericial) exigido por el precepto que se cita como infringido en la demanda (11 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), ni con un sistema de fijación que acredite la corrección del mismo de modo fehaciente (artículo 118 del mismo Reglamento) por lo que, en consecuencia, no resulta cumplido el principio de buena administración, exigido por el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000. Y se llega a esta conclusión en la STS citada después de apreciar la generalidad del informe de valoración que obra en el expediente y afirmar que no cuenta con las exigencias necesarias para constituir un elemento objetivo de control administrativo en el trámite de determinación del precio de la compraventa que se anula.

B) Tribunales Superiores de Justicia

a) Afectación al dominio público: momento en el que se consideran afectos al dominio público los viales

La STSJ de Castilla y León de 6 de septiembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2007/283957, se pronuncia sobre el momento en que un vial previsto en el planeamiento cabe calificarlo como tal desde el punto de vista patrimonial.

En concreto, en la STSJ se dice que es preciso distinguir entre el suelo urbano consolidado y aquel suelo que se encuentra incluido en una unidad de ejecución. Respecto del suelo

urbano consolidado es cierto que los propietarios están obligados a ceder gratuitamente el suelo destinado a viales, si bien sin perder el aprovechamiento que corresponda, pero el hecho de que este suelo deba cederse gratuitamente y deba ser destinado a viales no produce que automáticamente este suelo sea vial y se encuentre integrado dentro del dominio público del Ayuntamiento. En estos supuestos de suelo urbano consolidado en que es preciso, conforme a los instrumentos de planeamiento, adaptar la configuración física de las parcelas de suelo urbano consolidado a las determinaciones del planeamiento, es preciso un proyecto de normalización, conforme recoge el artículo 216 del Decreto 22/2004 de Castilla y León, y este proyecto de normalización una vez aprobado produce los efectos citados en el artículo 252 del mismo Decreto para la aprobación de los proyectos de actuación, según recoge el artículo 221 del mismo Reglamento de Urbanismo de Castilla y León. La primera consecuencia que se extrae de lo dicho hasta aquí es que, ni aun en el suelo urbano consolidado, el Plan General de Ordenación Urbana u otro instrumento de planeamiento general es un título bastante para que un suelo que es de propiedad privada pase a ser de propiedad pública, y mucho menos para que pase a ser un vial, sin realizar ninguna otra actuación.

Y sigue diciendo la STSJ citada que es preciso acudir a los efectos que recoge el artículo 252 del Decreto, efectos que se producen tanto en el suelo urbano consolidado (a través del proyecto de normalización), como en el suelo que, al no ser suelo urbano consolidado, se encuentra integrado en una unidad de ejecución o unidad de actuación (a través del Proyecto de Actuación). Este artículo 252 recoge, respecto del proyecto de actuación, y que es aplicable para el supuesto del proyecto de normalización, en su número 4 que la aprobación definitiva de este proyecto de actuación, cuando contenga las determinaciones completas sobre reparcelación, produce entre otros defectos el de transmitir al Municipio, en pleno dominio y libres de cargas, gravámenes y ocupantes, los terrenos que deban ser objeto de cesión, para su afección a los usos previstos en el planeamiento y su incorporación al Patrimonio municipal de suelo, en su caso. Como requisito imprescindible es que se deben contener todas las determinaciones completas sobre reparcelación; que es una cuestión que no parece sea discutida. Pero lo trascendente es que este precepto, como no podía ser de otro modo, en ningún caso recoge que este terreno sea ya un vial público, sino que el Municipio adquiere estos terrenos, no estos viales por cuanto que no existen; y los adquiere para su afección a los usos previstos en el planeamiento. Es decir, que adquiere los terrenos destinados a viales precisamente para afectarlos a ser viales, pero en ningún caso son viales sino cuando se han urbanizado total y completamente y han sido cedidos estos viales y aceptados por el Municipio. En este sentido son claros los artículos 206 y 207 del Decreto 22/2004, que establece la exigencia de la entrega y recepción de la urbanización, y es una vez recibida la urbanización cuando los terrenos destinados en el planeamiento urbanístico para vías públicas deben integrarse en el dominio público para su afección al uso común general o al servicio público; siendo perfeccionada esta cesión de terrenos una vez recibida la urbanización. Es evidente que si un terreno destinado a vial no se encuentra urbanizado, todavía no constituye un vial en sentido estricto y completo, y por consiguiente no puede ser objeto de ocupación por nadie, ello sin perjuicio de la propiedad del terreno sobre el que se está construyendo el vial.

b) Bienes patrimoniales: procedimiento para calificar los bienes como parcelas sobrantes

Para calificar una parcela como sobrante es preciso haber tramitado el procedimiento legalmente establecido. Así, en la **STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2007/265374, se dice que de conformidad con el artículo 7.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, para declarar un terreno parcela sobrante se requerirá expediente de calificación jurídica, es decir, se exige un procedimiento específico en el que se acredite la oportunidad y legalidad de la alteración de la calificación jurídica del bien (artículo 8.1 de dicho Reglamento), por lo que se trata de un acto de alteración expresa y no sólo tácita.

Y sigue diciendo la STSJ comentada que es cierto que el artículo 8.4 dispone que la alteración de la calificación jurídica se produce automáticamente con la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obra, pero también lo es que el artículo 3.1 establece que sin perjuicio de la vinculación del suelo a su destino urbanístico desde la aprobación de los Planes, la afectación de los inmuebles al uso público se producirá, en todo caso, en el momento de la cesión de derecho a la Administración actuante conforme a la legislación urbanística, por lo que se hace preciso analizar ésta, especialmente cuando se trata de suelo total o parcialmente sin desarrollar.

En toda esta cuestión, continúa afirmando la STSJ citada, subyace la diferente funcionalidad y naturaleza que ofrecen las fases de ordenación y gestión del urbanismo, correspondiendo a esta última “los procesos dirigidos a materializar sobre el terreno las determinaciones de los Planes de Ordenación Urbanística, y, en especial, aquellos de urbanización y edificación de los terrenos, destinándolos efectivamente a los usos previstos y permitidos” (artículo 71.1 de la Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio), disponiendo en concreto el apartado 2.b) de dicho precepto que los procesos de ejecución comprenden la obtención de los terrenos para redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios en la forma que corresponda a la modalidad de gestión urbanística. Es más, el artículo 124 del Reglamento de Gestión Urbanística dispone que será el acuerdo de reparcelación el que determine la cesión de derecho al Municipio, en pleno dominio y libre de cargas, de los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al Patrimonio municipal del suelo o su afectación a los usos previstos en él.

Teniendo en cuenta esto último, el TSJ niega que se esté en presencia de una parcela sobrante, puesto que en el caso debatido ni se ha ejecutado el planeamiento ni se deduce que se vaya a ejecutar de inmediato. Y, por tanto, todavía no se ha producido la afectación de la calle al uso público, sin perjuicio de su vinculación al destino urbanístico previsto en el Plan y no cabe, por tanto, extraer la consecuencia de considerar a los terrenos que quedaron fuera de la ordenación prevista como bienes patrimoniales y parcelas sobrantes, pues se requiere de los necesarios actos formales de aprobación de los procedimientos de ejecución que determinen la configuración definitiva de la calle y produzcan la necesaria cesión de derecho conforme a la legislación urbanística.

c) Adquisición de los bienes de las Entidades locales. Validez de las condiciones establecidas

La STSJ de Andalucía de 21 de mayo de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 855 de 2007, se pronuncia sobre la legalidad de un acto administrativo que considera inválidas las condiciones establecidas en el contrato de donación de unos bienes al Ayuntamiento y que fueron aceptadas por la Entidad local y que estaban en relación con la imposibilidad de trasladarlos fuera de la población. Dicha declaración administrativa no la considera legal el Tribunal puesto que en ningún caso correspondería al Ayuntamiento la interpretación con una declaración de invalidez de la condición impuesta, materia que correspondería a los tribunales ordinarios civiles. Por otra parte, la condición de que los bienes no sean trasladados de localidad por el Ayuntamiento es conforme con la normativa de patrimonio histórico, salvo en la posibilidad de que fuera temporal para exposiciones; legislación esta última que es de aplicación prioritaria a la reguladora de bienes locales.

d) Prerrogativas de las Entidades locales: requisitos para el ejercicio de la potestad de deslinde

Las potestades de deslinde y recuperación de oficio se ejercitan por las Entidades locales en los supuestos previstos en las normas, debiendo diferenciarse claramente cada una de ellas y siendo procedentes en las condiciones marcadas por éstas. En este sentido, en la STSJ de Madrid de 19 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, JUR 2007/332819, se dice que disponen los artículos 56 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales que tendrán la facultad de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su pertenencia y los de los particulares, cuyos límites aparecieren imprecisos o sobre los que existieren indicios de usurpación; y consistirá en practicar las operaciones técnicas de comprobación o rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas que tendrán por objeto delimitar la finca a que se refieran y declarar provisionalmente la posesión de hecho sobre ésta. La potestad administrativa de deslindar se diferencia de la potestad de recuperación de oficio en que en ésta ha debido producirse un acto de usurpación previo, mientras que en aquélla se presume la posesión de las respectivas fincas, cuyos lindes no están claramente delimitados. No tiende el deslinde por tanto a recuperar lo perdido sino a definir aquello que se posee.

Y sigue diciendo la STSJ citada que el expediente de deslinde debe contener su justificación, es decir, su *ratio*; la descripción de los inmuebles con expresión de sus linderos generales, de sus enclavados, colindancia y extensión perimetral y superficial; así como del título de la propiedad o informaciones posesorias referentes a la posesión en favor de la Entidad Local de los bienes que se tratare de deslindar. Se trata, por tanto, de dilucidar y demarcar un hecho posesorio a favor de la Administración deslindante, y por tanto, no puede ejercitarse en el caso de que existan dudas sobre la naturaleza o titularidad del bien, pues en ese caso, se convertiría en un acto de definición de propiedad para el que

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

ninguna administración tiene competencia por corresponder ésta a la jurisdicción civil ordinaria. Por ello, la potestad de deslinde queda obstaculizada por los principios de legitimación registral y de presunción de posesión a favor del titular inscrito, sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que establece que a todos los efectos legales se presume que el dominio y los demás derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (SSTS de 10 de febrero de 1989, 5 de noviembre de 1990, 19 de mayo de 1999, etc.)

La inmatriculación de fincas en el Registro de la propiedad no puede ser desconocida por la Administración al llevar a cabo una acción de deslinde o de recuperación de oficio, por cuanto el titular de la inscripción registral se presume que detenta la posesión del inmueble cuyo dominio está inscrito a su favor, y que presupone una situación consolidada jurídicamente, sin poderse ejercitar ninguna acción contradictoria del dominio inscrito. Por tanto, la facultad reivindicatoria de la Administración respecto de sus bienes patrimoniales o demaniales exigen la prueba completa y patente de que éstos están sometidos a su dominio o a un uso público cuya titularidad le corresponde, pues lo contrario sería perturbar una situación dominical o posesoria, lo cual ha de hacerse necesariamente ante los Tribunales civiles ordinarios, únicos con competencia para hacer declaraciones sobre el derecho de propiedad.

Al margen de la STSJ comentada, también puede citarse la **STSJ de Castilla y León de 12 de junio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR 2007/312145. La STSJ que se acaba de mencionar se pronuncia sobre las condiciones para el ejercicio de la potestad de deslinde y, en especial, la necesidad de que existan límites imprecisos y se tramite el procedimiento legalmente establecido.

e) Prerrogativas de las Entidades locales: potestad de recuperación de oficio

La **STSJ de Andalucía de 4 de junio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 853 de 2007, se pronuncia sobre las diversas condiciones para que sea correcto el ejercicio de la potestad de recuperación. Así, en primer lugar, se afirma que esta prerrogativa está establecida con la finalidad de mantener a los Entes locales en el uso y goce pacífico de sus bienes, evitando en lo posible usurpaciones de quien no es su poseedor, aun cuando no sirva de cauce para reivindicar el dominio, si son cauce adecuado y legítimo para evitar usurpaciones en la posesión de los bienes de las Entidades locales. Y, a continuación, resumiendo la jurisprudencia del TS que cita, indica que los requisitos para su ejercicio son los siguientes: demostración que los bienes son del dominio de la Administración, hayan estado poseídos por la Entidad y estén identificados; existencia de usurpación, y tramitación del correspondiente procedimiento administrativo. Requisitos que se comprueban en el caso concreto por el Tribunal que no concurren.

De forma similar se va a pronunciar la **STSJ de Cantabria de 5 de junio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2007/294074. En ella se dice que, según han sido perfilados jurisprudencialmente, se precisa para el restablecimiento

de la posesión de los bienes demaniales los siguientes requisitos: a) que los bienes sean de pertenencia de la Corporación local, cualquiera que sea su naturaleza jurídica; b) que sean indebidamente poseídos; c) que se ejercite la iniciativa recuperatoria dentro de plazo, si se refiere a bienes de propios; d) que exista previo acuerdo corporativo sobre base documental que acredite la posesión, sin hacer declaraciones sobre titularidad dominical, y e) que exista completa identidad entre lo poseído y lo usurpado, ya que en caso contrario ha de procederse al previo deslinde.

En relación con el cumplimiento de estos requisitos, la STSJ de Cantabria que se acaba de mencionar establece que si bien se ha exigido una prueba plena y perfecta de la concurrencia de los dos primeros requisitos enumerados —la posesión pública y su obstaculización privada—, una más reciente doctrina del Tribunal Supremo mitiga el rigor de tales exigencias de prueba indubitada, autorizando que se trate de una prueba suficiente o de una mejor prueba de posesión que la que ofrece el inmediato detentador. De esta más reciente corriente jurisprudencial son exponentes las Sentencias, entre otras, de 24 de julio de 1989; 3 de enero, 19 de septiembre y 3 de diciembre de 1990; 4 de enero (2 sentencias), 13 de marzo y 5 de julio de 1991, y 24 de septiembre de 1992.

Si no se respetan las condiciones señaladas en las SSTSJ que se han comentado, las actuaciones administrativas quedarán afectadas por un vicio de legalidad. En este sentido, por ejemplo, en la **STSJ de Castilla y León de 11 de junio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR 2007/312261, se examina la procedencia de la recuperación de oficio tramitada en la que no se han respetado los requisitos legalmente establecidos exigidos por la jurisprudencia del TS que cita y, en especial, la condición de que se tramite el procedimiento legalmente establecido y los requisitos materialmente requeridos. En concreto, en la STSJ se afirma que así las cosas, la pretensión de nulidad de pleno derecho del acuerdo recurrido que se formula al amparo del artículo 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992, por haber el Ayuntamiento demandado prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido —ausencia de acuerdo previo de la Corporación, y de trámite de audiencia— ha de correr suerte estimatoria, pues sobre la base de que, aparte de lo ya dicho sobre los presupuestos materiales que han de concurrir para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio, en todo caso tal ejercicio necesariamente ha de verificarse a través del procedimiento previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sin que la remisión que en él se hace al artículo 46 pueda ir más allá de las formas de iniciación. Por otra parte, no concurren los presupuestos materiales exigidos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio que, por su carácter excepcional y privilegiado, sólo cabe ejercitar cuando se encuentra respaldada de modo claro e inequívoco de la anterior posesión administrativa del bien sobre el que se ejercita, lo que aquí no acontece, tal y como se declara probado en la STSJ.

Por último y en relación con el control de la potestad de recuperación de oficio, debe indicarse que las actuaciones administrativas que se realicen están sujetas al enjuiciamiento de los tribunales. Así, en la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de julio de 2007**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR 2007/319134,

se dice que el enjuiciamiento de la legalidad de la actuación administrativa en torno al ejercicio de potestad recuperatoria de la posesión de sus bienes compete a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, a quienes, sin pronunciarse sobre la definitiva posesión o propiedad de esos bienes, corresponde decidir si la Administración ha ejercitado correctamente las facultades de orden recuperatorio, tanto en el aspecto formal o procedimental como en el de fondo. Partiendo de esta premisa y de las condiciones para su ejercicio señaladas por la jurisprudencia del TS que cita, en la STSJ se sostiene que la Entidad local no las ha cumplido y, en especial, no ha quedado demostrada la previa posesión del bien que se pretende recuperar. De ahí que se anule la actuación municipal y ello sin perjuicio de los pronunciamientos de los tribunales civiles.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Comunidades de Usuarios y Regantes: inscripción de derechos y condiciones para el reconocimiento y nombramiento de representantes en las Juntas de Explotación

En la STS de 7 de noviembre de 2007, Ar. 7339 (recurso de casación 9757/2003) se discute, en recurso de casación, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección Cuarta), de fecha 16 de junio de 2003, por medio de la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el Ayuntamiento de Jaca (Huesca) contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro, de 15 de noviembre de 1999, en la que se acordó rechazar la solicitud formulada por el Ayuntamiento de incluir en los correspondientes censos de la Confederación a las Comunidades de Usuarios y Regantes por él relacionadas, a los efectos de obtener representación en la Junta de Explotación núm. 15, hasta en tanto en cuanto no estuviesen formalmente constituidas.

Los motivos de impugnación en vía contencioso-administrativa de la citada Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro, tenían como argumento principal la presunta vulneración del artículo 41 del Reglamento 927/1988, de 29 de julio, de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (en adelante, RAPA), en el cual se determina el otorgamiento de representantes en las Juntas de Explotación a los usuarios con “derechos inscritos” o “en trámite de inscripción”, y por ello habría de entenderse –según la particular argumentación del Ayuntamiento de Jaca–, que dicho artículo se refiere no sólo a los titulares de derechos ya obtenidos con la correspondiente concesión pero no inscritos, sino también a los nuevos solicitantes de concesión, tal y como era su caso.

Ante tal fundamentación, el TS determina en su sentencia que los motivos de casación expresados por el Ayuntamiento de Jaca no pueden prosperar sobre la base de la interpretación que él hace del artículo 41 del RAPA, pues no puede interpretarse que las meras solicitudes de concesión administrativa de aguas suponen sin más la constitución de Comunidades de Usuarios y otorgan por sí mismas el derecho a tener representantes en las Juntas de Explotación. Según el TS, tal interpretación no es conforme con el sistema ideado por la Ley de Aguas y su Reglamento, pues el artículo 41 del RAPA, habla en

primer lugar de “derechos” y luego de “inscritos” o “pendientes de inscripción”, pero sin derecho (es decir, sin concesión otorgada) no hay Comunidades de Usuarios o de Regantes, y sin Comunidades de Usuarios formalmente constituidas no hay posibilidades de representación en las Juntas de Explotación.

Concluye el TS que no puede pretenderse que una mera solicitud de concesión genere los derechos que de fondo pretende el Ayuntamiento de Jaca, motivo por el cual declara no haber lugar al recurso de casación planteado.

B) Procedimiento sancionador: inicio de obras sin autorización en zona de Policía. Caducidad inexistente. Asunción de competencias en aguas intercomunitarias

Se discute en la STS de 16 de mayo de 2007, Ar. 8353 (recurso de casación 7809/2003) la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 15 de julio de 2003, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Principado de Asturias contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte, de 5 de junio de 2000, incoada contra la Consejería de Medio Ambiente del Principado de Asturias y el Ayuntamiento de Sobrescobio por la realización de obras de construcción de un edificio destinado a Museo en la zona de Policía del río Nalón, sin contar con la preceptiva autorización administrativa del Organismo de cuenca.

Tres son los motivos de impugnación de la Administración del Principado de Asturias, que consistían en alegar la caducidad del expediente sancionador argumentando infracción del artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJ-PAC, y en cuestionar la competencia sancionadora en materia de aguas intracomunitarias del Organismo de cuenca, ejercida en vulneración de los artículos 10.1.12 y 15.2.c) del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

Ante tales motivos de impugnación, el TS afirma la inexistencia de caducidad del expediente en aplicación del artículo 332 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico y la modificación operada en la Ley de Aguas a través de Ley 46/1999, de 13 de diciembre, los cuales establecen el plazo de caducidad de un año para la resolución de expedientes sancionadores en materia de Dominio Público Hidráulico.

En cuanto a la tesis de la Administración autonómica de que la competencia sancionadora en materia de aguas intracomunitarias no la tiene el Estado, sino la Administración Autonómica, el Tribunal afirma, con invocación de su Sentencia de 25 de abril de 2005 (RJ 2007, Ar. 3216) que la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de ser expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, y añade que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida por disposición de rango legal. Afirma el TS que “no basta, por lo tanto, para que una Comunidad Autónoma ejerza efectivamente potestad sancionadora en materia de aguas intracomunitarias que el correspondiente Estatuto de Autonomía atribu-

ya esa potestad sancionadora, sino que es necesario que una norma autonómica de rango legal atribuya esa potestad a un órgano determinado de la propia Comunidad Autónoma”. “Mientras eso no ocurra, ningún órgano administrativo autonómico concreto y específico puede ejercer la potestad sancionadora, que seguirá correspondiendo al Estado”.

Finalmente, en relación con el tercer y último motivo de impugnación de la Administración recurrente, alegando infracción del artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, introducido también a través de la reforma de la Ley de Aguas operada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre. El TS determina que tampoco se puede aceptar dicho motivo, pues dicho artículo 25.4 del TRLAg. no supone la sustitución de la necesidad de la correspondiente autorización por un simple informe de la Confederación correspondiente, tal y como interpreta la Administración Autonómica en relación con las obras de las comunidades autónomas. Informe y autorización son figuras jurídicas distintas, que cumplen finalidades diversas, y por ello no puede afirmarse que la nueva previsión del informe que contiene el artículo 25.4 del TRLAg. sustituya o haga innecesaria la tradicional autorización.

Por todo lo anterior, el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y procede a condenar a la Administración del Principado de Asturias en las costas de éste.

C) Extracción de aguas subterráneas: el Plan General de Ordenación Urbana no es el instrumento idóneo para regular el uso del Dominio Público Hidráulico

En la STS de 4 de diciembre de 2007, Ar. 284 (recurso de casación 10161/2003), se discute en casación la Sentencia de 26 de mayo de 2003, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Málaga), desestimatoria del recurso deducido contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Coín (Málaga), de fecha 10 de julio de 1995, por el que se denegó a don José Pedro, licencia de obras para captación de aguas subterráneas por no cumplir los requisitos y presentar la documentación exigida por el artículo 174 del PGOU de Coín.

El recurrente articula como principal motivo de casación la vulneración del principio de jerarquía normativa contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución, al no considerar ajustada a derecho la determinación contenida en el Plan General de Ordenación Urbana relativa a aprovechamiento y uso de aguas subterráneas, por ser ésta de exclusiva competencia de los Organismos de cuenca, en este caso de la Confederación Hidrográfica del Sur.

Para el TS el motivo de casación aducido es estimable, dado que la Ley de Aguas, en su artículo 2, incluye dentro del Dominio Público Hidráulico, las aguas y los acuíferos subterráneos a efectos de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos, mientras que el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio) atribuye a los Organismos de cuenca la administración y control del Dominio Público Hidráulico, y a tales efectos, otorgar las autorizaciones referentes a éste, razón por la cual “un Plan General de Ordenación Urbana –cuya finalidad no es otra que la ordenación de los terrenos en cuanto a sus usos– no es el instrumento idóneo para regular el uso del Dominio Público Hidráulico...” (aguas

subterráneas), “ni para conferir al Ayuntamiento el control de la ejecución de pozos y sondeos, o extracción de aguas subterráneas”.

El TS no estima, por lo tanto, la argumentación del Ayuntamiento demandado, consistente en la invocación del artículo 14.3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, el cual dispone que el ejercicio de funciones del Estado en materia de aguas debe respetar la compatibilidad con la ordenación del territorio. Según el Tribunal, dicha previsión no atribuye a la Administración urbanística competencia alguna en materia de Dominio Público Hidráulico, ni permite que los Planes Generales de Ordenación Urbana contengan previsiones relativas al uso de dicho dominio –tal y como lo hacía el artículo 174 del PGOU de Coín–, en contra del parecer de la Sala de instancia.

Por todo lo anterior, el TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, casa la Sentencia impugnada y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del demanio costero

a) El objeto del deslinde es declarar demanio costero lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, lo es

Como hemos afirmado en una multiplicidad de ocasiones, lo que la Administración pretende a través del ejercicio de la potestad de deslinde es encuadrar en el dominio público marítimo-terrestre 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 a las que alude el apartado b) del artículo 3.1 de la Ley de Costas (STS de 2 de octubre de 2007, Ar. 6310). También el caso de las zonas naturalmente inundables mencionadas en el apartado a) del mismo precepto que, aunque hayan sido desecadas por causas artificiales o antrópicas, no ven alterada su naturaleza demanial, de carácter permanente (STS de 4 de enero de 2007, Ar. 8344). La concurrencia de esta inundabilidad natural en los terrenos puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba, sin que venga exigido por la normativa la aportación de un estudio o informe técnico (STS de 15 de noviembre de 2007, Ar. 8549).

b) Obviando comparaciones, es determinante que los bienes considerados demaniales tengan realmente esa condición

Como también se hizo constar en esta Revista en crónicas previas, la inclusión de éstos y otros bienes en el demanio marítimo-terrestre a resultas de un procedimiento de deslinde es independiente del hecho concreto de que bienes contiguos, con características

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

similares, queden a su margen. Lo relevante no es que otros terrenos debieran haber sido incluidos en el dominio público marítimo-terrestre, sino que los incluidos realmente tengan los elementos propios de esa condición. Por esa razón, no cabe alegar vulneración del principio de igualdad. De nuevo insiste en esta interpretación la STS de 5 de diciembre de 2007, Ar. 90 de 2008.

c) El ejercicio de la potestad de deslinde carece de límites físicos y temporales, sin que la existencia de uno previo suponga revisión de actos propios

Considerando que la finalidad del deslinde es constatar que unos determinados bienes reúnen las características propias del demanio costero, su realización procederá en cualquier momento y frente a la superficie que se estime precisa, sin que quepa alegar la existencia de otro previo que no incorpora los terrenos discutidos. No se trata de proceder mediante deslindes posteriores a la revisión de actos anteriores contrarios al ordenamiento jurídico, previa declaración de su lesividad. Lo que se pretende es determinar el dominio público marítimo-terrestre mediante el ejercicio de aquella potestad, verificando la concurrencia en los terrenos considerados de las características contempladas en los artículos 3 a 5 de la vigente Ley de Costas, y declarando en caso afirmativo este hecho, sin atribución *ex novo* de facultades y derechos en favor de la Administración costera (SSTS de 4 de enero y 2 de octubre de 2007, Ar. 8344 y 6310, FFJ 3º y 6º).

d) Procedimiento: no cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor original de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992

Aunque los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992 han sido objeto de una profunda reforma por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, con el fin de simplificar el régimen jurídico del silencio administrativo, a los asuntos valorados por las antecitadas SSTS de 4 de enero y 2 de octubre de 2007, Ar. 8344 y 6310, FFFJ 5º, les resultaban todavía de aplicación sus tenores originales. Conforme a éstos, el plazo de tres meses para concluir los procedimientos mediante resolución expresa sólo operaba en relación con los iniciados a instancia de parte, permaneciendo los impulsados de oficio al margen de dicha limitación, y cabiendo sólo declaración de caducidad de estos últimos en los casos en que no fuesen susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. Son estas dos razones las que determinan que la pretensión de los recurrentes en orden a declarar caducado un deslinde del demanio costero inconcluso en el plazo señalado sea desestimada, al argumentar el Tribunal que, por un lado, no se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte –lo que imposibilita la aplicación del primero de los preceptos citados– y que, por otro, es susceptible al tiempo de producir actos favorables tanto para terceros como para el mismo interés general –impidiendo declaraciones de caducidad automáticas–.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) Prohibición de edificaciones en la zona de servidumbre de protección

El establecimiento de limitaciones sobre los predios privados contiguos al demanio es una técnica habitual en la normativa sobre propiedades públicas, sin que la vigente Ley

de Costas de 1988 sea una excepción en este sentido. Como hemos repetido en anteriores ocasiones, su finalidad se sitúa tanto en la cumplimentación de necesidades generales como, sobre todo, en la salvaguardia de dichos bienes. Por esta razón, están prohibidas en la zona de servidumbre de protección que establece el artículo 23 de la Ley de Costas las obras, instalaciones y actividades que puedan tener otra ubicación o que no presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre (artículo 25.2 *a contrario sensu*), resultando procedente su paralización (STS de 5 de junio de 2007, Ar. 7004).

b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas

Nuevamente, como en oportunidades anteriores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha procedido a interpretar el complejo tenor de las Disposiciones Transitoria Tercera de la Ley de Costas y Transitoria Octava de su Reglamento. Y en lo que ya es una línea de argumentación asentada, ha vuelto a insistir en la supeditación de la extensión de la servidumbre de protección que ella misma diseña (100 metros) a la aprobación definitiva por parte de las Administraciones urbanísticas competentes de un Plan Parcial. En caso negativo, como el enjuiciado por la STS de 25 de abril de 2007, Ar. 7125, no cabe invocar la aplicación del apartado 3 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas para lograr una reducción de la servidumbre hasta los 20 metros, 20 metros que, como recuerda igualmente el FJ 5º de la Sentencia, no tienen por qué ser exactamente tales, cabiendo otra extensión distinta, inferior a 100 metros, pero nunca por debajo del límite irrebasable que supone la primera distancia. Se trata de procurar que la anchura de la zona de protección sea la máxima posible dentro del respeto al aprovechamiento urbanístico, sin que en ningún caso rebase por debajo los 20 metros establecidos en la legislación costera. Esto lo explica el motivo que justifica la reducción prevista en las Disposiciones Transitorias, que no es otro que la intención de aminorar la indemnizabilidad de los aprovechamientos urbanísticos atribuidos por el instrumento de planeamiento al suelo posteriormente afectado por la servidumbre. Es, en definitiva, una cuestión económica.

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) El régimen transitorio de la Ley de Costas transforma la propiedad particular litoral en un derecho temporal de uso y aprovechamiento del demanio

La declaración de demanialidad de las propiedades costeras que realiza el artículo 132.2 de la Constitución lleva implícita la prohibición de que existan enclaves privados en el litoral. Por esta razón, sus titulares al amparo de normativas anteriores ven transmutado su derecho de propiedad en una concesión administrativa en los términos indicados al respecto por la Disposición Transitoria Primera de la vigente Ley de Costas. Como tempranamente reconoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 149/1991, de 4

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de julio, esta transformación implica una muy singular forma de expropiación cuya compensación constituye un mandato simultáneo a la pérdida de la propiedad, y cuyo *quantum* de la indemnización viene fijado en la propia Ley. De esta forma, cabe afirmar que la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es, simultáneamente, un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación, debiendo mantener la indemnización un equilibrio proporcional entre el valor del bien expropiado y su cuantía. Y es esta idea de equilibrio la que lleva al TS a reconocer que dicha “muy singular forma de expropiación” puede conllevar otros perjuicios colaterales indemnizables, siempre que estén suficientemente singularizados, sean efectivos y presentes, y puedan ser evaluables económicamente, lo que no se constata en el supuesto sobre el que se pronuncia la STS de 26 de junio de 2007, Ar. 6579.

b) El uso privativo de las playas sólo se admite si existe un interés público

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Costas, las playas no serán de uso privado –sin perjuicio de la existencia de reservas demaniales–, y las instalaciones que en ellas se autoricen deberán permitir el libre acceso público. Sólo por razones de policía, economía u otras de interés público debidamente justificadas podrán autorizarse otras modalidades de uso.

La STS de 25 de abril de 2007, Ar. 8349, entiende que la existencia de un camping en una playa no atiende a un interés público, como pretende el recurrente, sino a un “interés del público” que no está amparado por la Ley de Costas para legitimar el uso privativo de dicho bien demanial. Por esta razón, deniega la legalización de las obras efectuadas sobre aquélla y la concesión solicitada al efecto. Más cuando quien venía explotando dicho camping (el Ayuntamiento) ni era propietario de los terrenos de dominio público al amparo de la normativa anterior, ni detentaba derecho de concesión alguno en relación con ellos. Por este motivo, no cabe aplicar la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Costas, que permite la legalización de aquéllas en presencia de un interés público.

c) Las concesiones de desecación de marismas no transmutan en títulos de propiedad privada, tienen carácter temporal y caducan por incumplimiento de sus condiciones

También en esta ocasión hay que recordar una doctrina ya destacada en previas entregas de esta Revista, que ahora reitera la STS de 5 de diciembre de 2007, Ar. 91 de 2008. De acuerdo con ella, las concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la anterior legislación costera no tienen como efecto, contra la regla general fijada en la Disposición Transitoria Segunda.2 de la vigente Ley de Costas, la transmutación de los terrenos demaniales sobre los que recaen bienes privativos. Antes al contrario, siguen siendo títulos concesionales a los que, como tales, les resultan de aplicación las previsiones sobre su duración máxima establecidas en la Ley de Costas. Y ello a pesar de que en su momento fuesen otorgadas a perpetuidad. De la misma manera que se trata de concesiones sometidas a condición –normalmente aprovechamiento agrícola y ganadero de los terrenos desecados– que, en caso de ser incumplida, determinará la caducidad del título.

D) Puertos: la concesión de uso privativo de espacios portuarios requiere proseguir el procedimiento administrativo normativamente establecido, so pena de nulidad

La construcción y explotación de instalaciones para la navegación recreativa constituye un uso privativo del dominio público portuario y, como tal, requiere previa concesión administrativa. Concesión que, como cualquier otra resolución de la Administración, exige la prosecución del procedimiento normativamente establecido al efecto (hoy en los artículos 106 y siguientes de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general). Su ausencia determina la incursión del acto en la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, como recuerda la STS de 5 de noviembre de 2007, Ar. 8387.

E) Pesca y cultivos marinos

a) La inscripción en el Censo de Flota Pesquera Operativa depende del cumplimiento de los requisitos exigidos normativamente

En atención a su importancia económica y a los condicionantes de diversa índole que le rodean, la actividad pesquera requiere, como exigencia previa a su ejercicio, la inscripción de los buques destinados al efecto en el correspondiente Censo de Flota Pesquera Operativa. Inscripción que vendrá supeditada, en todo caso, al cumplimiento por dichos buques de los requisitos impuestos por la normativa aplicable. En el supuesto enjuiciado por la STS de 25 de abril de 2007, Ar. 5775, la norma de aplicación era el Real Decreto 798/1995, de 19 de mayo, por el que se definen los criterios y condiciones de las intervenciones con finalidad estructural en el sector de la pesca, de la acuicultura y de la comercialización, la transformación de sus productos; Reglamento que, entre otros, imponía como condición previa a la inscripción la baja censal de otros buques operativos, para suplir el arqueo generado por los nuevos. El incumplimiento de este requisito lleva al Tribunal a declarar procedente la denegación de inscripción decidida anteriormente por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

b) También el cobro de ayudas por cese de la actividad pesquera se supedita a la observancia de las exigencias establecidas al efecto

En el marco de la política de pesca común se ha previsto la posibilidad de otorgar, con cargo a fondos comunitarios, subvenciones para el cese de la actividad pesquera con el fin de reestructurar el sector. El acceso a estas ayudas no es automático, sino que demanda el cumplimiento de una serie de requisitos, singularmente la acreditación del cese efectivo de dicha actividad mediante la presentación del certificado de desguace del buque, del documento de despacho aduanero en caso de exportación de la nave, o de la baja en el censo de buques de pesca. El hundimiento accidental del buque previo a la solicitud de la ayuda no se equipara, como pretende el demandante del proceso resuelto mediante STS de 14 de junio de 2007, Ar. 6409, a estas condiciones, pues esa precedencia —que

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

no el hundimiento en sí: la norma no exige que la nave se encuentre a flote, y así lo reconoce la sentencia de instancia— va a impedir, por un lado, conocer si el armador tenía realmente la intención de retirar el buque y, por otro, la existencia misma del objeto de la subvención.

Igualmente, para acceder a las ayudas se requiere que el buque se encuentre libre de cargas y gravámenes, lo que no sucede en el supuesto enjuiciado por la **STS de 27 de abril de 2007**, Ar. 5798. Por esta razón, se desestima la pretensión económica del recurrente que, además, ve rechazadas sus alegaciones acerca de hipotéticas vulneraciones del principio de confianza legítima consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los principios de buena fe y seguridad jurídica.

c) Las autorizaciones de pesca están limitadas al total de la cuota asignada a nuestro país para cada especie

La actividad pesquera, en la medida en que se realiza sobre recursos limitados, ha de estar controlada por la Administración. La expedición de títulos autorizatorios para el ejercicio de ésta es un buen ejemplo de esta afirmación, más si se considera que se corresponden con las cuotas asignadas a nuestro país en relación con cada especie. Por esta razón, la **STS de 22 de junio de 2007**, Ar. 6558, considera procedente la denegación a un armador de una autorización para la pesca del fletán negro cuando las posibilidades de España respecto a la cuota de pesca de esa especie en el caladero internacional NAFO ya estaban distribuidas en su totalidad.

d) La concesión para el establecimiento de viveros flotantes caduca por su falta de puesta en explotación

El establecimiento de viveros flotantes para el cultivo de marisco comporta un uso privativo del demanio marítimo y requiere, como tal, concesión administrativa. Las condiciones de dicho uso se fijarán en el clausulado concesional, situándose entre ellas la declaración de caducidad del título por falta de puesta en explotación. A esta realidad se refiere la **STS de 13 de abril de 2007**, Ar. 5378, que no entiende que las alegaciones expresadas por la demandante —falta de rendimiento de las instalaciones atribuibles a factores ajenos, pendencia de peticiones de prórroga a la Administración que, en las circunstancias existentes, estaban condenadas a la denegación— constituyan razones que permitan decidir la revisión de dicha declaración de caducidad u obtener la rehabilitación de las concesiones.

5. CARRETERAS. ALCANCE DE LA EXENCIÓN QUE ESTABLECE LA LEY DE CARRETERAS AL PAGO DEL PEAJE POR ALGUNOS VEHÍCULOS

La **STS de 29 de enero de 2008**, RJ 2008/322, estima el recurso de casación interpuesto contra la Orden del Ministerio de Fomento 2694/2003, de 18 de septiembre, que aprobaba el Reglamento de servicio de la autopista de peaje R-2, Madrid-Guadalajara,

y de la circunvalación a Madrid M-50 y declara la nulidad de su artículo 39.c), por entender que dicho precepto establecía una limitación excesiva de la exención del pago del peaje que para ciertos vehículos y en determinadas circunstancias establece la Ley de Carreteras en su artículo 16.3. Para comprender el razonamiento que elabora el Tribunal, ha de recordarse que, en efecto, el precepto mencionado de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, dispone que “No están obligados al abono de peaje los vehículos de las Fuerzas Armadas, los de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los de las autoridades judiciales, las ambulancias, los de los servicios contra incendios y los de la propia explotación, en el cumplimiento de sus respectivas funciones específicas”. Pues bien, la dicción del artículo anulado del Reglamento determinaba que estarían exentos del pago del peaje: a) Los vehículos del Ministerio de Fomento que transporten personal de éste encargado de velar por el cumplimiento de las normas del presente Reglamento; b) Los vehículos de la Policía de Tráfico y demás fuerzas de orden público y autoridades judiciales que hubiesen de cumplimentar algún servicio en terrenos de la autopista, y c) Los vehículos ambulancias y de servicio contra incendios, cuando hubiesen de realizar alguna misión en los terrenos de la autopista. Tal redacción suponía que la exención del pago del peaje se aplicaría a los vehículos citados tan sólo cuando hubieran de realizar alguna misión en los terrenos de la autopista, esto es, dejaba fuera el supuesto más genérico al que según el Tribunal Supremo alude la Ley estatal de carreteras según el cual la exención se aplica siempre que tales vehículos circulen por las carreteras de peaje, aunque la concreta función de servicio que efectúen no vaya a realizarse en los mismos terrenos de la carretera transitada. Interpreta el Tribunal Supremo que en tanto que la Ley de carreteras no limita la exención al supuesto a los servicios específicos realizados por los vehículos comprendidos en su tenor literal tengan lugar en la carretera de peaje, sino que se refiere en general a que la exención se reconozca cuando estén cumpliendo sus respectivas funciones específicas, con independencia de si es o no en la carretera de peaje, no puede un reglamento disminuir el alcance de la excepción. Razonamiento que está en la línea de sentencias anteriores” —así la de 10 de febrero de 1994, la de 21 de febrero de 1997, o la de 6 de octubre de 2006— en las que se explica que el artículo 16.3 de la Ley de carreteras condiciona la exención del abono de peaje en autopistas a que los vehículos mencionados en el precepto estén llevando a cabo o cumpliendo sus funciones específicas aunque esa actuación no se produzca en los terrenos e instalaciones de la autopista y por tanto circulen por la autopista en cuestión para dirigirse a un destino que no se encuentre dentro de sus terrenos e instalaciones. Considera el Tribunal que esta conclusión únicamente podría quebrar si la legislación específica sobre autopistas —actualmente la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión— estableciese una medida diferente de la prevista en la Ley de Carreteras, pero no es el caso. No siéndolo, considera el Tribunal que debe estarse a la normativa de carácter general contenida en el artículo 16.3 antes transcrito, de tal suerte que las disposiciones de inferior rango —reglamentos— o los actos derivados de su aplicación mediante los que se precisa el régimen jurídico, administrativo y económico de la concesión de explotación de las autopistas (pliegos de cláusulas de un contrato), no pueden sustraerse a su imperio.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

6. PATRIMONIO HISTÓRICO. CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE UN BIEN COMO DE INTERÉS CULTURAL (BIC)

En materia de Patrimonio histórico, la STS de 21 de enero de 2008, RJ 2008/427, recuerda los efectos atribuidos al transcurso del plazo máximo con el que cuenta la Administración para resolver el expediente de declaración de un bien como de interés cultural (BIC) sin que lo hubiera hecho, cuando se cumplan los requisitos que en relación con este supuesto establezca la normativa aplicable. En el caso que nos ocupa, dicha normativa se concreta en lo que dispone el artículo 9.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), según el cual: “El expediente (de declaración de bien de interés cultural) deberá resolverse en el plazo máximo de veinte meses a partir de la fecha en que hubiera sido incoado. La caducidad del expediente se producirá transcurrido dicho plazo si se ha denunciado la mora y siempre que no haya recaído resolución en los cuatro meses siguientes a la denuncia. Caducado el expediente no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancia del titular”. Así las cosas, si transcurridos los veinte meses a los que alude el precepto el particular afectado insta la declaración de caducidad del expediente, considera el Tribunal Supremo que, aunque no tenga lugar una declaración expresa de caducidad administrativa de éste, la consecuencia derivada de su archivo por haber quedado sin efecto la incoación es la misma. Es así que reitera la doctrina ya manifestada en otras de sus sentencias anteriores como la de 7 de marzo de 2007, RJ 2007/2591, en las que razonaba que “la caducidad se produce *ope legis* por incumplimiento de los plazos para resolver y no depende, ni de los intereses de los afectados en el expediente, ni de cual fuera su voluntad al respecto”. Se insiste en que la caducidad tiene lugar por el transcurso del tiempo, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establezca el precepto aplicable, aquí en concreto la denuncia de la mora reiteradamente contemplada en nuestra jurisprudencia cuando de la LPHE se trata (así la STS de 19 de junio 2007, RJ 2007/5264, y la STS de 29 de mayo 2007, RJ 5059/2007”. Interpretación que tiene relevancia, sobre todo, a los efectos de computar, por ejemplo, el plazo de tres años durante los que no puede la Administración volver a iniciar un expediente similar, salvo que lo solicite el particular.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales. Canon de regulación y tarifa por utilización de uso del agua

El TSJ de Murcia estima el recurso interpuesto contra la liquidación del canon de regulación efectuada por la Confederación Hidrográfica del Segura. Se trata de la STSJ de Murcia de 27 de abril de 2007, JT 1390.

La primera cuestión que se formula se refiere a la posible exención de los llamados regadíos históricos o tradicionales, esto es, los anteriores a 1933. Si bien el TSJ de Murcia había sostenido en anteriores sentencias la vigencia de la exención, el Tribunal Supremo la consideró improcedente, siendo doctrina ya consolidada; todo ello sin perjuicio de otras especialidades materiales y económicas de aquellos regadíos.

La segunda y última cuestión va a tener más éxito. Se alega que los acuerdos aprobatorios de los cánones se produjeron (2 de diciembre de 1998) cuando ya había finalizado el año de devengo (1997), señalando que el canon no podía tener efecto retroactivo, siendo preciso que hubiera sido aprobado dentro del período de devengo. El TSJ estima el recurso a la vista también de la doctrina del Tribunal Supremo, que anuló la expresión “provisionalmente y a cuenta” de los artículos 303 y 310 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, y advirtió que no procedía conferir carácter retroactivo a la aprobación del canon (o la tarifa) por vía reglamentaria.

Por su parte, la Audiencia Nacional, mediante **SAN de 19 de octubre de 2007**, JT 1462, considera ajustada a derecho la liquidación de la tarifa por utilización de agua efectuada por la Confederación Hidrográfica del Tajo, destinada a financiar obras de abastecimiento de emergencia a la ciudad de Cáceres y otras. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional pone de manifiesto que con la normativa actual, es indiferente que la obra haya sido o no financiada íntegramente por el Estado (en el caso de autos había colaborado económicamente la Comunidad Autónoma).

B) Tasas por prestación del servicio domiciliario de agua

La **STS de 5 de noviembre de 2007**, RJ 8721, se centra en un recurso deducido por un Ayuntamiento contra la Ordenanza Fiscal dictada por otro Ayuntamiento reguladora de las tasas por la prestación de los servicios públicos de agua y alcantarillado. Siendo pues el primero —o quizá sus vecinos— destinatario de los servicios prestados por el segundo. Se habla en la sentencia de contratos suscritos entre ambos y de promesas de creación de órganos supramunicipales para la gestión de tales servicios; pero la sentencia contrae su análisis al estudio de la Ordenanza Fiscal. El recurso se desestima, sin que se haya podido probar por la recurrente la infracción de la ecuación coste-rendimiento, entendiendo posible que la tarifa exigida a los residentes en el primero sea superior que la exigida a los del segundo, ya que no proceden de costes homogéneos. Lo que me parece dudoso a la vista de otras sentencias es que la fórmula financiera adecuada en estos casos en los que las actividades se efectúan fuera de la demarcación local sea la tributaria.

La **STS de 7 de abril de 2007**, RJ 6473, casa la sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de enero de 2002, JUR 2002 218328. El conflicto arrancó de que la Comisión de Precios autonómica no autorizó las tarifas fijadas inicialmente por el Consorcio de Aguas Bilbao-Bizkaia, ordenando su minoración. El Tribunal Supremo, reconociendo el carácter de ente local del Consorcio, prestador directo del servicio, considera que la naturaleza jurídico-financiera de aquellas tarifas era tributaria y que, por lo tanto, no es exigible el sometimiento a la referida autorización. A partir de ahí concluirá reconociendo el derecho del Consorcio a ser indemnizado por la Comunidad Autónoma, dada la diferencia entre lo que quiso y lo que pudo liquidar. Destaca en la sentencia la distinción de la Sala (que califica de “tradicional”) entre el servicio prestado por los entes locales en régimen de Derecho público, que debe dar lugar a la percepción de una tasa y la prestación en régimen de concesión, que da lugar a un ingreso de Derecho privado para la entidad

concesionaria. Esta distinción puede aceptarse en el escenario temporal propio del caso de autos (años noventa), pero, en mi opinión, en el ámbito de la Ley General Tributaria de 2003, ya no lo sería, dado que se introdujo un nuevo párrafo en la definición de tasa, según el cual “Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”.

C) 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 la STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2007, JT 1212.

D) Minas: canon de superficie de minas

La SAN de 26 de octubre de 2007, JT 1469, se refiere una vez más a la eficacia de las actualizaciones genéricas del importe de las tasas vía ley de presupuestos sobre esta figura.

E) Aeropuertos

En números anteriores de esta Revista hemos comentado conflictos relativos a la Tasa que grava la ocupación del espacio demanial aeroportuario en operaciones de carga y descarga cuando se trata de detenciones breves. El caso es que la normativa prevé una exención para las operaciones de duración inferior a 35 minutos, pero se plantean dudas jurídicas acerca de cómo computar el momento de inicio y terminación de esos 35 minutos. En la sentencia que se comenta, la Audiencia Nacional falla contra el criterio del Tribunal Central, interpretando la normativa aplicable de modo que la tasa en cuestión sólo se aplique teniendo en cuenta la duración de las operaciones de carga o/y descarga. De manera que si después de efectuar estas operaciones, la aeronave permanece en el punto de carga y descarga, pero como si fuese un punto de mero estacionamiento a la espera del despegue (al día siguiente), ese tiempo posterior a la descarga no puede computarse. Se trata de la SAN de 28 de mayo de 2007, JT 1251.

F) Dominio público autonómico. Tasas por ocupación de montes de utilidad pública

La STSJ de Aragón de 30 de abril de 2007, JUR 2007/313485, desestima el recurso presentado contra la liquidación por la Comunidad Autónoma de Aragón de tasas por ocupación de montes de utilidad pública con instalaciones de producción de energía eléctrica (eólica). La cuestión jurídica planteada trataba del devengo de la tasa, teniendo en cuenta que se autorizó provisionalmente la ocupación desde mediados de 2001, aguardando más de un año hasta la obtención de la autorización definitiva. La empresa pretendía que lo abonado durante la primera fase de ocupación fuera a cuenta de “la

autorización de ocupación definitiva”. El TSJ rechaza el planteamiento, considerando que la cantidad abonada “en la autorización provisional” se entiende “hasta el establecimiento de un canon definitivo”.

G) Dominio público local. Tasas al 1,5% de los ingresos exigidos a las empresas suministradoras de interés general

Mediante STS de 18 de junio de 2007, RJ 3410, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación formulado por un Ayuntamiento aragonés contra sentencia del TSJ de Aragón. Declara la incompatibilidad de la tasa general por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local con la tasa especial que se exige a las compañías que prestan servicios de interés general. La compatibilidad que se fija expresamente en la Ley se refiere a tasas por servicios o actividades (como la tasa por otorgamiento de licencias de obras).

Seguimos con las tasas por utilización del dominio público por empresas suministradoras de servicios, en la modalidad calculada a razón del 1,5% de los ingresos de la demarcación. En concreto, un episodio más en el que se ve afectado el Ayuntamiento de El Burgo de Ebro (provincia de Zaragoza) a consecuencia de la prestación de servicios a la papelera SAICA, una de las industrias más importantes de la región. Se trata de una STS de 13 de abril de 2007, JUR 2007/313710, que de nuevo desestima la apelación interpuesta por la compañía suministradora de gas. Aducía la mercantil que el eventual sujeto pasivo sería la titular de la red de distribución, la que ocupa efectivamente el dominio, y no la apelante que realiza una actividad de comercialización. La Sala desestima la apelación aportando doctrina anterior del mismo Tribunal. De otra parte, el interés general de su actividad se pone de manifiesto en que es suministrador de una industria radicada en el municipio que tiene una enorme importancia en este ámbito.

Esta modalidad de tasa también es el objeto de la STSJ de Valencia de 8 de junio de 2007, JT 1412. El TSJ, en una sentencia con un alto componente didáctico, compara el régimen previsto antes y después de 2003, resaltando las diferencias. La Sala rechaza la pretendida violación del principio de capacidad económica (se trataba de una empresa comercializadora de gas, no titular de las redes), y por ello el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

ELOY COLOM PIAZUELO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
JOSÉ MONTOYA HIDALGO
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia Comunitaria. A) Evaluación de las repercusiones de los proyectos sobre medio ambiente. Un convenio entre Administraciones y empresas no es un proyecto a efectos de la Directiva 85/337/CEE pero podría serlo. Las obras en un aeropuerto ya construido y dotado de una pista de despegue y aterrizaje de más de 2.100 metros de largo, aunque no afecten a la pista, se entienden incluidas en el Anexo I de la Directiva. B) Vertederos, autorización de nuevos. Transposición tardía de la Directiva 1999/31/CE al derecho italiano e incumplimiento en la norma de transposición del derecho comunitario. C) Directiva marco de aguas. Incumplimiento de la República italiana. **3. Actividades clasificadas.** A) El servicio de limpieza municipal en horario nocturno cuando produce ruidos excesivos y evitables vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario. B) Sanción al Ayuntamiento de Alcázar de San Juan por falta de diligencia a la hora de realizar vertidos sin la correspondiente autorización. C) Legalidad de la norma que prevé la sanción de las conductas futuras atendiendo a la capacidad de almacenamiento de sustancias peligrosas en cantidades superiores a las autorizadas en un local destinado a ese fin, al margen de las efectivamente existentes en el acto de inspección. **4. Aguas continentales.** A) Concesión para abastecimiento a poblaciones: falta de apreciación de riesgos ambientales en su otorgamiento. B) Procedimiento sancionador: falta de legitimación activa. Artículo 45 de la Constitución Española. No reconocimiento de la acción popular en materia de expedientes sancionadores a pesar de su vinculación con el medio ambiente. C) Infracción por vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones del cauce receptor no contando con autorización administrativa. Entidad local responsable por falta de previsión en el tratamiento de aguas residuales. **5. Carreteras. Efectos de la ausencia de una adecuada Evaluación de Impacto Ambiental en un proyecto de carreteras. 6. Fiscalidad medioambiental.** A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas. Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que re-

caen sobre el agua. Canon de vertidos. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. D) Impuestos sobre el transporte. Impuesto sobre determinados medios de transporte. E) Residuos sólidos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de diciembre de 2007 a abril de 2008, la del TS accesible en el Westlaw de Aranzadi hasta el 30 de abril de 2008. Igualmente se ha examinado la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Constitucional hasta finales de abril de 2008.

2. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Evaluación de las repercusiones de los proyectos sobre medio ambiente. Un convenio entre Administraciones y empresas no es un proyecto a efectos de la Directiva 85/337/CEE pero podría serlo. Las obras en un aeropuerto ya construido y dotado de una pista de despegue y aterrizaje de más de 2.100 metros de largo, aunque no afecten a la pista, se entienden incluidas en el Anexo I de la Directiva

La STJCE de 28 de febrero de 2008, Sala Segunda, As. C-2/07, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por la Cour de Cassation (Bélgica) mediante resolución de 14 de diciembre de 2006 en el procedimiento entre Paul Abraham y otros y la Région Valona y otros.

Una vez más se plantea al Tribunal de Justicia la aplicación de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio, de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. En esta ocasión se trata de un cuestionamiento de aplicabilidad sobre su dicción original, sin tener en cuenta las modificaciones operadas por la Directiva 97/11/CE.

La cuestión debatida es relativamente simple: mediante un convenio de 26 de febrero de 1996 suscrito entre la Región Valona y algunas empresas, se previó la realización de una serie de obras de modificación de las infraestructuras del aeropuerto de Lieja-Berset para permitir su utilización durante las 24 horas del día los 365 días del año. En particular, se acondicionaron y prolongaron las pistas de despegue y aterrizaje. También se construyeron torre de control, nuevos ramales de las pistas y zonas de estacionamiento. En cambio, no se modificó la longitud de la pista de despegue y aterrizaje, de 3.297 metros.

Hubo un litigio sobre esta cuestión y se plantearon, finalmente, por la Cour de Cassation una serie de preguntas sobre la aplicabilidad de la Directiva 85/337/CEE al Tribunal de Justicia.

XIII. Medio Ambiente

En primer lugar, se plantea si un “convenio” es un “proyecto” en el sentido que tal palabra tiene en la Directiva 85/337. Inicialmente el Tribunal responde negativamente a la cuestión planteada. Ahora bien, matiza inmediatamente esa negativa e indica que el Tribunal de instancia debería plantear si mediante un convenio se otorga la autorización por parte de las autoridades a realizar un proyecto (artículo 1.2 de la Directiva 85/337/CEE). Si es así, entonces el convenio sería un proyecto.

En segundo lugar, se plantea si las obras que se realizan en un aeropuerto ya construido con una pista de más de 2.100 metros, están sometidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva aun cuando las obras no hayan afectado a la pista. La cuestión se plantea porque el anexo I punto 7 menciona entre los proyectos sometidos a evaluación a la “construcción (...) de aeropuertos (...) cuya pista de despegue y de aterrizaje tenga 2.100 metros de largo o más”. La respuesta del Tribunal es clara: aun cuando las obras no afecten a la pista, sí que deben considerarse como obras que afectan a un aeropuerto de determinadas características y, por tanto, se entienden incluidas en el Anexo. Y ello por el mismo significado de la Directiva 85/337/CEE que trata de conseguir una amplia protección del medio ambiente. En este caso las obras van a permitir aumentar de forma significativa la actividad del aeropuerto y el tráfico aéreo, y ése es el elemento principal que debe tenerse en cuenta.

Finalmente se responde a otra pregunta formulada indicando que las autoridades competentes deben tener en cuenta este incremento proyectado de la actividad de un aeropuerto a la hora de examinar los efectos de un proyecto sobre el medio ambiente. En el marco del razonamiento se recuerda la Sentencia de 16 de septiembre de 2004, Comisión/España, C-227/01, que sometió a evaluación las obras de desdoblamiento de una vía férrea fundamentalmente por el impacto sonoro producido no por las obras como tales, sino por el aumento previsible de la frecuencia del tráfico ferroviario que permitían esas obras de desdoblamiento de la vía férrea.

B) Vertederos, autorización de nuevos. Transposición tardía de la Directiva 1999/31/CE al derecho italiano e incumplimiento en la norma de transposición del derecho comunitario

La STJCE de 10 de abril de 2008, Sala Segunda, As. C-442/06, resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana a la que había imputado el incumplimiento de distintos preceptos de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos. El incumplimiento, al margen de ser imputable a una no transposición de la Directiva en plazo, se hacía recaer también en la promulgación del Decreto Legislativo núm. 36, de 13 de enero de 2003, que adapta el Derecho nacional a las disposiciones de dicha Directiva sin tener en cuenta las prescripciones de la Directiva.

Dicho esto, el contenido de la sentencia no presenta más problemas y es una más de las tantas condenas por incumplimiento que ha recibido Italia. En concreto y tal y como se constata en la sentencia (punto 25), la adaptación a la Directiva debiera haber tenido lugar antes del 16 de julio de 2001 y no tuvo lugar hasta el 13 de enero de 2003. Pero en ese momento, se aplicó a los vertederos autorizados entre el 16 de julio de 2001 y el 13 de enero de 2003 el régimen jurídico aplicable a los vertederos existentes, cuando en

función de las prescripciones de la Directiva debería haber sido el régimen jurídico aplicable a los vertederos nuevos. Hubo, por lo tanto, una actitud deliberada al llevar a cabo la presunta transposición, de seguir violentando los términos del derecho comunitario.

C) Directiva marco de aguas. Incumplimiento de la República italiana

Aparece otra Sentencia del Tribunal de Justicia mediante la que se declara el incumplimiento por parte de un Estado, ahora Italia, de obligaciones que fija la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco para una política comunitaria en el ámbito del agua. Así, la **STJCE de 18 de diciembre de 2007, Sala Octava, As. C-85/07**, conoce del recurso por incumplimiento formulado por la Comisión contra Italia al no haber presentado en tiempo en relación a varias demarcaciones hidrográficas el informe de síntesis de los análisis que se requieren en virtud de distintos preceptos de la Directiva. Damos sólo noticia sin profundizar más, en cuanto que parece conveniente realizar un seguimiento ajustado de una de las más importantes Directivas que se han elaborado en el ámbito de la política ambiental y que está llamada a modificar, homogeneizando, las políticas ambientales en el ámbito del agua de los veintisiete países de la Unión.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) El servicio de limpieza municipal en horario nocturno cuando produce ruidos excesivos y evitables vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario

En ese sentido se pronuncia la **STS de 26 de noviembre de 2007, RJ/8552**, al resolver el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de noviembre de 2003. Sentencia que, estimando el recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en el que se interesó el cese de los ruidos provocados por las labores de limpieza municipal realizadas en horario nocturno en el entorno del domicilio familiar del recurrente, condenando al Ayuntamiento de Bilbao al cese de dichas labores de limpieza y al abono de una indemnización al actor de 10.000 euros. Dichas labores se realizaban mediante un camión cisterna que vertía agua a presión a través de una manguera y con máquinas barredoras que producían ruido con su sistema de aspiración. La sentencia del TS condena además al Ayuntamiento recurrente al pago de las costas procesales a la parte recurrente hasta la cantidad máxima por honorarios de la recurrida de 2.000 euros.

B) Sanción al Ayuntamiento de Alcázar de San Juan por falta de diligencia a la hora de realizar vertidos sin la correspondiente autorización

La **STS de 31 de octubre de 2007, RJ/8471**, viene a confirmar la de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2003 que desestimó a su vez el recurso interpuesto contra la sanción de multa de cincuenta millones de pesetas impuesta por el Ministerio de Medio Ambiente al Ayuntamiento de Alcázar de

XIII. Medio Ambiente

San Juan en su condición de autor más una indemnización de cerca de diez millones de pesetas por los daños causados al Dominio Público Hidráulico. Sin que la demora en la construcción de la nueva depuradora por el Ministerio de Medio Ambiente le eximiera de responsabilidad como alegaba el Ayuntamiento recurrente, por cuanto como razona el Tribunal las Entidades Locales tienen atribuida la competencia para la recogida de residuos y tratamiento de aguas residuales, con arreglo a lo que disponen los artículos 25.2.1 y 26.1 de la Ley de Bases de Régimen Local.

A entender del TS, la conducta que configura el ilícito administrativo requiere de culpa, que se concreta en la falta de diligencia observada por el Ayuntamiento a la hora de efectuar los vertidos por los que fue sancionada.

La declaración de no haber lugar al recurso de casación conlleva además la condena al Ayuntamiento en las costas.

C) Legalidad de la norma que prevé la sanción de las conductas futuras atendiendo a la capacidad de almacenamiento de sustancias peligrosas en cantidades superiores a las autorizadas en un local destinado a ese fin, al margen de las efectivamente existentes en el acto de inspección

El TS desestima la cuestión de legalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería y declara la validez del artículo 2, párrafo segundo, del RD 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. La entidad recurrente justificó inicialmente el recurso contencioso-administrativo contra la sanción impuesta, que da lugar al planteamiento de la cuestión de legalidad, por cuanto la sujeción al sistema sancionatorio regulado en el RD viene determinado por la capacidad potencial de almacenamiento y no por el almacenamiento real de las sustancias peligrosas existente en el momento de la inspección que en este caso era inferior al umbral establecido en dicha norma, al determinar en su artículo 2 que “A efectos del presente RD, se entenderá por presencia de sustancias peligrosas su presencia real y efectiva o prevista en el establecimiento (...)”.

La STS de 23 de octubre de 2007, RJ/8467, va a desestimar la cuestión de ilegalidad al considerar en su Fundamento de derecho segundo que “No es contraria al principio de legalidad una norma que considera infracción no sólo la presencia real en el establecimiento de sustancias peligrosas, sino también las previsiones de almacenamiento en un futuro próximo, que se demuestren que se vayan a realizar a través de los medios de prueba en derecho. Se trata, en definitiva, de evitar con esta previsión que sustancias peligrosas en cantidades superiores a las permitidas y que ya hay constancia de que van a ser almacenadas –facturas, contratos, etc.–, lo sean en realidad con el peligro que eso representa para la seguridad de las personas y las cosas. Por lo tanto, lo que se castiga en la norma no son las posibilidades superiores de almacenamiento en función de la capacidad del establecimiento o depósito, sino una conducta ya consumada que demuestra que el propietario de dicho establecimiento almacenará en él en un momento posterior tales sustancias. Actúa la norma con una previsión de futuro, sin necesidad de esperar a que el daño se produzca, lo cual es perfectamente posible en un campo en el que las medidas preventivas son más eficaces que las represivas”.

4. AGUAS CONTINENTALES

A) Concesión para abastecimiento a poblaciones: falta de apreciación de riesgos ambientales en su otorgamiento

Se discute en la STS de 30 de octubre de 2007, Ar. 7093 (recurso de casación 9536/2003), la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte, de 26 de febrero de 1998, por la que se otorgó al Ayuntamiento de Covelo una concesión de aguas públicas de 0,76 litros por segundo en el río Chabrina, para abastecimiento a varios núcleos de población pertenecientes a éste. Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 17 de septiembre de 2003, por medio de la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la “Asociación de Vecinos Paraños” contra la mencionada Resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo y la entidad recurrente basó los motivos de su impugnación en dos cuestiones: cita como infringido el anterior artículo 13 de la Ley de Aguas de 1985 que ordena compatibilizar la gestión del agua con la ordenación del territorio (actual artículo 14.3 del TRLAg.); y alega la infracción de los artículos 89 y 90 de la LAg. de 1985, en cuanto a la evaluación de los efectos ambientales de la concesión.

El TS afirma en su sentencia que la concesión impugnada no puede considerarse que implique riesgos para el medio ambiente, al existir en autos sendos informes del Servicio de Medio Ambiente de la Consejería de Agricultura del Gobierno del Principado de Asturias de los cuales el Tribunal desprende lo contrario. Dichos informes determinaban la falta de adecuación del volumen de la concesión solicitada sobre la base de una solicitud inicial de caudal de 4,5 litros por segundo, autorizándose finalmente por el Organismo de Cuenca una concesión muy inferior de la originariamente solicitada sobre base de las consideraciones establecidas en dichos informes. Concluye, asimismo, el TS, que la parte actora no demostró que las condiciones impuestas en la concesión final no fueran adecuadas al caudal otorgado de 0,76 litros por segundo, no apreciando por ello riesgos ambientales derivados de dicho otorgamiento.

B) Procedimiento sancionador: falta de legitimación activa. Artículo 45 de la Constitución Española. No reconocimiento de la acción popular en materia de expedientes sancionadores a pesar de su vinculación con el medio ambiente

En la STS de 16 de mayo de 2007, Ar. 8354 (recurso de casación 8001/2003), se impugna la sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos), dictada en fecha 18 de julio de 2003, y que declaró inadmisile por falta de legitimación activa el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el denunciante don Jesús Miguel contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro, de 19 de julio de 2001, por la que se le impuso a

XIII. Medio Ambiente

la mercantil “Hoteles Cantabria, SL” una multa de 300,51 euros por infracción leve de vertido de aguas residuales procedentes del Balneario de Valdelateja (Burgos) vertidas directamente al cauce del río Rudrón sin autorización administrativa.

El TS considera en su sentencia que la Sala de Burgos “razonó con buen sentido” que el denunciante carece de interés en solicitar en vía judicial que a la entidad ya sancionada por vertido no autorizado se le imponga judicialmente una sanción mayor. Todo ello a pesar de la exposición en el recurso de casación de una amplia fundamentación en torno al derecho al medio ambiente que consagra el artículo 45 de la Constitución Española, del que puede interpretarse el derecho a la legalidad sancionadora, siendo indiferente el reconocimiento de la acción popular en la norma tipificadora de las infracciones, así como la interpretación del Tribunal Constitucional de que las normas procesales han de interpretarse conforme al principio *pro actione*.

El TS hace suyos los fundamentos de derecho expuestos en la sentencia de la Sala de instancia y determina que el interés legítimo, en que la legitimación activa consiste (artículo 19 de la LJCA 29/1998), se entiende como cualquier ventaja que se derive para una persona del pronunciamiento judicial que se solicita. Según el Tribunal, el puro interés a la legalidad que pretende el recurrente no es una ventaja que afecte al reducto de sus propios intereses, y buena prueba de ello –intenta argumentar el TS– es que el ordenamiento jurídico no concede una acción pública en materia de protección del medio ambiente, ni siquiera en la reciente Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual, en su artículo 22, sólo otorga acción popular a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y sólo cuando cumplen los requisitos del artículo 23.

Reitera asimismo en su sentencia el Tribunal los efectos de las sentencias citadas por la Sala de instancia de fechas 17 de marzo de 2003 (RJ 2003, Ar. 3026), de 25 de febrero de 2002 (RJ 2002, Ar. 6886) y de 23 de abril de 2003 (RJ 2003, Ar. 3340), acerca de la falta de legitimación del mero denunciante en expedientes sancionadores. Concluyendo con la afirmación de que es cierta la vinculación que tiene el actor con el lugar donde se produjo el vertido (su lugar de nacimiento y residencia), pero tales circunstancias serían datos insuficientes para afirmar su legitimación, no para ya pedir el cese del vertido, como en efecto se solicitó en el suplico de la demanda, sino para solicitar una sanción mayor. Sin embargo, intenta argumentar el Tribunal, que la subsistencia de esa solicitud carece de sentido porque la Administración, al formular su pliego de cargos, ordenó el cese de los vertidos, no siendo por tal extremo una pretensión hábil que se pueda mantener con viabilidad en el recurso contencioso-administrativo por encima de la falta de legitimación.

C) Infracción por vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones del cauce receptor no contando con autorización administrativa: Entidad Local responsable por falta de previsión en el tratamiento de aguas residuales

En la STS de 31 de octubre de 2007, Ar. 8471 (recurso de casación 9858/2003), se impugna por el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 24 de septiembre

de 2003, por medio de la cual se desestimó el recurso formulado contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 17 de marzo de 2000, por la que fue impuesta al Ayuntamiento recurrente una sanción con multa de 50.000.001 de pesetas (300.506,06 euros), más una indemnización de 9.809.588 (58.956,81 euros) por daños causados al Dominio Público Hidráulico, en virtud de la infracción tipificada en el artículo 108.f) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, calificada como muy grave en el artículo 317 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

Contra dicha Orden, el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo desestimado por la Sala de instancia. En cuanto a los motivos de impugnación articulados en el recurso de casación, se configuran fundamentalmente en dos bloques que, en síntesis y por lo que interesa, se resumen en: falta de culpabilidad por parte del Ayuntamiento recurrente en la conducta que configura el ilícito administrativo previsto en el artículo 108.f) del TRLAg, dado que la demora en la construcción de la tercera fase de la depuradora, a juicio del Ayuntamiento, es responsabilidad del Ministerio de Medio Ambiente; y por otro lado se alega en el segundo bloque de los motivos de impugnación el cumplimiento del principio de presunción de inocencia, efectivamente observado por el derecho administrativo sancionador.

Ante tales motivos el TS deduce, en primer lugar, que la falta de diligencia en la gestión competencial en materia de tratamiento de aguas residuales y recogida y tratamiento de residuos, y los consiguientes vertidos producidos en deterioro de las condiciones del cauce receptor, se configuran como un elemento culpabilístico suficiente de la infracción administrativa que resulta imputable al Ayuntamiento recurrente. Para ello el TS esgrime la argumentación de la Sala de instancia cuando determina que las competencias en materia de depuración y tratamiento de aguas residuales, según disponen los artículos 25.2.1) y 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, son de competencia municipal. Ello con independencia de cual fuese el grado de ejecución de la infraestructura de saneamiento y depuración, así como las fórmulas de colaboración e intervención de las distintas Administraciones, que lejos de alterar el diseño competencial expuesto, se fundamentan sobre el mismo. En consecuencia, para el TS, la falta de previsión y planificación para el tratamiento de aguas residuales, así como los acuerdos con otras Administraciones, no permiten ni exoneran de culpabilidad al Ayuntamiento recurrente a la hora de cumplir con las previsiones de la Ley de Aguas, no pudiendo sustraerse del régimen sancionador que ésta diseña.

Por lo que se refiere a la presunción de inocencia alegada por la Entidad Local, el Tribunal concluye que ha existido suficiente actividad probatoria de cargo que, con garantía del principio de presunción de inocencia, sirvió de base para la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (Ministerio de Medio Ambiente), revelando que se produjeron vertidos procedentes de Alcázar de San Juan sobre el terreno denominado finca “El Rincón”, a través del Canal de la Veguilla y del cauce abandonado del río Cigüela, en unas cantidades que rebasaban ampliamente las concentraciones previstas en el Anexo I del Real Decreto 506/1996. Motivo por lo tanto este (el de la presunción

de inocencia), también rechazado por el Tribunal declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, imponiéndole las costas.

5. CARRETERAS. EFECTOS DE LA AUSENCIA DE UNA ADECUADA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN UN PROYECTO DE CARRETERAS

Considerando que el derecho de protección jurídica de los ciudadanos en las relaciones con las Administraciones públicas, —garantizado en el artículo 103 de la Constitución—, exige como presupuesto formal que la Administración prosiga el procedimiento legalmente establecido para —en el caso sobre el que versa la sentencia— proceder a la aprobación del expediente de construcción de una carretera, la **STS de 29 de enero de 2008**, RJ 2008/453, declara nulo la aprobación del proyecto, así como los actos posteriores a dicha aprobación y ordena retrotraer el procedimiento para que la Administración cumplimente los trámites defectuosamente realizados y realice los indebidamente omitidos.

En el caso que se comenta, el Tribunal de instancia había evidenciado que la Administración del Estado al aprobar el proyecto de construcción de la variante de una carretera no había respetado la inclusión de:

- Un estudio de seguridad y salud con arreglo a las previsiones del RD 1629/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.
- Un estudio de impacto ambiental adecuado a la normativa básica estatal aplicable —entonces contenida en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, y actualmente prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos— y a la normativa autonómica que en la Comunidad Valenciana por la que discurría la carretera convive con la citada legislación estatal y contiene disposiciones más protectoras para con la naturaleza —como era, en el caso enjuiciado.

En definitiva, apreciando el Tribunal que faltan o están incompletos algunos de los documentos necesarios para aprobar un proyecto de carretera estima que no cabe sino mantener la conservación de las actuaciones realizadas conforme a procedimiento, de tal forma que la nulidad alcance sólo a los actos relativos a la aprobación del proyecto y los posteriores, a fin de que se subsanen y completen las omisiones advertidas. La no observancia de requisitos como los mencionados (estudio de seguridad y salud y estudio de impacto ambiental), dice el Tribunal, no conlleva la ilegalidad de todo el proyecto ya que los motivos aludidos no tienen una naturaleza tal que sea determinante de la invalidez de todo el proyecto, siendo más conforme a Derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 30/1992, que se someta nuevamente a aprobación el proyecto una vez se atiendan las deficiencias advertidas.

En este sentido, recuerda el órgano jurisdiccional que en la sentencia de esa misma Sala de 19 de diciembre de 2006 (RC 3878/20004), en relación con la aprobación del expediente de información pública del Estudio Informativo del proyecto de construcción de la variante de Sueca en la misma carretera nacional CN-332, ya había delimitado las prescripciones que, a los efectos de entender suficiente su motivación, debe contener la declaración de impacto ambiental exigible en la ejecución de obras de infraestructura viaria, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1302/1986 —hoy en el Real Decreto Legislativo 1/2008—, y en las normas adicionales de protección adoptadas por el Gobierno de la Generalidad Valenciana, con el objeto de garantizar adecuadamente la preservación de los intereses medioambientales concernidos, conciliables con los aspectos socioeconómicos, y minimizar las afecciones negativas de la flora y la fauna, a que alude el artículo 45 de la Constitución.

6. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos medioambientales de las Comunidades Autónomas. Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares

La STSJ de Baleares de 26 de junio de 2007, JT 1303, desestima el contencioso-administrativo planteado en relación con el Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos establecido por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. La sentencia, que efectúa una declaración positiva de la constitucionalidad de esta figura, está en la línea de otras resoluciones de este tribunal comentadas en números anteriores de la Revista.

B) Cánones autonómicos de saneamiento y otras figuras que recaen sobre el agua. Canon de vertidos

El TSJ de Murcia estima el recurso interpuesto por un Ayuntamiento de la región, en relación con la liquidación girada por la Confederación Hidrográfica del Segura por el vertido de aguas residuales en la EDAR de la ciudad. Es la STSJ de Murcia de 27 de abril de 2007, JT 1389.

La primera cuestión que se plantea es que no se ha tenido en cuenta que las aguas residuales se reutilizan para riego por diversos regantes. Este argumento se desestima, ya que se da el hecho imponible del canon, más teniendo en cuenta que la reutilización exige la correspondiente autorización que está en el sustrato del hecho imponible.

En segundo lugar, se alega por el Ayuntamiento que el volumen de vertido que se toma para la liquidación se ha calculado de manera unilateral y arbitraria, en la medida que no consta ni la fórmula aplicada ni los factores tenidos en cuenta para aplicarla. Advierte en este sentido que habría que aplicar un coeficiente corrector en función del agua que

se pierde y que no se motiva la aplicación de factor K de contaminación que se emplea. Aquí sí se va a dar la razón a los recurrentes. Por una parte, no constan las tomas de agua realizadas para calcular el volumen; el volumen que se toma es un dato facilitado por el Ayuntamiento al solicitar la regularización, pero siendo ello cierto, tal circunstancia no fue siquiera alegada por la Confederación al contestar la demanda. Y, en cualquier caso, no constan los análisis realizados sobre éstas para calcular su grado contaminante, por lo que no hay forma de comprobar que la liquidación sea correcta. La falta de motivación determina la anulación de la liquidación.

C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

Uno de los aspectos más conflictivos de este impuesto es la aplicación de bonificaciones en función de determinados usos. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2007**, JT 1298, considera improcedente el uso de gasóleo bonificado en la circunstancia en la que el sujeto pasivo del Impuesto, que goza de la exención, depositase combustible en sus depósitos y lo suministrase después a titulares de aeronaves que no se habían proveído de la necesaria tarjeta de inscripción en el registro territorial que formaliza la autorización que debe presentarse al suministrador del combustible.

D) Impuestos sobre el transporte. Impuesto sobre determinados medios de transporte

La reforma de la fiscalidad sobre el transporte que ha entrado en vigor a comienzos de 2008 trata con dureza a los vehículos tipo jeep o todo terreno por su potencialidad contaminante. Anteriormente habían podido beneficiarse de tipos reducidos de gravamen. En aquel entorno, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de junio de 2007**, JT 1315, estima el recurso presentado por el particular al que se había liquidado la diferencia de tipos, por entender que el vehículo no estaba homologado como todo terreno por la autoridad sectorial. La clave estaba en que el número fijo no coincidía de forma exacta con el que la Administración tributaria había homologado fiscalmente, por haber variado el fabricante los dígitos. El TSJ considera que se trata de una Variante, dado que no existía modificación en las características técnicas del vehículo originalmente homologado, no de un nuevo tipo de vehículo que necesitase nueva homologación. Aporta doctrina en el mismo sentido del TSJ de Valencia y de la Sala de Burgos de este TSJ de Castilla y León.

E) Residuos sólidos

De nuevo se plantea la adecuación a derecho de la Ordenanza fiscal núm. 17, del Ayuntamiento de Zaragoza, reguladora de las tasas por prestación de servicios de recogida de basuras para el año 2005, desestimándose las alegaciones de la parte recurrente. Se trata de la **STSJ de Aragón de 30 de mayo de 2007**, JUR 2007/312749. La pretensión principal fue que se declarase la nulidad del epígrafe 12 de la Tarifa II, en cuanto se refiere a “lodos”, y el epígrafe 14 de dicha Tarifa II, en cuanto se refiere a “residuos inertes, escombros, derribos y tierras”. La demandante justifica su pretensión en que el Ayuntamiento de Zaragoza no contaba con autorización administrativa para eliminar residuos como éstos en el Vertedero Municipal, lo que introducía dentro de la configuración del hecho imponible (a su parecer) actividades que son ilegales.

Dice el TSJ que, al tener según la normativa sectorial la condición de residuos urbanos, entre otros, “los procedentes de la limpieza de las vías públicas, zonas verdes, áreas recreativas y playa”, así como “los residuos y escombros procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria”, cabe entender que, los lodos, son normalmente generables o, al menos, pueden razonablemente surgir tras la limpieza de una vía pública, una zona verde o un área recreativa, según las circunstancias existentes. Y, en el caso de los escombros, residuos y tierras en las obras menores también pueden surgir con normalidad y habitualidad de los domicilios, especialmente si se trata de chalés.

Se añade que la adjudicataria de los servicios de limpieza pública, recogida de basuras y eliminación de residuos del Ayuntamiento de Zaragoza, dispone de autorización de la Comunidad Autónoma para la gestión de residuos no peligrosos (incluyendo urbanos y lodos de depuradora) en el centro de eliminación de residuos situado en la carretera a Valmadrid.

De manera subsidiaria, la recurrente había discutido la fórmula de cuantificación de la tasa, interesando la nulidad de la tasa de 1 euro/tm prevista en el epígrafe 14 de la Tarifa II. Entiende la recurrente que el Ayuntamiento de Zaragoza debía “proceder a fijar una tasa que retribuya a dicho Ayuntamiento por parte del productor del residuo la integridad de los gastos de gestión de los residuos mediante su eliminación en el Vertedero Municipal, incluyendo los gastos de mantenimiento del Vertedero Municipal tras la clausura del mismo y mientras exista la obligación legal de dicho mantenimiento”. El caso es que, sobre la base del principio “quien contamina paga”, aduce la ilegalidad de la cuantificación de la tasa por la circunstancia de que, según los informes que obran el expediente, el servicio resulta deficitario.

El TSJ, con acierto, se limita a recordarle la lectura del artículo 24.2 del TRLHL (ecuación coste-rendimiento) y rechaza su pretensión al no superar la recaudación previsible el coste estimado del servicio.

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 a la producción de cítricos destinada a la transformación. B) Fijación del precio de la caña de azúcar. C) Protección de obtenciones vegetales. D) Tasa láctea. **3. Energía eléctrica.** A) Distribución de energía eléctrica. B) Producción de energía eléctrica. C) Fijación de tarifas eléctricas para el año 2006. D) Acceso a la red eléctrica de transporte, para distribuir energía eléctrica. E) Producción en régimen especial. **4. Fomento. Incumplimiento de condiciones.**

5. Ganadería. Registro de explotaciones ganaderas: baja automática. **6. Gas. Cambio desde el mercado liberalizado al mercado regulado.** **7. Industria. Registro de información de crédito.** **8. Pesca.** **9. Tarifas. Revisión de las tarifas de autopistas.**

10. Telecomunicaciones. A) Competencias profesionales entre ingenieros industriales y de telecomunicaciones. B) Coste neto del servicio universal. C) Competencias municipales. **11. Transportes.** A) Por carretera. Concesión. Alcance de la exclusividad. B) Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se desarrolla y aplican distintas medidas relativas al sector transporte para la mejora de las condiciones de transparencia y competencia en el sector.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la 30/2008 y la 59/2008, de 14 de mayo, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 25 a 35 de 2007.

2. AGRICULTURA**A) Ayudas a la producción de cítricos destinada a la transformación**

Las SSTs de 5 de junio de 2007, RJ 2007\6336, de 19 de junio de 2007, RJ 2007\6413 y de 20 de junio de 2007, RJ 2007\6420, resuelven sendos recursos de casación inter-

puestos por distintas sociedades agrarias de transformación contra otras tantas sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana ante la denegación de ayudas (o la obligación de reintegrar las percibidas indebidamente) para la producción de cítricos destinada a la transformación en las campañas 1998-1999 o 1999-2000, según los casos. A pesar de que los supuestos de hecho son prácticamente idénticos, la diferencia en los motivos casacionales nos lleva a comentar las sentencias de forma independiente.

En la **STS de 5 de junio de 2007**, RJ 2007\6336, el TS confirma la obligación de reintegrar las ayudas percibidas irregularmente por una sociedad agraria, al desestimar los motivos alegados, fundamentalmente de tipo procesal. En primer lugar, el TS niega la caducidad del procedimiento porque su inicio no se produce, como pretende la recurrente, a partir de la inspección y control sobre la actividad subvencionada, sino, como es reiterada jurisprudencia de la Sala, “desde la comunicación de irregularidades que pueden constituir infracción”. La actividad de control inherente a toda subvención tiene el carácter de actuación preparatoria que se encaja en la fase de información previa prevista en el artículo 69.2 LRJPAC, sin que pueda entenderse iniciado el procedimiento hasta que se dicta el acuerdo de inicio por el órgano competente. Por otra parte, ante su incompetencia para volver sobre la valoración de la prueba, el TS desestima el resto de motivos, entendiendo que la argumentación de la sentencia recurrida fue fundada al considerar que las irregularidades detectadas en la sociedad agraria impidieron a la Administración determinar que aquélla había cumplido correctamente con las obligaciones que toda subvención comporta y que, en consecuencia, procedía la reintegración de las ayudas percibidas. Adicionalmente, se desestima la posibilidad de integrar hechos nuevos al proceso como pretendía la recurrente, por no estar suficientemente justificada su necesidad y haber sido ya valorados por el Tribunal *a quo*.

A pesar de que el motivo principal de la **STS de 19 de junio de 2007**, RJ 2007\6413, se refiere a si la ayuda solicitada por la recurrente se obtuvo o no por silencio, cabe destacar de este pronunciamiento el repaso que la Sección Segunda de la Sala hace acerca de la jurisprudencia del TS en materia de ayudas comunitarias, predicable no sólo del sector de los cítricos, sino también de diversos ámbitos sectoriales sobre los que recuerda el Tribunal algunas de las resoluciones más recientes. En términos generales, se destaca el carácter modal y condicional de la subvención (ya sea ésta con fondos estatales o comunitarios) y las consecuencias jurídicas que de dicho carácter se derivan, negándose, por un lado, la naturaleza sancionadora de la resolución administrativa que impone el reintegro de las ayudas percibidas indebidamente, y por otro, siendo improcedente la aplicación del régimen de revisión de oficio previsto en la LRJPAC. En el caso concreto, los motivos de casación pueden reconducirse a dos: la incongruencia *extra petitem* y la vulneración de las reglas del silencio administrativo. A partir de su jurisprudencia tradicional, que expone con cierto detalle, el Tribunal niega la existencia de incongruencia, puesto que la Sala *a quo* ni se pronunció sobre una cuestión que no fuera deducida en el recurso ni concedió algo que no le fuera pedido. En cuanto al silencio, verdadero tema central del recurso, afirma la sociedad agraria que debía ser positivo, al considerar que el procedimiento se había iniciado a instancia de parte. Sin embargo, confirmando el parecer del Tribunal de instancia,

el Supremo concluye que el silencio debe ser negativo, ya que el carácter condicional de las ayudas comunitarias (que se predica tanto en los procedimientos de reintegro como en los de obtención de ayudas) exige que haya un control previo del cumplimiento de las condiciones de concesión de la ayuda y, por tanto, no cabe su obtención por silencio. Pero es que, además, el procedimiento debe entenderse iniciado de oficio, ya que los productores no hacen sino interesar mediante la correspondiente petición el régimen de ayudas establecidas previamente a través de la convocatoria relativa a la campaña anual en los términos que prevé el Reglamento comunitario de aplicación.

Finalmente, la **STS de 20 de junio de 2007**, RJ 2007\6420, declaró no haber lugar a la casación en un caso de denegación de la ayuda solicitada por la consiguiente sociedad agraria de transformación. En esta ocasión, el TS desestima los ocho motivos de casación alegados por la recurrente en atención a dos argumentos principales. En primer lugar, cuando se trata de ayudas públicas o subvenciones la Administración puede realizar las comprobaciones que considere pertinentes, de acuerdo con la normativa comunitaria, a efectos de determinar si se ha cumplido o no con los requisitos exigidos para la percepción de la ayuda y, en su caso, exigir su reintegro. Y en segundo término, en estos supuestos, son los beneficiarios de las ayudas a quienes corresponde demostrar que cumplen las condiciones para su percepción. Argumentos que aplicados al caso concreto suponen que la Sala de instancia no incurrió, como pretendía hacer ver la recurrente, en vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica ni de confianza legítima o buena fe ni vulneró la normativa comunitaria aplicable, puesto que constató razonadamente la falta de argumentos suficientes por parte de la sociedad agraria de transformación que permitiesen rebatir las irregularidades detectadas por la Administración en las comprobaciones efectuadas. En este sentido, el TS, consciente de su incapacidad para valorar nuevamente la prueba, confirma los argumentos de la sentencia de instancia, no sin criticar la técnica utilizada por la recurrente, quien se dirige contra la actuación de la administración, sin enjuiciar, como es propio de la casación, la sentencia recurrida.

B) Fijación del precio de la caña de azúcar

La **STS de 5 de junio de 2007**, RJ 2007\6335, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Cooperativa Provincial de Productores de Caña de Azúcar y Remolacha de Málaga contra la sentencia de la Audiencia Nacional que había desestimado a su vez el recurso contra la Orden APA/710/2003, de 27 de marzo, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la que se fija el precio y condiciones de entrega de la caña azucarera para la Zafra 2003 (campaña 2002/2003).

En primer término, el TS deniega que la sentencia recurrida incumpla la normativa sectorial aplicable, como pretende la recurrente. El régimen jurídico vigente en la materia viene determinado por el acuerdo interprofesional entre el sector de la caña y el sector productor del azúcar, que deberá pronunciarse sobre un contenido mínimo previsto reglamentariamente, entre los que encuentran el precio mínimo y las condiciones de entrega. Ante la falta de ese acuerdo, corresponderá al Ministerio establecer las normas que lo sustituyan. En la sentencia recurrida quedó acreditado que para la campaña 2002-2003

no hubo acuerdo entre los dos sectores en cuanto al precio y las condiciones de entrega y es a este motivo al que responde la Orden ministerial impugnada. No cabe alegar aquí, entonces, la libertad de las partes para fijar el precio o cualquier otra condición, puesto que la normativa sectorial ya prevé una solución ante la falta de acuerdo.

Por otra parte, el TS rechaza también la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, puesto que la recurrente no concreta cuál es el término de comparación respecto del cual debe entenderse que los agricultores malagueños se verán perjudicados y no se aprecian circunstancias que adviertan de un trato distinto. Finalmente, no se aprecia tampoco vulneración del artículo 9.3 CE en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos. Así, no cabe entender que el criterio con el que se ha fijado el precio sea arbitrario, injustificado o desproporcionado, como sostiene la recurrente, ya que, como constata el Tribunal *a quo*, el Ministerio procedió a valorar todos los intereses en juego y así parece confirmarse si, como dice el TS, se atiende a la política de precios comunitaria de los últimos años “que ha mantenido el precio de la remolacha que compete como materia prima con la caña de azúcar”.

C) Protección de obtenciones vegetales

La STS de 5 de junio de 2007, RJ 2007\6337, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Reglamento de protección de obtenciones vegetales, aprobado por Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, y que desarrolla la Ley 3/2000, de 7 de enero, sobre el Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales. El TS estima en parte el recurso y anula los artículos 7.1 y 18 del Reglamento, ratificando, en cambio, la validez del también recurrido artículo 16.4.

El artículo 7.1 se refería a los medios de prueba por los que el obtentor de una variedad vegetal puede demostrar su derecho a requerir una autorización sobre los productos fabricados con material obtenido de su variedad, cuando no haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con la producción del material de reproducción o con el producto obtenido para su siembra o plantación. El TS considera que la referencia de dicho precepto exclusivamente a los “medios documentales” y a las “pruebas técnicas inequívocas” conculca el derecho del obtentor a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, reconocido por el artículo 24.2 CE, concretado para los procedimientos administrativos en el artículo 80 LRJPAC. Se entiende que dicha vulneración se produce no tanto “en cuanto a los medios de prueba que admite, sino por los que no reconoce”.

Por otra parte, el TS desestima la nulidad del artículo 16.4 del Reglamento que el recurrente consideraba contrario a la habilitación reglamentaria establecida por la Ley 3/2000. La discusión se centra en el ámbito material sobre el que pueden extenderse las licencias de explotación, reguladas por dicho precepto, y en concreto, si dicho ámbito puede limitarse sólo al material de reproducción de las novedades protegidas. Contra la opinión de la parte recurrente, el TS concluye que el precepto reglamentario no contradice la habilita-

ción legal, ya que las propias disposiciones de la Ley 3/2000 condicionan que éstas sólo puedan predicarse del material de reproducción.

A distinta conclusión llega, sin embargo, el TS al afirmar que el artículo 18 del Reglamento carece de cobertura legal, cuando regula la denominada “nulidad de cláusulas” (limitaciones impuestas al concesionario en los contratos de licencia que no deriven de los derechos que el título de la obtención vegetal confiere al concedente). El TS afirma que la regulación de este ámbito de relación entre el titular de la variedad y el que obtenga la licencia de explotación excede el ámbito para el que está habilitado el reglamento.

D) Tasa láctea

La STS de 13 de julio de 2007, RJ 2007\6719, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Estatal de Compradores y Presupuestos de Leche contra el Real Decreto 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea.

Una primera cuestión controvertida tiene que ver con la delimitación que hace la norma impugnada del hecho imponible de la tasa láctea. Al respecto, alega la recurrente que el Real Decreto contraviene el Reglamento CE núm. 1788/2003, del Consejo, de 29 de septiembre, al incluir en el hecho imponible la “producción y comercialización” de leche, mientras que la normativa comunitaria habla únicamente de la leche “comercializada”. El TS niega dicha contradicción, entendiendo que el Real Decreto contempla la producción como presupuesto necesario de la posterior comercialización, a la vez que establece la presunción de que toda la leche que se produzca (exceptuado el autoconsumo) está destinada a la comercialización y por lo tanto, no hay ampliación alguna del hecho imponible definido por el Reglamento comunitario.

Por otra parte, se cuestiona también la naturaleza jurídica con que viene configurada la tasa láctea en el Real Decreto impugnado. De nuevo, el TS no acoge las alegaciones de la recurrente, estimando acertada la definición de la tasa láctea como exacción parafiscal. Para la Sección Segunda de la Sala, la regulación del Real Decreto en este punto no hace sino acoger la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo en esta materia. En atención a dicha jurisprudencia no puede hablarse de “tasa” en el ordenamiento español en el mismo sentido que se hace en el ordenamiento comunitario. La denominada “tasa láctea” no reúne las características con que vienen definidas las tasas en la legislación tributaria española, sino que acertadamente puede incluirse en la categoría jurídica de las exacciones parafiscales, que la Sala define como “toda percepción coactiva –especialmente de entidades del sector institucional (aquí el FEOGA)– cuyo producto se afecte a los fines propios de éste y sin tener reflejo en el Presupuesto del Estado. Sus notas, pues, serían coactividad, extrapresupuestariedad y afectación”.

Precisamente la nota de la extrapresupuestariedad es también puesta en duda por la recurrente, al alegar que debería considerarse la tasa láctea un ingreso estatal y no comunita-

rio, argumento que es rebatido por el Tribunal, para quien, de acuerdo con el Reglamento comunitario de aplicación, la tasa láctea es una medida de intervención en el mercado que se destinará a la financiación del sector lácteo y que se configura como un ingreso de la UE, siendo los estados miembros deudores de las cantidades de referencia nacionales.

3. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Distribución de energía eléctrica

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2007, RJ 2007/6338, resuelve el recurso de casación formulado por Iberdrola, SA frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de enero de 2004, en el que se plantea nuevamente el alcance de la competencia de la Generalidad Valenciana para la autorización de instalaciones de distribución de energía eléctrica, así como la posibilidad de establecer condiciones de conexión a la red de transporte.

La Sala, recordando la jurisprudencia sentada en la Sentencia de 5 de junio de 2007 (comentada en el número anterior de esta Revista), desestima el recurso planteado, considerando que la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de autorizaciones de instalaciones eléctricas se establece de forma precisa por la Constitución, reconociendo la competencia autonómica sobre dichas instalaciones cuando tengan dimensión intracomunitaria, pero sin que en base a este título competencial puedan imponerse condiciones que no tenga por objeto garantizar el cumplimiento de los requisitos y condiciones técnicas de la instalación y que se puedan considerar incompatibles por producir como resultado una restricción injustificada del derecho de acceso a la red de distribución.

En este sentido, se rechaza también la interpretación literalista de la recurrente sobre la definición de la actividad de distribución de energía eléctrica prevista en la Ley del Sector Eléctrico, por lo que la Sala incluye entre los distintos operadores del sector también a los distribuidores, cuya principal función consiste en construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a dotar de energía a los puntos de consumo y proceder a su venta respecto determinados consumidores.

Esta Sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado don Óscar González González, en términos similares al formulado también respecto a la anteriormente citada Sentencia de 5 de junio de 2007, en que discrepa del parecer mayoritario, considerando que el derecho de acceso a la red que se establece por la Ley del Sector Eléctrico a favor de terceros debe entenderse referido solamente a productores y comercializadores, pero no a otros distribuidores. Este derecho, en ningún caso puede suponer un derecho de conexión para la instalación de nuevas redes de distribución a favor de otros distribuidores, pues es “un derecho de tránsito de energía”.

Precisamente, en relación con los deberes legales que corresponden a los distribuidores de energía eléctrica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio del 2007, RJ 2007/66839, desestima el recurso de casación interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, y considera que corresponde a dicha entidad, como empresa distribuidora reconocida, la obligación de instalar y ejecutar una determinada estructura eléctrica necesaria al objeto de garantizar la calidad del suministro de energía eléctrica a los abonados.

B) Producción de energía eléctrica

La STS de 19 de junio de 2007, RJ 2007/6414, resuelve el recurso de casación interpuesto por Repsol Petróleo, SA frente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 29 de septiembre de 2004.

El Tribunal Supremo estima este recurso al considerar que la Sala de instancia hizo una interpretación equivocada del Real Decreto 646/1991, de 22 de abril. En este sentido, la exclusión del ámbito de aplicación de dicha norma jurídica de las instalaciones accionadas por turbina de gas debe entenderse efectuada no sólo a las que funcionan con gas, sino también “a la que utiliza para su movimiento los gases que se escapan de una combustión” y, por lo tanto, con independencia de que el combustible que utilicen, sea sólido, líquido o gaseoso.

Una vez estimada la casación, el Tribunal Supremo entra también en el fondo del litigio planteado, para determinar la aplicación al proyecto de ampliación de una planta de co-generación de energía eléctrica de la recurrente de los límites de emisión a la atmósfera de determinados agentes contaminantes previstos en el citado Real Decreto 646/1991. En este caso, se desestima el recurso planteado, considerando que, para aplicar las medidas previstas en el mencionado reglamento, debe tomarse como referencia el total de energía producida en la nueva instalación y no únicamente la ampliación proyectada. De este modo, se concluye que las emisiones deben contemplarse en su conjunto, puesto que entender lo contrario permitiría eludir el cumplimiento de la norma con la presentación de sucesivos proyectos de ampliación.

El régimen económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial ha sido objeto de análisis en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2007, RJ 2007/6312, en la que se resuelve un recurso presentado frente al Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

El motivo principal de la impugnación lo constituye la amplia discrecionalidad que dicha norma reglamentaria reconoce al Gobierno en la fijación de la prima para la utilización como combustible de gas natural en la producción de energía eléctrica. No obstante, la Sala desestima los argumentos planteados por la recurrente considerando dicho régimen

retributivo plenamente ajustado a Derecho. Así, en primer lugar, el Tribunal Supremo entiende que la Directiva 2004/8/CE, de 11 de febrero, cuyo objetivo es la creación de un marco para el fomento de la generación, permite al Gobierno una cierta flexibilidad para adoptar aquellas medidas de fomento de la cogeneración que considere más adecuadas, sin que se haya sido posible acreditar que las medidas finalmente adoptadas respondan a una absoluta arbitrariedad o irracionalidad, sino que, precisamente, se considera que su regulación obedece a razones de política económica y medioambiental que entran dentro de la discrecionalidad técnica.

Igualmente, no puede considerarse tampoco que el régimen retributivo establecido en el Real Decreto 1454/2005 lesione los principios de objetividad, transparencia o no discriminación previstos en la Ley del Sector Eléctrico, en cuanto es la propia Ley la que establece en su articulado una diferencia de trato para los productores sometidos a régimen de cogeneración.

Por último, aludiendo al régimen propio de las subvenciones, la Sala considera que el régimen retributivo sometido a examen se mueve en la fase previa de establecimiento de la subvención, que se inscribe dentro del ámbito de las potestades discrecionales, dejándose, en efecto, al Gobierno la determinación del derecho de percepción de la prima, en atención a las circunstancias económicas o medioambientales.

El mencionado Real Decreto 1454/2005 es igualmente objeto de enjuiciamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, RJ 2007/7050, en la que se impugnan las condiciones de disponibilidad bajo las cuales los titulares de unidades de producción de energía eléctrica pueden ser retribuidos en concepto de “garantía de potencia”. En particular, Unión Fenosa Generación, SA considera que la nueva redacción que la norma reglamentaria da a la Orden del Ministerio de Industria de 17 de diciembre de 1998, por la que se desarrolla el régimen de los sujetos con derecho al cobro por garantía de potencia, supone una aplicación retroactiva desfavorable.

Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera que la norma impugnada se aplica sólo hacia el futuro, en la medida en que se limita a establecer en el año 2005 los criterios a partir de los cuales se ha de retribuir la garantía de potencia a las diferentes centrales eléctricas para el año 2006, de modo que ésta no tiene carácter retroactivo, pues no afecta a las relaciones jurídicas (obligaciones y derechos de cobro) preexistentes.

Una vez rechazado el carácter retroactivo de la disposición, se desestiman también las alegaciones sobre la supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, pues ellos no suponen la atribución de un derecho inmodificable a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica, sino que la administración puede modificar y adaptar los criterios de retribución por garantía de potencia, siempre dentro de los términos señalados por la Ley del Sector Eléctrico.

C) Fijación de tarifas eléctricas para el año 2006

La STS de 17 de octubre de 2007, RJ 2007/7325, resuelve el recurso contencioso-administrativo por el que se requiere la nulidad del artículo 1, el artículo 3, y la Disposición Adicional Decimoséptima del Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, de establecimiento de la tarifa eléctrica para 2006.

En primer lugar, el Tribunal Supremo efectúa un breve recordatorio sobre el marco jurídico aplicable y sobre el alcance del control jurisdiccional de este tipo de normas reglamentarias. En este sentido, el Alto Tribunal recuerda que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, ha modificado sustancialmente el régimen jurídico del suministro de electricidad, puesto que tiende a la liberalización y libre competencia del sector eléctrico.

El Tribunal Supremo recuerda, igualmente, que los Reales Decretos de fijación de la tarifa eléctrica anual no constituyen una disposición de desarrollo normativo, y tampoco pueden asimilarse a un acto administrativo más, sino que más bien consisten en la aplicación de previsiones y cálculos de naturaleza esencialmente económica a un marco jurídico ya establecido, el de las tarifas eléctricas, a fin, no de modificarlo, sino de traducirlo para la anualidad concreta.

En referencia a los límites del control jurisdiccional, el Tribunal Supremo precisa que realizará un escrutinio estricto de legalidad de la disposición general, sin extenderse al examen de la eficiencia de las políticas públicas de carácter económico coincidentes en el ejercicio de la potestad tarifaria.

Entrando ya en el examen de los motivos de impugnación, la entidad recurrente alega que el Gobierno efectuó una aplicación incorrecta del artículo 8 del Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia. La parte actora subraya que el incremento aprobado por el Gobierno no es suficiente para conjugar los costes en que finalmente incurrirá el sistema.

Ciertamente, señala el Alto Tribunal, el artículo 15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, consagra el principio de suficiencia económica de la tarifa, que supone que las tarifas deberán ser adecuadas para garantizar el equilibrio económico-financiero de las empresas prestadoras del servicio, atendiendo al interés del funcionamiento regular del sector eléctrico.

La Sala expresa que el Gobierno, en el ejercicio de la potestad de fijación de la tarifa eléctrica para 2006, ha justificado adecuadamente los motivos para incrementar la tarifa en el porcentaje que finalmente ha adoptado. Añade que el Gobierno no ha vulnerado los principios de razonabilidad o de interdicción de la arbitrariedad, por no garantizar una retribución suficiente de las actividades necesarias para prestar adecuadamente el servicio de distribución de energía eléctrica.

A estos efectos, el Tribunal Supremo señala que la Memoria del Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, y sus Anexos detallan el proceso de cálculo de cada uno de los componentes de costes e ingresos, por lo que se concluye que la decisión adoptada por el Ejecutivo está plenamente motivada. En este sentido, el Tribunal destaca que la decisión está respaldada por el informe razonado del órgano consultivo de la Administración en la materia, es decir, la Comisión Nacional de la Energía.

Todas las alegaciones que hace la recurrente, según el Tribunal, no son suficientes porque no ponderan otros efectos que también han de tenerse en cuenta, tales como la demanda de más energía cuyo aumento produce mayores beneficios, o los intereses más bajos para inversiones, y que la Administración sí tuvo en cuenta.

La entidad recurrente impugna que el Gobierno fijara un máximo, que no resolviera el problema derivado de la existencia de déficit tarifario, o que no tuviera en cuenta los costes derivados de diversas modificaciones normativas. Todas estas pretensiones son rechazadas por el Tribunal Supremo. En particular, por lo que se refiere a la incidencia de las modificaciones normativas, el Tribunal empieza por recordar que su inclusión es potestativa, de conformidad con la normativa reguladora, y que en todo caso el Gobierno sí tuvo presente una cantidad por modificaciones normativas.

En definitiva, el Gobierno no ha vulnerado el principio de legalidad administrativa en la determinación de la tarifa para el año 2006.

Una nueva cuestión que impugna la entidad recurrente se sustenta en el argumento de que la retribución de las actividades de transporte y de distribución en los territorios extrapeninsulares debe ser homogénea respecto de las realizadas en la península, por lo que carece de justificación que la retribución prevista sea un 48% superior a la media nacional.

El Tribunal Supremo rechaza esta otra pretensión de la actora, puesto que la propia Ley del Sector Eléctrico ha reconocido la peculiaridad de los sistemas eléctricos extrapeninsulares como consecuencia del mayor coste de las actividades de suministro en dichos sistemas (STS de 1 de febrero de 2005).

En conclusión, el Alto Tribunal, tras examinar todas y cada una de las pretensiones de la parte recurrente, muchas de las cuales, según indica el propio Tribunal, no se motivan suficientemente, desestima el recurso contencioso-administrativo.

El mismo Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, es también objeto de otra resolución judicial de la misma fecha, la **STS de 17 de octubre de 2007**, RJ 2007/7326. En cuanto a esta nueva resolución judicial, conviene destacar aquellos aspectos que son añadidos por el Alto Tribunal, respecto a los argumentos aportados en su otra sentencia de idéntica fecha.

XIV. Derecho Administrativo Económico

La primera cuestión que alega la entidad recurrente en este otro recurso contencioso-administrativo contra la citada norma reglamentaria consiste en que ésta se habría aprobado sin el informe del Consejo Consultivo de la Electricidad. El Tribunal Supremo corrige la alegación de la actora: la normativa no exige un informe del mencionado Consejo, sino que le atribuye la competencia de asesorar a la Comisión Nacional de la Energía, que es la entidad competente para emitir un dictamen o informe. En el presente caso, hay constancia de que el Consejo Consultivo de la Electricidad participó en la elaboración de dicho dictamen elaborado por la Comisión.

Igualmente, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que hay constancia de que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos conoció, estudió y dio el consiguiente visto bueno del proyecto de Real Decreto, en contra de lo defendido por la parte actora.

En segundo lugar, la entidad empresarial recurrente considera que la tarifa eléctrica fijada por el Real Decreto impugnado es insuficiente (artículo 1.1), lo que va contra el principio de suficiencia tarifaria, que se recoge expresamente en la legislación del sector eléctrico. La parte actora llega a criticar la forzada financiación del déficit tarifario por determinadas empresas. El Tribunal Supremo, en respuesta a esta alegación, precisa ante todo que no le corresponde examinar la validez del sistema eléctrico, sino que debe centrarse en la concreta impugnación del Real Decreto: a estos efectos, el Tribunal recuerda que la normativa prevé la revisión de la tarifa eléctrica en atención a los efectivos costes de las actividades necesarias para el suministro de energía eléctrica. El Tribunal Supremo concluye que no puede prosperar una impugnación de la tarifa en razón de su insuficiencia, cuando está prevista normativamente su revisión.

La tercera cuestión planteada por la entidad recurrente, se refiere a la financiación de la gestión de los recursos radiactivos. Señala que el sistema introducido por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, habría sido derogado por la Disposición Transitoria Segunda (y el artículo 3) del Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, lo que vulneraría el principio de jerarquía normativa. El Tribunal Supremo desestima esta pretensión, para lo que aduce que los preceptos traídos a colación por la recurrente constituyen una típica regulación transitoria que mantiene el sistema de financiación anterior hasta que el determinado por la referida Ley 24/2005 pueda entrar en vigor.

Un cuarto aspecto que la entidad actora impugna del Real Decreto en cuestión se refiere al sistema de financiación con cargo a la tarifa del Plan de Acción 2005-2007 sobre ahorro y eficiencia energética (artículo 5). El Tribunal Supremo, tras exponer ampliamente el marco normativo, destaca que la tarifa eléctrica posee una estructura diseñada por el propio legislador en el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, y concluye que el Gobierno no dispone de discrecionalidad para imputar a la tarifa otros costes que los expresamente señalados por la Ley.

Entre los costes previstos por la Ley y que formarían parte de la estructura de la tarifa, el Tribunal Supremo remarca los derivados de los programas sobre calidad del suministro

y de incentivación de la gestión de la demanda. Por el contrario, prosigue el Tribunal, ningún precepto legal de los que detallan los diversos componentes de la tarifa hace referencia a los programas de ahorro y eficiencia energética.

En la sentencia se razona que dicha diferencia de trato tiene una clara justificación. Concretamente, se dice que “Los planes sobre calidad del servicio y mejora de la gestión de la demanda hacen referencia a dos de las actividades reguladas por la Ley en orden a asegurar el suministro a los consumidores de energía eléctrica (en particular a la distribución y la comercialización) y, por consiguiente, afectan a la actuación de los propios sujetos que participan en dicho suministro. Por el contrario, los planes de ahorro y eficiencia energética afectan a los consumidores de la energía eléctrica, razón que explica que la Ley no contemple la posibilidad de imputación de sus costes ni a la tarifa en general ni a cualquiera de las fases en que consiste la actividad de suministro eléctrico: generación, transporte, distribución y comercialización”.

En virtud de todo ello, el Tribunal Supremo estima la alegación de la parte actora relativa al artículo 5 del Real Decreto 1556/2005, de 23 de diciembre, y lo anula por ser contrario a derecho, mientras que desestima el resto de pretensiones de la entidad recurrente. En concreto, la sentencia declara la inviabilidad de la petición de la parte actora sobre indemnización por los supuestos daños y perjuicios que habrían sido causados por la aprobación del Real Decreto examinado.

D) Acceso a la red eléctrica de transporte, para distribuir energía eléctrica

La STS de 29 de junio de 2007, RJ 2007/7441, resuelve, desestimándolo, el recurso de casación que la entidad mercantil “Iberdrola, SA” interpuso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 2004. Esta sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo que la misma entidad había presentado contra la resolución de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) –confirmada en alzada por el Ministerio de Economía–, que por su parte había reconocido el derecho de la entidad “Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, SA” a acceder a la red de transporte de “Iberdrola” en la línea de 220 KW “La Eliana-Torrente”, para distribuir energía eléctrica a distintos polígonos y consumidores industriales en la zona de El Oliveral, término municipal de Quart, de Poblet, Valencia, para una potencia de 105 MW.

El Tribunal Supremo, tras reproducir la fundamentación de la sentencia recurrida, examina los tres motivos de casación planteados por la entidad recurrente. En cuanto al primero, le lleva a determinar la distribución de competencias entre la Administración del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, en relación con la aprobación de instalaciones de distribución de energía eléctrica y la autorización de conexión a la red de transporte o de distribución. El Tribunal efectúa tal distribución competencial según el carácter extracomunitario o intracomunitario de la línea a la que se iba a efectuar la conexión.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Con base en las SSTs de 5 de junio de 2007, RC 6453/2004 y RC 8975/2004, el Tribunal precisa que la Comisión Nacional de la Energía tiene competencia para el conocimiento y resolución de los conflictos respecto de los contratos de acceso a la red de transporte y distribución, debido, sin duda, a la decisiva influencia que tales contratos tienen respecto a la ordenación del sector eléctrico. Aparte está la autorización de la conexión por la autoridad autonómica. La sentencia señala que en este sentido se expresan diversos preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (artículos 8, 38.3 y 42.3).

En cuanto al segundo y tercer motivo de casación, la entidad recurrente defiende que no se está ante un supuesto de conflicto de acceso de terceros a red, derecho que entiende predicable de todo sujeto eléctrico, incluidos los distribuidores, sino ante un conflicto de conexión. Tal afirmación la sostiene en cuanto entiende que tal carácter es el que corresponde en los supuestos en que el acceso a la red no se realiza para el tránsito de energía eléctrica por ésta, sino para crear una red de transporte o distribución.

Frente a esta tesis, la Administración demandada sostiene que el concepto legal de acceso a terceros a red engloba ambos supuestos, el acceso para el tránsito de la energía eléctrica entre un agente comprador y uno vendedor y el acceso para el establecimiento de nuevas instalaciones, y afirma que no existe base legal que justifique la diferencia en el tratamiento jurídico de ambos supuestos.

Esta última es la tesis que compartió la sentencia de la sala de instancia, con base en la legislación estatal reguladora del sector eléctrico, y de la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes del mercado interior de electricidad, y es también la postura que adopta el Tribunal Supremo en la presente sentencia.

Señala el Tribunal Supremo que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, optó por un proceso liberalizador que reconocía el derecho de acceso de terceros a las redes. Ello permite un mercado de agentes múltiples en un sistema de redes única, y supone la facultad de utilización de la red ya instalada. Así lo deduce el Tribunal tanto de la Exposición de Motivos de la citada Ley, como de su articulado. Concluye que todos los sujetos comprendidos en el artículo 9 de la Ley del Sector Eléctrico tienen el mencionado derecho de acceso, y entre ellos están los distribuidores, como es el caso de la entidad mercantil a quien la resolución de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) reconoció el derecho de acceder a la red de “Iberdrola”.

Esta conclusión, prosigue el Tribunal Supremo, no se opone a sus Sentencias de 25 de noviembre de 2002, pues en ellas ya se indicaba que la actual normativa tiende a la liberalización y libre competencia del sector eléctrico, que es plena en la generación y comercialización de la energía, y limitada en su transporte y distribución.

El Magistrado Óscar González González formula un voto particular, por cuanto considera que el derecho de acceso a la red que establece la Ley del Sector Eléctrico a favor de terceros debe entenderse referido a los productores y comercializadores, pero no a otros sujetos, como los distribuidores. Fundamenta esta alegación en que el derecho de acceso

es un derecho de tránsito de la energía, esto es, un derecho de uso de redes ajenas, pero no puede suponer un derecho de conexión para la instalación de nuevas redes de distribución a favor de otros distribuidores distintos de los de la zona.

El voto particular también fundamenta su posición, tanto en la Directiva 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, como en la Ley del Sector Eléctrico, y especialmente en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, y en el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre. En síntesis, señala el Magistrado discrepante que la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial supone una práctica ineficiente.

E) Producción en régimen especial

La STS de 31 de octubre de 2007, RJ 2007/8329, resuelve el recurso contencioso-administrativo que una entidad mercantil presentó frente al Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Ante todo, se pone de manifiesto que el escrito de demanda carece del mínimo rigor formal exigible a un recurso formulado ante el Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia indica que, tal como señalaron las partes adversas, pueden detectarse diversas deficiencias formales, tales como que las circunstancias puestas de relieve en los hechos carecen de la menor relación con las objeciones que luego se formulan, o bien que en los fundamentos de derecho segundo y tercero no se denuncia la infracción de ningún precepto constitucional o legal, o en fin, que en el *petitum* de la demanda no se formula ninguna pretensión anulatoria concreta.

Pese a ello, tales defectos no quedan comprendidos en ninguna de las causas de inadmisión contempladas en el artículo 69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por lo tanto, el Tribunal Supremo examina las pretensiones planteadas por la actora.

Básicamente, la parte alega que se vulnera la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que prevé que la retribución de las instalaciones de producción de régimen especial ha de quedar comprendida entre el 80 y el 90% del precio medio de referencia [artículo 30.4, letra b)]. La actora entiende que el Real Decreto impugnado debería presentar mecanismos de ajuste que mantuviesen la remuneración de las instalaciones de régimen especial dentro de los límites establecidos por la citada Ley del Sector Eléctrico.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación, con base en que la recurrente se limita a prevenir un riesgo hipotético de que en determinadas tecnologías de producción se pueda llegar a superar la citada banda de remuneración. Lo cierto es que no se impugna la nulidad de ningún precepto del Real Decreto impugnado, ni de éste en su totalidad. Además, prosigue el Tribunal Supremo, el artículo impugnado se ha modificado con

posterioridad, suprimiéndose la limitación remuneratoria que alega la actora. El resto de pretensiones de la parte actora también son desestimadas por el Tribunal Supremo, ya que no se concretan en pretensiones anulatorias específicas.

4. FOMENTO. INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES

Tres sentencias del Tribunal Supremo se han pronunciado sobre los acuerdos administrativos por los que se exigía la devolución de las subvenciones otorgadas por haberse incumplido las condiciones establecidas en el momento de su concesión.

En la **STS de 31 de octubre de 2007**, Ar. 7267, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto por determinada entidad contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declaró el incumplimiento de las condiciones para el disfrute de incentivos regionales en la zona de promoción económica de Canarias.

El recurso no cuestionó la existencia del incumplimiento, y se basó en la prescripción del derecho de la administración a declarar tal incumplimiento y exigir la devolución de lo entregado. Frente a los argumentos de la recurrente el Tribunal opone su doctrina previa en la materia (entre otras, Sentencias de 11 de octubre de 2006 y 24 de enero de 2007), para diferenciar en primer lugar los plazos de prescripción de la acción y los de caducidad del procedimiento.

A partir de esta distinción recuerda el Tribunal que el plazo de prescripción de la acción es de cinco años (cuatro en la nueva ley de subvenciones de 2003), interrumpiéndose este plazo por el inicio de las actuaciones inspectoras. En razón de las circunstancias del caso concluye que no se había producido la prescripción de la acción administrativa.

Por otro lado, reconoce que el plazo de caducidad del expediente es de seis meses (artículo 35.8 del RD 1535/1987), pero concluye que entre la fecha de su iniciación y la de su resolución no había transcurrido este plazo, por lo cual no se había producido la caducidad del expediente.

Por todo ello desestima el recurso.

La **STS de 8 de noviembre de 2007**, Ar. 8182, también se ocupa de un supuesto de incumplimiento. En este caso de incumplimiento parcial de las condiciones relativas a la creación de puestos de trabajo, por lo que la administración acordó la reducción de la subvención otorgada.

La entidad recurrente afirma también en este caso que se había producido la caducidad del expediente y la consiguiente prescripción del derecho de la administración a declarar le incumplimiento. El Tribunal recurre en este caso a la doctrina contenida en su sentencia de 24 de enero de 2007 y en base a ella rechaza esta alegación. Afirma, en síntesis, el Tribunal, que la prescripción se interrumpió por el inicio de las actuaciones inspectoras, a

lo que añade que en el caso examinado se produjeron además dilaciones en la tramitación del expediente debidas a la actuación de la entidad recurrente.

En segundo lugar, examina el Tribunal la existencia o no de incumplimiento de la condición de crear y mantener empleo. La recurrente no está de acuerdo con las pautas utilizadas por la Administración para fijar el número de trabajadores y en concreto discrepa del criterio utilizado para calcular la equivalencia al año, pues a su juicio no es correcta la cifra de horas estimada como jornada anual de la actividad. El Tribunal en unos extensos y razonados fundamentos de derecho rechaza esta alegación.

Por último, la recurrente plantea que la administración “debería haber apreciado las circunstancias de interés público a las que se refiere el artículo 35.4 del RIER –RD 1535/1987– para incoar un procedimiento de modificación del proyecto inicial en vez de decretar el reintegro parcial de la subvención”.

El Tribunal rechaza también este argumento en base a las siguientes afirmaciones: “En ningún momento se ha rechazado el interés general del proyecto, aun cuando su titular fuese una empresa de derecho privado”. Como bien replica el Abogado del Estado, no se puede negar que la Administración estatal apreció en su día el “(...) interés del Proyecto desde el momento en que ha concertado con la beneficiaria un contrato subvencional por cuantía muy importante (...)”.

El reconocimiento en abstracto del interés público subyacente –cuya ponderación corresponde siempre a la Administración que otorga el beneficio– no implica, sin embargo, de modo automático, que cualquier incumplimiento de las condiciones pueda ser, *a posteriori*, tolerado o “perdonado” por la Administración como si de hecho no hubiera existido. Con el mismo acierto subraya el Abogado del Estado que aquel reconocimiento “(...) en modo alguno puede ser óbice para, de incumplirse las condiciones del Proyecto bajo las que se concedió la subvención, ésta deje de estar sujeta a la correspondiente reducción”.

En el caso de autos concurre la circunstancia de que en el período de referencia (hasta principios de 1998) no se crearon y mantuvieron los puestos de trabajo, hecho este que no tiene ya posible subsanación. La “modificación” de las condiciones que interesan *a posteriori* la sociedad recurrente no podría afectar, por definición, a aquellos puestos de trabajo que no se crearon cuando debieron serlo conforme a la resolución individual de concesión. Se convertiría, pues, pura y simplemente, en la aquiescencia administrativa ante el incumplimiento declarado, sin posibilidad de “compensar” los efectos negativos de éste. En consecuencia, para que la modificación prevista en el artículo 34.5 del Reglamento de ejecución de la Ley 50/1985 pudiera tener virtualidad se requeriría, en este caso, que los cambios incorporados (lógicamente a la baja) en cuanto a los compromisos laborales asumidos se tradujeran, correlativamente, en disminución de la subvención misma. Conclusión esta que, en términos económicos, vendría prácticamente a coincidir con el reintegro proporcional de la cantidad de subvención que corresponde al incumplimiento parcial.

La STS de 27 de noviembre de 2007, Ar. 8342, desestima también el recurso interpuesto frente a la declaración administrativa de incumplimiento de condiciones en un caso de otorgamiento de ayudas en virtud de la ley de incentivos económicos 50/1985. En este caso se trataba de no haber acreditado, dentro del plazo establecido, la inversión proyectada y la comunicación de cuantas incidencias y modificaciones se produjeron en relación con el proyecto subvencionado.

La sentencia declara probados y no revisables en sede casacional los hechos imputados a la recurrente, por lo que se entiende acreditado el incumplimiento de las obligaciones que motivó la retirada de los beneficios. La sentencia sí entra a analizar la posible existencia de defectos formales en la tramitación del expediente administrativo, así como falta de motivación del acto resolutorio, pero rechaza ambos argumentos y desestima el recurso.

5. GANADERÍA. REGISTRO DE EXPLOTACIONES GANADERAS: BAJA AUTOMÁTICA

La STS de 30 de mayo de 2007, RJ 2007\6319, declara no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por la que se desestimaba el recurso interpuesto por cuatro ganaderos contra el acuerdo del Gobierno de Navarra que a su vez había desestimado el recurso de alzada contra las resoluciones de la Dirección General de Agricultura y Ganadería de 1 de agosto de 2001, que daban de baja en el Registro de Explotaciones Ganaderas las explotaciones de los recurrentes por no reunir los requisitos legalmente establecidos. La baja de la inscripción se fundamentaba en constituir dicha inscripción un “auténtico fraude de ley”, ya que dichas explotaciones figuraban inscritas como cuatro distintas, cuando en realidad no tenían ninguna característica que las hiciera independientes la unas de las otras (única licencia de apertura, mismos medios de producción, alquiler conjunto,...), salvo —según queda demostrado en la sentencia recurrida— la voluntad de sus propietarios de obtener ayudas públicas por cuatro explotaciones en lugar de una, puesto que la inscripción era preceptiva para la obtención de dichos beneficios.

Sin entrar en el fondo del asunto respecto a la procedencia o no de la inscripción, ya que para ello debería entrar a analizar normativa autonómica (lo que es competencia del TSJ), el Tribunal Supremo confirma uno a uno los argumentos de la sentencia de instancia, insistiendo además en que la función propia del recurso de casación conlleva que la demanda debía fundamentarse en rebatir los argumentos de la sala y no directamente el acto administrativo, como hacen los recurrentes.

En primer lugar, se alegaba la necesidad de aplicar el procedimiento de revisión de oficio (102.1 LRJPAC) o en su caso la declaración de lesividad (103 LRJPAC). El Tribunal afirma, como hizo la sala de instancia, que la inscripción en el Registro citado no tiene el carácter de un acto declarativo de derechos ni se deriva de ella una ampliación de derechos o facultades de los recurrentes como titulares de una explotación ganadera, por lo cual no procede

aplicar ninguno de los procedimientos pretendidos. En segundo lugar, tampoco puede alegarse la vulneración de los principios del procedimiento sancionador (127 a 130 LRJPAC), puesto que la baja automática en el citado Registro no tiene naturaleza sancionadora, sino que es un “mero acto restaurador de la legalidad”, al comprobarse administrativamente la falta de cumplimiento de las condiciones exigidas para el Registro. El resto de motivos alegados (vulneración de los artículos 68 y siguientes LRJPAC y artículo 52 LRJPAC, así como existencia de desviación de poder) son denegados por el TS en atención al deficiente planteamiento de la demanda, en la que no se encuentran argumentos contra la sentencia recurrida, sino contra lo actuado en el expediente administrativo, siendo además estos genéricos y ya denegados suficiente y adecuadamente por la sentencia de instancia.

6. GAS. CAMBIO DESDE EL MERCADO LIBERALIZADO AL MERCADO REGULADO

La STS de 28 de septiembre de 2007, RJ 2007/7028, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, por el que se modifican determinadas disposiciones en materia de hidrocarburos.

El Tribunal acota las pretensiones de la parte actora a las dos siguientes. En primer lugar, considera que la deslegalización de la regulación del cambio de régimen de consumo del gas operado por el Real Decreto-Ley 5/2005 es contraria a la Constitución, por lo que el Real Decreto impugnado carecería de habilitación para modificar dicha materia. En segundo lugar, la entidad recurrente entiende que la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 942/2005 posee efectos retroactivos, que están vetados a la potestad reglamentaria.

Cabe señalar que, en la resolución de este recurso, el Tribunal Supremo se remite a sus Sentencias previas de 6 de febrero de 2007 y 28 de marzo de 2007, RJ 1550.

Así pues, ante la primera de las cuestiones planteadas por la parte actora, el Tribunal Supremo recuerda que en el ordenamiento jurídico español no existe una reserva reglamentaria, por lo que el Real Decreto-Ley 5/2005 está habilitado para regular una materia que antes se encontraba regida por el Real Decreto 1434/2002. A continuación, el Tribunal Supremo admite que, bien sea por medio de una habilitación reglamentaria, o bien por la de una posterior deslegalización, un Real Decreto-Ley puede reenviar el régimen jurídico de una materia a una norma reglamentaria, como ocurre en este caso con el Real Decreto 942/2005, de 29 de julio, para que pueda volver a regular determinados aspectos en materia de hidrocarburos. Este modo de actuar no infringe el principio de jerarquía normativa, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen del proyecto.

El Tribunal Supremo, aun en relación con la primera cuestión planteada, rechaza que se haya lesionado la normativa europea, puesto que recuerda que ésta permite la exclusión

de sus normas de competencia a servicios de interés económico general, cuando su aplicación impida el cumplimiento de la misión específica atribuida.

Finalmente, el Alto Tribunal señala que la jurisprudencia constitucional ha excluido tan sólo la habilitación al reglamento, efectuada por un real decreto-ley, que resulte contraria a la razón de extraordinaria y urgente necesidad, lo que no ocurre en el presente caso.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas por la parte actora, el Tribunal Supremo admite que la norma impugnada prevé una aplicación retroactiva, pero ésta es admisible porque se trata de una retroactividad mínima autorizada por el ordenamiento jurídico, en la medida que no afecta a derechos adquiridos, sino a meras expectativas al margen de las responsabilidades que pueda haber en las relaciones *inter privados*.

La entidad recurrente aún planteaba una tercera cuestión: pretendía el reconocimiento de los daños y perjuicios supuestamente sufridos por la sociedad recurrente a consecuencia de la entrada en vigor y aplicación del Real Decreto impugnado. Tal pretensión también es desestimada por el Tribunal Supremo, con base en su Sentencia de 28 de marzo de 2007, RJ 1550, ya que su éxito está subordinado a la anulación de la disposición recurrida, lo que no sucede en el presente supuesto, y porque la hipotética indemnización no derivaría directa e inmediatamente de la aplicación del Real Decreto impugnado, sino de circunstancias que atañen a relaciones mercantiles de una empresa con otra.

7. INDUSTRIA. REGISTRO DE INFORMACIÓN DE CRÉDITO

La STS de 25 de septiembre de 2007, RJ2007/7087, resuelve el recurso de casación frente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2001 por la que se declaraba la nulidad de una Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1999 por la que se autorizaba la constitución de un Registro de información de crédito.

Sin perjuicio de algunas consideraciones iniciales de carácter formal sobre el alcance material que corresponde a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Sala del Tribunal Supremo centra su argumentación en la interpretación de las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 7 de julio, de Defensa de la competencia y el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

En este sentido, partiendo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 2006, considera que la creación de un registro de información de crédito no vulnera los preceptos citados, por cuanto dichos registros no tienen por objeto, por su propia naturaleza, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Particularmente, el Tribunal destaca que aunque la caracterización del Registro de información de crédito implica una forma de cooperación entre competidores, ello no obstaculiza que los operadores del sector financiero

determinen de manera autónoma sus políticas de concesión de créditos, a la vez que promueve una mejora de la oferta de crédito, al reducir el porcentaje de incumplimiento de los prestatarios y —concluye el Tribunal— mejorando el funcionamiento del sistema económico.

Por todo ello, el Tribunal Supremo casa la Sentencia impugnada, al considerar que la Sala de instancia interpretó inadecuadamente la Ley de Defensa de la Competencia al entender que el Registro de información de crédito sí constituía una práctica restrictiva de la competencia.

8. PESCA

Mediante la STS de 14 de junio de 2007, RJ 2007\6409, se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Canarias en un caso de denegación de ayudas en materia de navegación y pesca marítima.

En el supuesto de autos consta que el armador de un barco pesquero se comunicó con la administración autonómica para solicitar una ayuda por paralización definitiva de su buque, pero no llegó a presentar la solicitud en los términos requeridos, sino cuando, tras un accidente, se produjo el hundimiento de dicho buque. Confirmando la sentencia de instancia, el TS niega que, como alega el recurrente, al denegársele la ayuda, se esté vulnerando la jurisprudencia del mismo TS según la cual el hundimiento del buque no priva del derecho a la ayuda. No en vano el motivo fundamental por el que no procede la ayuda, tal y como se dijo por el Tribunal a quo, es que en el momento de la solicitud la subvención ya había perdido su objeto, lo que no hubiera sucedido si se hubiera hecho la petición con anterioridad. Puesto que el armador conocía sobradamente que se había presentado la solicitud de ayuda por paralización definitiva del buque cuando ya no podía paralizarse porque no existía, tampoco cabe alegar, según el TS, vulneración de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica.

9. TARIFAS. REVISIÓN DE LAS TARIFAS DE AUTOPISTAS

La potestad administrativa para autorizar la modificación de las tarifas de las autopistas ha dado lugar a diversos conflictos entre las entidades concesionarias y la administración.

Uno de estos conflictos se planteó con ocasión de la aprobación por la administración del RD 429/2000 por el que se congeló el incremento de las tarifas y peajes. Impugnado este RD por el que se congelaron las tarifas, el Tribunal Supremo lo anuló en la Sentencia de 17 de octubre de 2003, Ar. 7570 y 7923.

La anulación de este Real Decreto ha dado lugar a una serie de conflictos posteriores planteados con ocasión de las resoluciones administrativas adoptadas para restablecer el

equilibrio económico de las concesiones, equilibrio que se entendió roto unilateralmente por la administración al no haber autorizado incrementos tarifarios en virtud de su acuerdo de congelación.

Una de las sentencias que se plantea esta problemática es la **STS de 24 de mayo de 2007**, Ar. 6317. En este caso el objeto del recurso era el RD 2219/2004 por el que se adoptaron medidas para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión de autopistas.

Los recurrentes impugnan el RD al entender que fija una cuantía inferior a la procedente en derecho. Lo que pretenden las recurrentes es que la compensación consista en la diferencia entre las tarifas y peajes que las concesionarias hubieran recibido en los años 2001 y siguientes hasta el 31 de diciembre del año en que se dicte sentencia calculándose éstas sin tener en cuenta la congelación de tarifas realizada por el RD 429/2000, y los peajes efectivamente percibidos, más los intereses legales. Es decir, para el cálculo de la compensación debe calcularse lo debido como si las tarifas no se hubieran calculado en el año 2000. Si los incrementos tarifarios que se reconocen parten de unas tarifas congeladas durante un año, la cantidad resultante no es compensatoria ya que el cálculo de lo debido parte de una cuantía inferior a la que debió tenerse en cuenta.

Para resolver esta cuestión el Tribunal parte de un completo análisis de la evolución normativa de la fijación de las tarifas y peajes de las autopistas en régimen de concesión, destacando la declaración de nulidad del RD 429/2000.

A continuación precisa el objeto del proceso y lo limita al acto recurrido, esto es, el RD 2219/2004, para analizar si la compensación que se dispone en él es o no conforme a derecho.

Tras negar que la revisión tarifaria hubiera podido obtenerse por silencio positivo, el Tribunal parte de la afirmación según la cual los concesionarios podrán verse sometidos a la congelación de sus tarifas, si bien en este caso debe darse a continuación una compensación. La cuestión, por tanto, es determinar si la compensación ha sido plena, esto es, ha dejado indemnes a los concesionarios de cualquier perjuicio.

Llegados a este punto el Tribunal concluye que la compensación fijada en el RD impugnado es ajustada a derecho. Así, dice que “Atendiendo al espíritu y a la letra del Real Decreto así como a las razones que lo motivaron, no es posible compartir la postura de las demandantes de que el mismo no les indemniza plenamente de los perjuicios que soportaron como consecuencia de la prórroga durante el año dos mil de las tarifas y peajes que les hubieran correspondido si se hubiera producido la revisión que debió llevarse a cabo en marzo de ese año. Precisamente lo que hace el Real Decreto es procurar esa satisfacción, y para ello establece la fórmula trascrita que las recurrentes no discuten ni en cuanto al criterio de compensación ni en cuanto al modo de devengarse los intereses de demora. La diferencia entre los peajes percibidos y los que debieron percibir se compensa aplicando sobre los primeros el incremento del 95% del índice de precios al consumo

en el año correspondiente mil novecientos noventa y nueve, y en cuanto al cálculo de los intereses, que tampoco se cuestiona, habría de hacerse desde el momento fijado por el Real Decreto y aquél en que se hiciera efectiva la percepción de la compensación que a cada sociedad correspondiera. De este modo el Real Decreto satisfizo plenamente los perjuicios producidos a las recurrentes por la prórroga acordada para el año 2000 por el Real Decreto 429/2000”.

Los recurrentes plantean una segunda cuestión más compleja. Dado que cuando se inicia la revisión a partir de 2001 no se tiene en cuenta que en el año 2000 se habían congelado las tarifas, pese a la declaración de nulidad del RD 429/2000, los recurrentes entienden que la Transitoria Sexta de la Ley 14/2000 que da cobertura a la compensación es una norma confiscatoria para los intereses de las sociedades concesionarias, en tanto entendió prorrogadas para el año 2000 las tarifas de dicho año, sin que se corrigiera en años sucesivos esta congelación del año 2000.

En relación con esta cuestión el Tribunal afirma que “El proceder de la Ley 14/2000 no tiene otra pretensión que no sea la de llevar a cabo un nuevo procedimiento de revisión de tarifas y peajes para las autopistas de titularidad del Estado, fin que cumple con la instauración de un nuevo modo o sistema basado en distintos parámetros a los que nos hemos referido al tratar el artículo 77 de la Ley, y con el que pretende mantener, y esto es esencial, el equilibrio financiero de las concesiones. Pero para cubrir el intervalo producido por la prórroga de las tarifas y peajes dispuesta para lo que quedaba del año dos mil, y que había establecido el Real Decreto 429/2000, la Ley ratificó esa prórroga mediante la Disposición Transitoria Sexta.1. Pero esa norma no entra en los efectos que produce la prórroga, o, si se quiere, en los perjuicios que con la misma se podrían causar a las sociedades a las que afectaba, sino que únicamente se limita a refrendar y a otorgar rango de Ley a la prórroga que para las tarifas de las concesiones a las que afectaba había dispuesto el Real Decreto. Así expresamente lo reconocía el Real Decreto 2219/2004”.

En consecuencia no se estima la pretensión del recurrente y se declara que no es preciso plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta misma problemática aparece en otras sentencias del Tribunal Supremo vinculada a la impugnación de otros actos administrativos conexos con la misma cuestión de fondo. Así, la **STS de 31 de mayo de 2007**, Ar. 6320, tiene como objeto una Orden de 1 de abril de 2000 por la que no se autorizó la revisión de tarifas solicitada en aplicación del RD 429/2000. La orden fue anulada ya por la Audiencia Nacional, y ahora lo que se discute ante el Tribunal Supremo es la compensación debida por esta anulación. Sobre este punto el Tribunal se remite a la existencia del RD 2219/2004 en el que se estableció la compensación.

En la **STS de 3 de julio de 2007**, Ar. 6604, se resuelve la impugnación por diversas entidades concesionarias de seis órdenes del Ministerio de Fomento por las que se autori-

zaron las tarifas y peajes máximos que debían regir en el año 2001. El Tribunal desestima el recurso con los argumentos ya utilizados en la Sentencia antes citada de 24 de mayo de 2007.

10. TELECOMUNICACIONES

A) Competencias profesionales entre ingenieros industriales y de telecomunicaciones

En la STS de 19 de noviembre de 2007, RJ 2007/8483, el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse una vez más sobre un litigio acerca de la competencia profesional para la elaboración de proyectos técnicos. En este caso se trata de la elaboración de proyectos relativos al establecimiento en red de frecuencia única para difusión del servicio de televisión digital terrestre en zonas de baja densidad de población. El contencioso también se refiere a la emisión de los certificados por los que la instalación se adapta al proyecto técnico.

La sentencia cuenta con un voto particular de dos magistrados que entienden que la mayoría ha cambiado los criterios para delimitar el ámbito competencial de una determinada titulación universitaria.

La parte actora es el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales, que impugna el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre. Esta institución solicita la nulidad de pleno derecho del citado reglamento y, subsidiariamente, la nulidad del inciso “firmados ambos por un ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones”, de la Disposición Adicional Duodécima, apartado f).

La primera cuestión que examina el Tribunal Supremo consiste en si la elaboración de la norma impugnada ha vulnerado la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por no haber dado ocasión a que el Consejo recurrente pudiese expresar su opinión. La sentencia desestima esta pretensión, porque al ser una norma relativa a telecomunicaciones, “no resultaba obligado que la Administración diese trámite directo a las entidades corporativas representativas de los ingenieros industriales, que no pueden ser considerados directamente concernidos por el objeto de la disposición”.

Esta conclusión se refuerza porque la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, estableció que el trámite de audiencia resultaba cubierto con el informe del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (Disposición Adicional Quinta, apartado 2).

A continuación, el Tribunal Supremo se centra en el aspecto que ocupa gran parte de la sentencia, esto es, si los ingenieros industriales son competentes para elaborar los proyectos técnicos de televisión digital terrestre en cuestión, y emitir los certificados correspondientes y, por lo tanto, si el Real Decreto impugnado, al excluir de tal competencia a

los ingenieros industriales, vulnera el ordenamiento jurídico. Para la resolución de este aspecto, el Alto Tribunal hace un notable uso de su jurisprudencia anterior.

Ante todo, el Tribunal Supremo señala que, desde un Decreto de 1935, debe considerarse que los ingenieros industriales son competentes en materia de telecomunicaciones. Añade que, antes de la aprobación del Real Decreto impugnado, la competencia controvertida no estaba asignada en exclusiva a los ingenieros de telecomunicaciones, sino que se encontraba abierta a los técnicos titulados “competentes en materia de telecomunicaciones” y, entre éstos debían incluirse a los ingenieros industriales.

Frente a esta situación normativa, el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, restringe dicha capacidad a los ingenieros de telecomunicaciones, lo que según los recurrentes sólo puede hacer el legislador, habida cuenta de la reserva de Ley que el artículo 36 de la Constitución establece respecto al ejercicio de las profesiones tituladas.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y de la suya propia, el Tribunal Supremo concluye que, tras la vigencia de la Constitución, sólo el legislador puede regular el ejercicio de las profesiones tituladas, o modificar un aspecto esencial de dicho ejercicio.

Ciertamente, prosigue el Tribunal Supremo, el Real Decreto impugnado no supone una regulación de las ingenierías litigantes, pero afecta a un elemento esencial del ejercicio de una profesión, y es que restringe el principio general de libertad que preside la Constitución en beneficio exclusivo de una determinada profesión.

Para el Tribunal Supremo, debe partirse de la concurrencia competencial entre diversas titulaciones respecto a una misma actividad profesional, de tal modo que el principio de la mayor especialización de una determinada profesión sólo debe ser un criterio decisivo cuando la exclusividad técnica a favor de una profesión sea manifiesta. A estos efectos, el Tribunal Supremo cita el caso de los ingenieros de caminos para la elaboración de determinados proyectos, en perjuicio de los ingenieros industriales.

El Tribunal Supremo concluye que la potestad reglamentaria no puede intervenir, tras la Constitución de 1978, en el deslinde competencial entre colectivos con intereses contrapuestos, cuando comúnmente está aceptado que los ingenieros industriales son competentes en materia de telecomunicaciones, y sus estudios les otorgan capacidad técnica para ello.

Un último aspecto que analiza el Tribunal Supremo consiste en detectar si existe alguna norma con rango legal que habilite el Real Decreto impugnado, llegando a la conclusión de que no hay tal norma.

Por todo ello, el Tribunal falla que estima en parte el recurso contencioso-administrativo, y anula el inciso “de telecomunicaciones” incluido en la Disposición Adicional Duodécima, apartado f), del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio.

En su voto particular, los magistrados discrepantes señalan que el Tribunal Supremo, en otras sentencias anteriores, había considerado que el Gobierno, en su función rectora de ordenación de los estudios académicos, puede determinar concretamente las atribuciones profesionales de los ingenieros técnicos. Por otra parte, el voto particular señala que hay diversas normas legales (la Ley General de Telecomunicaciones, el Real-Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero, de estructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicaciones, o la Ley de ordenación de la edificación) que actuaban como habilitantes del reglamento impugnado.

B) Coste neto del servicio universal

La Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 31 de enero de 2002, cuantificó el coste neto del servicio universal para el año 2000, relativo a la conexión a la red telefónica pública fija, y declaró que dicho coste no había constituido una desventaja competitiva para “Telefónica de España, SAU”. Además, estableció otras previsiones para el cálculo del referido servicio universal para el año 2001.

Contra la citada Resolución, la entidad mercantil “Telefónica de España, SAU” interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que lo desestimó en la Sentencia de 21 de octubre de 2004 (RJCA 2005/1088). Es frente a esta sentencia, que la citada entidad mercantil interpone el recurso de casación que el Tribunal Supremo resuelve con la **STS de 30 de noviembre de 2007**, RJ 8343, el cual es desestimado, en esta ocasión por el Alto Tribunal, con expresa condena en costas. A estos efectos, la Sentencia tiene en cuenta un pronunciamiento anterior del propio Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2007, RJ 7726.

El Tribunal Supremo, tras reproducir parcialmente la Sentencia de la Audiencia Nacional, pasa a examinar los cinco motivos en que se fundamenta el recurso de casación. Dos de estos motivos (el primero y el quinto) se refieren a una supuesta incongruencia omisiva, en que habría incurrido la Audiencia Nacional, en relación con la metodología para determinar el coste del servicio universal, entre otras cuestiones. El Tribunal desestima estos dos primeros motivos analizados, porque pone de manifiesto que la Sala de instancia rechazó explícitamente los criterios mantenidos por la mercantil recurrente.

En el segundo motivo, Telefónica glosa el voto particular emitido por uno de los Magistrados de la Sala de instancia, y equipara la noción de desventaja competitiva con el solo hecho de soportar el coste del servicio universal en proporción superior a la cuota de mercado correspondiente. El Tribunal Supremo es tajante en su respuesta y rechaza semejante noción de desventaja competitiva, de acuerdo con la legislación vigente. La Sentencia expone que el legislador imputa el coste de la prestación del servicio universal a los operadores dominantes, y se preocupa luego de distinguir que la prestación del servicio puede o no implicar tal desventaja competitiva; sólo en el caso de que así sea, entra en juego la previsión de repartir el coste entre todos los operadores, y es lo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aplicó en el presente supuesto.

El tercer motivo alegado por la entidad recurrente se refiere a que la Sala de instancia no habría admitido la falta de competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para determinar el concepto de “zona geográfica no rentable”. Señala la recurrente que la competencia para efectuar tal determinación corresponde al Gobierno. El Tribunal Supremo desestima esta otra pretensión de la recurrente, puesto que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no procedió a regular dichas zonas (una competencia que efectivamente corresponde al Gobierno), sino que se limitó a valorar negativamente los criterios empleados por la propia actora, en defecto de disposición reglamentaria dictada por el Ministerio, y expresó los que consideró pertinentes a partir de la propia regulación sobre la materia. Actividad evaluadora y formulación de criterios —precisa la Sentencia— que forman parte de las competencias que la legislación sectorial atribuye expresamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En cuanto al motivo cuarto, se refiere al concepto de zona no rentable. La entidad recurrente indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al no aceptar la determinación de las zonas de prestación del servicio universal empleadas por la misma actora, vulneró diversos preceptos de la legislación en materia de telecomunicaciones. Telefónica está convencida de que su concepto es plenamente conforme con las disposiciones vigentes. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima este último motivo de casación. Por una parte, entiende que es razonable la crítica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones efectuó de la opción formulada por la actora sobre las zonas no rentables, ya que objetó con acierto que la operadora se limitara a una división de zonas según áreas municipales servidas por sus centrales telefónicas. Por otra parte, el Tribunal Supremo recuerda que la noción de zona no rentable posee un carácter marcadamente técnico, por lo que el órgano regulador tiene una considerable capacidad decisoria, que en el presente supuesto debe ser confirmada, porque, prosigue el Tribunal Supremo, la argumentación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se basa en la norma aplicable, y no es ni irrazonable ni arbitraria.

C) Competencias municipales

La STS de 20 de junio de 2007, RJ 2007/6416, tiene por objeto el enjuiciamiento de las ordenanzas municipales del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera reguladoras del uso del subsuelo del dominio público por parte de las empresas suministradoras, esencialmente en lo que se refiere a la previsión contenida en dicha norma jurídica que las obras, construcciones e instalaciones que realizan los prestadores de servicios en el subsuelo de dominio público municipal son también parte del dominio público.

Para dar respuesta a dicha impugnación el Tribunal Supremo recuerda su amplia jurisprudencia sobre la delimitación de las competencias en materia de telecomunicaciones, reconociendo que los municipios pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento de las instalaciones de servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, ello no otorga al ayuntamiento la competencia para atribuirse la propiedad de las cana-

lizaciones construidas por los titulares de dichas actividades al amparo de la pertinente autorización.

Igualmente, se añade que la capacidad reglamentaria de los entes locales impide que éstos puedan adicionar nuevos bienes de dominio público a los enumerados en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las administraciones públicas, que expresamente declara que tendrán esta condición, además de los previstos en la propia Ley, aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.

11. TRANSPORTES

A) Por carretera. Concesión. Alcance de la exclusividad

Impugnada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana la autorización de nuevos tráficos en el seno de una concesión ya existente, el Tribunal anuló dicha autorización. Frente a la sentencia recurre la empresa de transportes en su día autorizada y la Generalidad Valenciana.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 9 de julio de 2007**, Ar. 6681, resuelve el conflicto apelando a su propia doctrina anterior (SSTS de 14 de febrero y 11 de mayo de 2006, Ar. 1149 y 4576) sobre el alcance que debe darse al derecho de los concesionarios al régimen de exclusividad propio de su título concesional. En base a esta doctrina concluye que

“Es evidente, pues, que un derecho esencial en los titulares de concesiones de transportes públicos de viajeros por carretera es el disfrute de la concesión en régimen de exclusividad aunque el marco de actuación en el que habrán de desarrollarse los servicios y actividades de transporte es el de economía de mercado, conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Constitución y reiterado en el artículo 12.1 de la LOTT. No obstante aquel principio la exclusiva no siempre es absoluta. Observamos que el interés público y las necesidades de los usuarios a que se refiere el Preámbulo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres permite sea quebrada aquella exclusividad. Mas para su quebrantamiento que implica lesionar los derechos de los mencionados titulares, en aras de una eventual racionalización de la explotación de las concesiones de transporte, han de darse determinadas condiciones taxativamente fijadas en vía reglamentaria por haber deferido la Ley 16/1987 su relación a tal marco normativo.

Para atender a un variopinto conjunto de situaciones en las que deba prevalecer el servicio público sobre el régimen de exclusividad la norma reglamentaria determina cuándo podrán establecerse tráficos coincidentes con los de otros servicios preexistentes que justamente por su concesión previa deben ser respetados al suponer un derecho adquirido. Eso sí estableciendo las medidas precisas para coordinar y armonizar las condiciones de la prestación a fin de impedir competencias desleales o perturbadoras pues evitar tales situaciones es uno de los principios generales proclamados por la LOTT, artículo 4.2. Pero, además, tal es la regulación contenida en el artículo 65 del ROTT.”

B) Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se desarrolla y aplican distintas medidas relativas al sector transporte para la mejora de las condiciones de transparencia y competencia en el sector

En el Acuerdo de 21 de octubre de 2005 por el que el Consejo de Ministros desarrolla y aplica distintas medidas relativas al sector transporte para la mejora de las condiciones de transparencia y competencia en el sector, se incluyó un apartado D.1 en el que se estableció que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales no efectuaría la transposición de la Directiva europea sobre tiempos de trabajo. Dicho apartado fue impugnado por la Federación estatal de Comunicaciones y Transportes de CCOO.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 2 de octubre de 2007**, Ar. 7036, señala en primer lugar, que al adoptarse el acuerdo impugnado, el 21 de octubre de 2005, ya había transcurrido el tiempo establecido en la Directiva 2002/15/CE (la directiva había fijado el plazo máximo de transposición el 23 de marzo de 2005).

Dicho esto, reconoce que el Acuerdo impugnado da un paso más, al negar expresamente una futura transposición de la Directiva de forma unilateral, condicionando dicha transposición a los acuerdos sociales.

El Tribunal anula el acuerdo afirmando que “en consecuencia con lo anterior, no hay duda que la disposición impugnada incumple la normativa comunitaria y, por tanto, debe ser anulada, como consecuencia del principio de primacía de ese derecho sobre el interno de cada Estado. A esta conclusión no se opone la argumentación del Abogado del Estado, que en líneas generales se funda en que la exigencia de la Directiva al Estado no es la transposición sino la garantía de la transposición, la cual, a su juicio, ha sido ofrecida por el Gobierno para que los interlocutores sociales pudieran alcanzar acuerdos”.

Por último, el Tribunal desestima la petición de los recurrentes relativa a la indemnización de daños y perjuicios al no haberse acreditado el daño derivado de la no transposición.

ANGELS ARRONIZ I MORERA DE LA VALL

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Recurso en interés de ley que fija como doctrina que el artículo 26 de la Ley General de Sanidad habilita a adoptar medidas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento cuando se deba proteger la salud de los consumidores.

B) El artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE no permite exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien.

2. Deporte. A) Anulación definitiva de la Resolución del CSD por la que se dispone la publicación de los Estatutos de la Federación Española de Surf.

3. Educación.

A) No universitaria. a) Legalidad de calendario escolar autonómico. B) Universitaria.

a) Ilegalidad de propuesta para la provisión de una plaza docente universitaria por falta de valoración del ejercicio.

4. Extranjeros. A) Incumplimiento de España de la Directiva sobre asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. B) Permiso de residencia y trabajo. C) Denegación de entrada y expulsión. D) Asilo y condición de refugiado. E) Nacionalidad.

5. Juego. A) Examen de la constitucionalidad de la tasa fiscal que grava las máquinas B o recreativas con premio.

6. Sanidad. A) Consentimiento informado.

1. CONSUMO

A) Recurso en interés de ley que fija como doctrina que el artículo 26 de la Ley General de Sanidad habilita a adoptar medidas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento cuando se deba proteger la salud de los consumidores

La STS de 14 de noviembre de 2007, Ar. 8548, responde al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la Junta de Andalucía y fija como doctrina legal que “el artículo 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento administrativo cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores”.

En el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia se recuerda la doctrina de la STS de 27 de junio de 2007 (comentada en nuestra crónica núm. 39) por la que se estimaba “el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación Española de Industrias y Comercio Exportador de Aceite de Oliva (ASOLIVA), contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido contra la Resolución de la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Ministerio de Sanidad y Consumo de 3 de julio de 2001. Resolución administrativa que puso en marcha la Red de Alerta Alimentaria en relación a los aceites de orujo de aceituna y se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria, al amparo del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de los productos que se comercializaban bajo las denominaciones ‘aceite de orujo refinado y de oliva’ y ‘aceite de orujo de oliva’ quedando condicionado el levantamiento de dicha medida a la ausencia de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP) en límite superior a 1 ppb”.

Sin embargo, los argumentos de la ya analizada STS de 27 de junio de 2007, si bien enjuician la problemática derivada de la inmovilización cautelar del aceite de orujo de oliva acordada al amparo del artículo 26 de la Ley de Sanidad, no resuelve la controversia aquí suscitada por no tratarse de cuestión allí debatida. No se discutió cómo debía adoptarse la medida sino si ésta fue proporcionada y oportuna tras concluir que no existía el riesgo inminente y extraordinario para la salud que exige el artículo 26 de la Ley 14/1986.

Por lo tanto, la sentencia impugnada en interés de ley, al aplicar el citado artículo 26 de la Ley de Sanidad, declara la necesidad de la instrucción de un expediente para adoptar la medida cautelar, interpretación que es rechazada tanto por la Administración autonómica afectada por la sentencia como por la defensa del Estado arguyendo que la urgencia de la medida exime de tal obligación. Por su parte, el artículo 72 de la Ley 30/1992 autoriza la adopción de las medidas que corresponda, en los casos de urgencia y antes de la iniciación del procedimiento administrativo en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de ley. Medidas provisionales que deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, que podrá ser objeto de recurso. Asimismo, el inciso final del apartado segundo del citado artículo 72 determina que “En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas”. En tal contexto, el artículo 26 de la LGS determina que “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”.

Desde tales postulados legales, a juicio del Tribunal Supremo, es claro que las medidas reguladas en el artículo 26 de la LGS componen una pura actuación provisional administrativa preventiva de las enumeradas en el artículo 72 LRJAPAC para hacer frente a un

riesgo inminente. Es decir, que las razones de urgencia que instaura la LRJAPAC con carácter general como condición para su puesta en marcha, conforman un amplio abanico de posibilidades de intervención de la Administración para la protección de la salud colectiva, que no resulta extraño a nuestro ordenamiento por la circunstancia expuesta de su previsión general en la LRJAPAC y, por consiguiente, en tal contexto, constituyen medidas de coacción administrativa directa que pueden adoptarse sin previo acto administrativo procedimentalizado.

B) El artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE no permite exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien

La STJCE de 17 de abril de 2008, As. C-404/06, responde a una cuestión prejudicial, en la que el órgano jurisdiccional alemán remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien.

Con carácter preliminar, es preciso recordar que, según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, el vendedor responde, frente al consumidor, por cualquier defecto de conformidad que exista al entregar el bien. El artículo 3, apartado 2, de la Directiva enumera los derechos que el consumidor puede hacer valer frente al vendedor en caso de falta de conformidad del bien entregado con el contrato. En un primer momento, el consumidor tiene el derecho de exigir la puesta en conformidad del bien. A falta de poder obtener dicha puesta en conformidad, puede exigir, en un segundo momento, una reducción del precio o la resolución del contrato. Por lo que respecta a la puesta en conformidad del bien, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva precisa que el consumidor tiene el derecho de exigir al vendedor que repare el bien o lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado.

Por lo que respecta a la afirmación del Gobierno alemán de que el hecho de que el consumidor se beneficie, mediante la sustitución de un bien no conforme, de un nuevo bien sin tener que pagar una compensación económica constituiría un enriquecimiento sin causa, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva impone al vendedor la responsabilidad frente al consumidor por todo defecto de conformidad que exista al entregar el bien. En el supuesto de que el vendedor entregue un bien no conforme, no cumple correctamente la obligación a la que se había obligado en el contrato de venta y debe, por lo tanto, asumir las consecuencias de dicha ejecución errónea. Al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el consumidor que, por su parte, ha pagado el precio de venta y, por lo tanto, ha cumplido correctamente su obligación contractual, no se beneficia de un enriquecimiento sin causa. Únicamente recibe, con retraso, un bien conforme con las estipulaciones del contrato como debería haberlo recibido desde el principio. Además, los intereses económicos del vendedor están protegidos, por una parte, por el plazo de prescripción de dos años previsto en el artículo

5, apartado 1, de la Directiva y, por otra parte, por la facultad que le atribuye el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva de negarse a sustituir el bien en el caso en que dicho modo de saneamiento resulte desproporcionado por imponerle costes que no sean razonables.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluye que el artículo 3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien.

2. DEPORTE

A) Anulación definitiva de la Resolución del CSD por la que se dispone la publicación de los Estatutos de la Federación Española de Surf

La STS de 26 de septiembre de 2007, Ar. 7171, rechaza los recursos de casación interpuestos por la Federación Española de Surf y de la Administración del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2002 (comentada en nuestra crónica núm. 18). Por lo tanto, confirma la anulación de la constitución de la Federación Española de Surf, a instancia de la Federación Vasca de Surf, en la medida en que en el Acta fundacional de la Federación Española una parte de los clubes no cumplimentaron la exigencia reglamentaria de que la representación que confieren a sus Presidentes para la constitución de la Federación lo fuera por la Asamblea General y así se acreditara documentalmentemente (tal como lo exige el vigente Real Decreto de federaciones deportivas españolas). Asimismo, en origen se declaró que la Federación Española de Surf no contaba con el apoyo de, al menos, el 50% de los clubes de tal modalidad, inscritos en los correspondientes Registros autonómicos (lo que sólo sucedía en Galicia y Andalucía).

El Tribunal Supremo declara que el examen de los autos pone de relieve que es cierto que los gestores de la Federación Española de Surf iniciaron su constitución el 1 de diciembre de 1997. No obstante, resulta incontrovertible que obtuvieron sendos pronunciamientos contrarios a su reconocimiento como tal Federación, por incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 8.2.c) del RD 1835/1991. En tal sentido se pronunció la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes el 3 de marzo de 1998 y, de nuevo ante el replanteamiento de la solicitud, el 27 de noviembre de 1998, actos firmes y consentidos en procedimientos conclusos. Por lo tanto, si las partes aceptan la firmeza de un acto administrativo no cabe luego pretender que lo actuado en un nuevo y distinto procedimiento constituye la continuación del terminado por acto firme que resuelve un concreto procedimiento con carácter definitivo.

En consecuencia, lo cierto es que el reconocimiento de la Federación que concluye con la Resolución del Consejo Superior de Deportes de fecha 29 de febrero de 2000 fue ini-

ciado mediante solicitud datada el 15 de octubre de 1999, fecha en que, por tercera vez, se solicita la autorización e inscripción de la constitución de la Federación Española de Surf.Y, en tal fecha, se encontraba plenamente vigente el Real Decreto 1252/1999, de 19 de julio, que no contempla situación transitoria alguna respecto a Federaciones deportivas cuya constitución y creación estuviera en marcha por sus promotores mas todavía no hubiera sido presentada la correspondiente solicitud ante la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes, por lo que concluye el Tribunal Supremo rechazando los recursos de casación que pretendían sostener que la normativa a aplicar fuese la vigente cuando los interesados pusieron en marcha por primera vez el mecanismo de creación de la Federación Deportiva.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Legalidad de calendario escolar autonómico

La STS de 9 de julio de 2007, Ar. 6680, declara la legalidad del calendario escolar establecido en una Orden autonómica (ratificando su anterior STS de 11 de diciembre de 2006) con el siguiente razonamiento: “Es cierto que en este punto relativo al calendario escolar la intervención administrativa admite diversos grados o modulaciones, pudiendo consistir en el establecimiento de unos límites temporales para el inicio y la terminación del curso, de manera que cada centro tenga un cierto margen de opción dentro de esos límites; pero también tiene cabida en las facultades reconocidas a la Administración el que ésta fije directamente las fechas de inicio y de conclusión del curso, sin que ello suponga, ya lo hemos dicho, una invasión del ámbito de autonomía organizativa, pedagógica y de gestión de cada centro”.

B) Universitaria

a) Ilegalidad de propuesta para la provisión de una plaza docente universitaria por falta de valoración del ejercicio

En su STS de 12 de noviembre de 2007, Ar. 8396, el Tribunal Supremo ratifica la ilegalidad de una propuesta rectoral para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Universidad debido a la inexistencia de una valoración (entendida como cuantificación numérica del mérito) —en línea con lo interpretado en su previa STS de 26 de octubre de 1994, Ar. 8317— por ser “un factor de inexcusable utilización para dar racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas, dado que al margen de los informes iniciales previos, las referidas pruebas se realizan en dos escalones sucesivos; el primero es de carácter eliminatorio, pero no así el segundo, por lo que la calificación definitiva, a salvo los criterios aprobados y hechos públicos por la Comisión juzgadora, habrá de obtenerse acudiendo al sistema de las medias o promedios de puntuaciones parciales obtenidas”.

4. EXTRANJEROS

A) Incumplimiento de España de la Directiva sobre asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea

La STJCE de 14 de febrero de 2008, Comisión c. España, As. C-58/07, declara el incumplimiento por parte de España de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

B) Permiso de residencia y trabajo

En este apartado la STS de 9 de enero de 2007, Ar. 8556, resuelve, desestimándolo en su integridad, un recurso directo contra el Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería en lo referente a la regulación del permiso de residencia temporal por situaciones de arraigo, razones humanitarias, colaboración con la justicia u otras circunstancias especiales.

C) Denegación de entrada y expulsión

Con respecto a los pronunciamientos relativos a denegación de entrada en territorio español, dos sentencias ratifican el criterio jurisprudencial relativo a que no se produce indefensión causante de la ilegalidad de la denegación de entrada cuando hay un conocimiento suficiente por parte del interesado de las causas de tal denegación (SSTS de 15 de octubre de 2007, Ar. 7092, y de 31 de octubre de 2007, Ar. 7263). Otras dos sentencias reiteran también la legalidad de la previsión del recurso de alzada para estos casos (SSTS de 26 de octubre de 2007, Ar. 7257 y 7258). Y, finalmente, la STS de 31 de octubre de 2007, Ar. 6972, anula el acto denegatorio razonando de la siguiente manera: “Empero, partiendo de la base de que el actor tenía billete de vuelta y dinero suficiente para costear la breve estancia prevista, lo cierto es que la inexistencia de programa de viaje o desconocimiento sobre objetivos turísticos no es un dato que por sí solo resulte necesariamente determinante a estos efectos, pues hemos resaltado en numerosas sentencias que 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 discurrir del viaje. Como bien se comprende, la edad del viajero, el conocimiento del idioma del país de destino, los medios económicos, etc., son circunstancias que pueden alentar una decisión semejante. Por lo que respecta al carácter ilegal de la estancia de la madre del actor, tampoco es un dato relevante a esos efectos, pues aun admitiendo esa ilegalidad de la estancia de su progenitora, no cabe negar la posibilidad de que un hijo pueda hacer un viaje breve de carácter turístico para visitar a su madre por mucho que ésta no sea residente legal. Y en cuanto a los antecedentes policiales del invitador, carecen de trascendencia por que

no sabemos cuál fue su resultado final, al no haberse preocupado la Administración de averiguarlo, 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”.

Con respecto a la expulsión de extranjeros, varias sentencias continúan exigiendo una justificación o motivación específica para adoptar dicha medida, resultando insuficiente la mera estancia ilegal (SSTS de 19 de julio, 27 y 28 de septiembre y 31 de octubre de 2007, Ar. 6890, 7131, 7183, 7193 y 7268). En cambio, se ratifica la legalidad de la expulsión en otros dos casos en los que se aprecia motivación suficiente y proporcionalidad adecuada, al existir otros datos negativos, además de la estancia ilegal (SSTS de 28 de septiembre y 25 de octubre de 2007, Ar. 7195 y 6500). Por su parte, sendas sentencias rechazan también la medida de expulsión porque, tratándose de una estancia ilegal inferior a noventa días, la medida procedente era la de devolución (SSTS de 27 de septiembre y 18 de octubre de 2007, Ar. 7175 y 6466). El Tribunal Supremo continúa declarando la admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos dirigidos a solicitar la caducidad del procedimiento de expulsión (SSTS de 4 y 31 de octubre y 22 de noviembre de 2007, Ar. 7318, 7335 y 8405), pero inadmitiéndolos contra el acto de iniciación del procedimiento de expulsión (SSTS de 4 y 18 de octubre de 2007, Ar. 7319 y 6463). Por su parte, la STS de 31 de octubre de 2007, Ar. 8382, reconocerá la plena aplicación al procedimiento sancionador de expulsión tanto la aplicabilidad de la norma posterior más favorable como la necesidad de paralizarlo cuando exista un proceso penal por los mismos hechos.

D) Asilo y condición de refugiado

En este ámbito siguen siendo muy numerosas las sentencias que declaran la improcedencia de la inadmisión a trámite de solicitudes de asilo, ordenando la tramitación completa del expediente y la resolución en cuanto al fondo; y ello porque no hace falta una prueba completa sino aducir una persecución protegible para que la solicitud merezca el trámite (SSTS de 28 de junio, 12 y 25 de julio, 27 de septiembre, 4, 18, 25 y 31 de octubre y 22 de noviembre de 2007, Ar. 6757, 7129, 8372, 7176, 7214, 7463, 6461, 6464, 6465, 7239, 6502, 7253, 7251, 6824, 8337, 8407 y 8410).

Por su parte, la STS de 19 de julio de 2007, Ar. 7132, anula una denegación de asilo, ordenando la retroacción de las actuaciones, pues en el expediente no se acredita haber realizado la pertinente comunicación al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

E) Nacionalidad

Han sido varias en este período las sentencias recaídas en relación con solicitudes de concesión de nacionalidad. Dado el inevitable casuismo, referiremos aquí —de forma muy breve— el argumento principal de algunas de ellas.

La **STS de 18 de septiembre de 2007**, Ar. 7138, reconoce el derecho al otorgamiento de la nacionalidad a una mujer casada y madre de dos hijos debidamente escolarizados, que asiste a cursos de alfabetización, aunque no domine el castellano. La **STS de 19 de septiembre de 2007**, Ar. 7144, también es favorable a la concesión, razonándolo en que “la lejanía en el tiempo de los hechos determinantes de la condena, así como su calificación de falta, habiendo transcurrido ocho años desde que los mismos se produjeran, sin que existan otros hechos de relevancia, descalificadores de la conducta seguida por la recurrente durante el tiempo de residencia en España, teniendo en cuenta además su pertenencia a la comunidad hispano-americana y su matrimonio con español”. La **STS de 10 de octubre de 2007**, Ar. 8152, en cambio, ratifica la denegación, porque “la circunstancia de que dichos antecedentes penales se han cancelado en modo alguno impide que se tomen en cuenta las condenas sufridas por el recurrente a efectos de evaluar esa buena conducta cívica, por lo que resulta irrelevante, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, la cancelación de dichos antecedentes cobrando especial relevancia por el contrario la cercanía en el tiempo de los hechos sancionados con la condena penal, máxime cuando en el presente caso la resolución administrativa se pronuncia para rechazar el reconocimiento de la nacionalidad, precisamente, en función de actuaciones policiales en relación con la involucración del recurrente en hechos delictivos y que efectivamente acabaron siendo sancionados, poco después de presentar su solicitud de reconocimiento de nacionalidad, por la jurisdicción penal si bien con el carácter de falta”. La **STS de 17 de octubre de 2007**, Ar. 7234, se refiere al requisito de la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud y ratifica la denegación argumentando que “es lo cierto que con independencia de que con posterioridad a la solicitud de la nacionalidad se haya solicitado y concedido permiso de trabajo y residencia, en el momento inmediatamente anterior a la solicitud de aquélla la actora no se hallaba en situación de residencia legal, al haber quedado fuera del ámbito del Real Decreto 766/1992, circunstancia que no puso en conocimiento de la Administración”. Otra **STS de 17 de octubre de 2007**, Ar. 7236, concede la nacionalidad, argumentando que no es suficiente para su denegación el hecho de haber tenido unos antecedentes penales cancelados diecisiete años antes de la solicitud de nacionalidad y sin que hubiera constancia de hechos posteriores que desvelaran mala conducta cívica. Finalmente, la **STS de 24 de octubre de 2007**, Ar. 7247, ratifica la denegación de la siguiente manera: “la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, es una manifestación evidente de la quiebra de normas elementales de convivencia, como son las que rigen el tráfico rodado y cuya falta de respeto genera unos riesgos evidentes para los demás ciudadanos. Pero es que además no cabe aceptar que el transcurso de un plazo de cinco años desde que recayó la sentencia penal, hasta que se solicitó la nacionalidad española, hubiese supuesto una ulterior adaptación a las normas ordinarias para el desarrollo de la vida en sociedad y ello por cuanto como tiene por probado el tribunal de instancia y no ha sido combatido en forma por el recurrente el mismo no realiza actividades laborales, económicas, sociales, culturales o de otra naturaleza expresivas en algún modo de una buena conducta cívica”.

5. JUEGO

A) Examen de la constitucionalidad de la tasa fiscal que grava las máquinas B o recreativas con premio

El ATC de 28 de febrero de 2008 71/2008, responde a la cuestión de inconstitucionalidad 8638/2006, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el artículo 3, apartado 4º, núm. 2, letra a), del RD-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, en la redacción dada por los artículos 38.2.1 de la Ley 5/1990, 67.2 de la Ley 12/1996 y 73.5 de la Ley 65/1997, todo ello en relación con la tasa fiscal que grava las máquinas tipo B o recreativas con premio, por una posible contradicción con los siguientes valores, principios y derechos constitucionales: en primer lugar, el valor justicia (artículos 1.1 y 31.1 CE) y la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), porque dicho precepto ha determinado que la tasa que grava las máquinas tipo “B” haya aumentado extraordinariamente durante los ejercicios 1983 a 1997, sin que exista justificación razonable; en segundo lugar, el principio de igualdad (artículos 14 y 31.1 CE), porque la norma establece una cuota única para todas las máquinas, pese a que la recaudación que se obtiene de cada una de ellas es muy diversa; en tercer lugar, los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad (artículo 31.1 CE), así como el derecho a la propiedad privada (artículo 33.1 CE), en esencia, porque en lugar de cuantificar la tasa en función de la recaudación obtenida por cada máquina recreativa, se establece una cuota fija cuya cuantía es superior al beneficio neto obtenido por las empresas explotadoras, soportando éstas un gravamen excesivo para la capacidad económica que manifiestan, y, finalmente, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE), en conexión con los artículos 40.1 y 130.1 CE, porque mientras que a las entidades de naturaleza pública que operan en el sector del juego se les prima con privilegios fiscales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a las del sector privado se les impone una tributación que puede resultar abusiva.

El Auto del Tribunal Constitucional recordando que el artículo 37.1 LOTC le habilita a rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto la cuestión de inconstitucionalidad cuando la considere como notoriamente infundada, responde a cada una de las alegaciones en tal sentido, negando su supuesta arbitrariedad, dado que, ni existe la discriminación que se denuncia, ni, aunque pueda discreparse legítimamente de la concreta solución adoptada por el legislador, no cabe apreciar que ésta carezca de toda justificación razonable, y no cabe “discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional”. Asimismo, “el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación” razón por la cual la cuestión de inconstitucionalidad resulta notoriamente infundada también en este punto. Y también son notoriamente infundadas las alegadas vulneraciones de los derechos a la propiedad privada, y si bien se pone el acento en la excesiva cuantía de la tasa del juego para fundamentar la infracción del principio de capacidad económica, alegando que sería “superior incluso a la de los beneficios que arroja la explotación de cada una de las máquinas”, ni conforme a los propios datos que se aportan, se responde que la

tasa supere en la mayoría de los casos los beneficios netos obtenidos. Por último, desde la perspectiva de la libertad de empresa concluye el Tribunal Constitucional señalando que ni puede equipararse el concreto sector de las máquinas recreativas tipo “B” con la lotería (en cualquiera de sus modalidades) o el llamado cupón pro-ciegos, ni, de todos modos, carece de explicación racional que los premios de los juegos organizados por el ONLAE o la ONCE estén exentos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dado que se trata de modalidades de juego muy distintas por razón del titular de la explotación (el Estado y una corporación de derecho público, respectivamente) y la finalidad que persiguen (la obtención de recursos para la hacienda pública y la protección e integración de un concreto colectivo social).

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

La STS de 4 de julio de 2007, Ar. 6615, establece que no se puede exigir un consentimiento informado en relación con una posible lesión que, en el momento de producirse la prestación del servicio sanitario, se ignoraba su concreta etiología y origen. Por su parte, el valor de la STS de 28 de noviembre de 2007, Ar. 8428, radica en la detallada recopilación que hace de la doctrina del propio Tribunal Supremo en relación con el consentimiento informado.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Sujetos: no tienen legitimación los denunciantes para impugnar un Acuerdo de la Comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial que archiva una queja. B) Objeto: no es impugnabile el Acuerdo de iniciación de un procedimiento de expulsión sin propuesta de internamiento. C) Procedimiento. a) Plazo: si después de la notificación sobreviene la publicación, debe computarse desde esta última el plazo de dos meses para impugnar en vía jurisdiccional. b) La falta de notificación del cambio de Magistrado Ponente impide el ejercicio del derecho de recusación. c) Prueba: la LJCA prevalece sobre la regulación general de la LEC en lo referente al momento de la solicitud del recibimiento a prueba. D) Sentencias. a) La motivación es suficiente si se explicita un argumento que sea lógico y racional. b) Ejecución de sentencias. a') El procedimiento de ejecución es contradictorio y debe contener una fase probatoria. b') La cuantía fijada en ejecución no es susceptible de ser combatida *ex* artículo 87.1 LJCA. c') Procede la indemnización por lucro cesante como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo un contrato de suministro al que se hubiera tenido derecho. E) Extensión de efectos de la sentencia. a) Sólo procede la extensión de efectos cuando la sentencia se basa en situaciones objetivas, no en las subjetivas de las partes. b) No procede si la normativa aplicada en la sentencia es diferente de la invocada en la extensión de efectos. c) La identidad de situaciones debe ser fáctica y jurídica. F) Medidas cautelares: es más lógico evitar que se construya cuando existe riesgo de demolición aunque haya que indemnizar a los titulares de la licencia por la demora si hubiere derecho a edificar. G) Procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales. a) La garantía de este proceso no suspende el transcurso del plazo para interponer el recurso ordinario. b) No se puede inadmitir el recurso argumentando que el derecho de petición fue satisfecho por la Administración. c) No es admisible cuando el recurrente no ejerce el derecho de petición a la Administración,

sino el derecho de acceso a los archivos públicos. d) Procede analizar la cuestión de la admisión de alumnos en centros privados. H) Cuestión de ilegalidad: debe admitirse con carácter general aunque la norma haya sido derogada, salvo si hay certeza de la total inexistencia de asuntos concretos pendientes de la aplicación de la norma. **2. Recurso de casación.** A) Motivos. a) No es admisible, al amparo del artículo 88.1.c) LJCA, solicitar la revisión de la denegación de la tacha de un perito. b) La subsanación prevista en el artículo 88.2 LJCA puede solicitarse en fase de conclusiones. **3. Recurso extraordinario de revisión.** A) Motivos: la falsedad de documentos puede darse en vía penal, civil o incluso en la “retractación” administrativa.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 21 (noviembre 2007) hasta el número 25 (diciembre 2007) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Sujetos: no tienen legitimación los denunciantes para impugnar un Acuerdo de la Comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial que archiva una queja

La STS de 18 de junio de 2007, Ar. 5250, recoge la doctrina consolidada que ha afirmado la falta de legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso-administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de los procedimientos disciplinarios. El núcleo argumental de esta jurisprudencia parte del dato de que la imposición o no de una sanción al Juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera. Las ideas con las que ha sido desarrollado ese básico núcleo argumental son las siguientes:

1) La legitimación viene ligada a la existencia de un interés legítimo de la parte a cuya satisfacción sirva el proceso. Es decir, un interés real. Como ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 143/1987, ese interés legítimo al que se refieren el artículo 24.1 de la Constitución y el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción equivale a la titularidad

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta.

2) Por tanto, la clave de si existe o no interés legítimo en el proceso de impugnación de un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, dictado en las actuaciones seguidas en virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un miembro de la Carrera Judicial, debe situarse en el dato de si la imposición o no de una sanción al Juez denunciado puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o eliminar una carga o gravamen en esa esfera.

3) Se trata de un problema casuístico, que no permite una respuesta indiferenciada para todos los supuestos. Por el contrario, exige que en cada uno de ellos se busque el concreto interés legítimo que pueda servir de soporte a la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge.

4) El haber sido parte en un determinado proceso judicial, no supone necesariamente poseer la específica legitimación que aquí se está analizando. El procedimiento disciplinario no puede interferir un proceso judicial en curso, por lo que los intereses legitimadores de quien es litigante en dicho proceso, por sí solos, no pueden servir como base de su legitimación para reclamar la imposición de una determinada sanción al Juez que, a criterio de dicho litigante, no satisfizo aquel interés del proceso.

5) Tampoco el propósito de ejercitar la pretensión de responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 121 de la Constitución, puede servir de fundamento a una legitimación para reclamar la imposición de sanción a un Juez. Ni en ese concreto precepto, ni en la Ley en general, hay elementos que permitan sostener que la proclamación de una anomalía del funcionamiento de la Administración de Justicia haya de derivar de una previa corrección disciplinaria impuesta al titular del órgano jurisdiccional al que se imputa aquélla.

6) También ha declarado, en esa jurisprudencia a la que acaba de hacerse referencia, que la modificación de los artículos 423 y 425 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no supuso la atribución expresa a los denunciantes de legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo, confiriéndoles la que no se deriva de la aplicación de las normas generales de la Ley de la Jurisdicción (artículo 19). Ha dicho, además, que la normativa contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial no tiene virtualidad para modificar el régimen procesal procedente en cuanto a la legitimación de los denunciantes, y que lo único que hace es salvar la legitimación —o remitir a ella— que pudiera derivar de la Ley Jurisdiccional.

B) Objeto: no es impugnabile el Acuerdo de iniciación de un procedimiento de expulsión sin propuesta de internamiento

La STS de 24 de mayo de 2007, Ar. 6318, analiza un supuesto en el que, a diferencia de otros casos en que el acto de iniciación del procedimiento de expulsión incorporaba

una propuesta de internamiento (lo que conducía a la necesaria admisión del recurso contencioso-administrativo), no existe tal propuesta, de forma que el acto impugnado es, pura y simplemente, un acto de iniciación de un procedimiento y, como tal, un acto de trámite inimpugnable ya que no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable. Otra cosa es que la Administración derive de la iniciación del expediente de expulsión consecuencias que el ordenamiento jurídico no permite, lo que no cambia la naturaleza del acto, pero permitirá al interesado impugnarlas independientemente.

C) Procedimiento

a) Plazo: si después de la notificación sobreviene la publicación, debe computarse desde esta última el plazo de dos meses para impugnar en vía jurisdiccional

El artículo 65.4 LBRL dice que “la administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma podrá también impugnar directamente el acto o acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley reguladora de dicha Jurisdicción”, de manera que allí no se establece especialidad alguna. Por tanto, para el cómputo del plazo, habrá que estar sin más a lo dispuesto por el artículo 46 LJCA a cuyo tenor el plazo se contará desde la notificación o publicación del acto.

La STS de 18 de junio de 2007, Ar. 5248, matiza que si la comunicación reúne todos los requisitos de la notificación, el plazo empezará a contarse desde la comunicación prevista en el artículo 56 de la LBRL. El problema se plantea, sin embargo, cuando tras esa notificación se produce la publicación del acto. Dos soluciones son posibles, entender que en todo caso el plazo corre desde la comunicación si reúne los requisitos precisos, o que la publicación reabre el plazo para impugnar. Y respecto al artículo 43.1 LJCA (sin que, conforme a lo dicho, pueda apreciarse especialidad en materia de régimen local), ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de febrero de 2000, quien lo ha entendido en el sentido más acorde con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, como se dice allí, fundamento jurídico segundo, “no cabe acoger la causa de inadmisibilidad que por interposición extemporánea del recurso se opone en el escrito de contestación a la demanda, pues el recurso se interpuso el día 22 de febrero de 1999 y el acuerdo impugnado se publicó en el BOE del día 18 del mismo mes. Así las cosas, dado el tenor literal del artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y dada la obligada interpretación restrictiva de aquellas causas de inadmisibilidad, debe afirmarse que cabe iniciar el cómputo del plazo para la interposición de recurso desde el siguiente al de la publicación del acto si ésta se realiza después de la notificación”. De manera que si después de la notificación sobreviene la publicación debe computarse desde esta última el plazo de dos meses para impugnar en vía jurisdiccional.

b) La falta de notificación del cambio de Magistrado Ponente impide el ejercicio del derecho de recusación

La STS de 29 de mayo de 2007, Ar. 5089, ha reconocido que la modificación de la composición del órgano judicial y su falta de comunicación a las partes, incide en dos aspectos: el derecho a un proceso con todas las garantías sin que en ningún caso se produzca indefensión, y el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, dualidad que ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, como la 64/1997, de 7 de abril, en la que señala que, “de acuerdo con una constante y reiterada doctrina constitucional, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley ‘exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional’ (STC 47/1983, FJ 2º; línea jurisprudencial desarrollada sin solución de continuidad por este Tribunal: entre otras muchas, SSTC 22/1982, 101/1934, 111/1984, 23/1986, 143/1937, 199/1937, y, como último pronunciamiento, STC 6/1997)”. Rechazando en el caso concreto la infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, al haberse producido un desdoblamiento de una Sala, con atribución del proceso a quo a una de las Secciones y la subsiguiente reasignación de los turnos de ponencia.

Contempla, en segundo lugar, la eventual incidencia en los derechos fundamentales del interesado de la modificación de la composición del órgano judicial y determinación del ponente, faltando la oportuna comunicación a las partes, a la luz del derecho a un proceso con todas las garantías, desde la vertiente de la imparcialidad del Juez, a cuyo aseguramiento se dirige, precisamente, el mecanismo de la abstención/recusación, señalando al respecto, que

“la mencionada falta de notificación supone un incumplimiento de lo previsto en los artículos 202 y 203.2 LOPJ, que disponen, respectivamente, el deber de comunicar a las partes la designación de los Magistrados que no constituyan plantilla de la Sala y el de comunicarles igualmente el nombre del Magistrado Ponente, si bien la relevancia constitucional de la omisión de estos deberes del órgano judicial, cuya conexión con el derecho de las partes a recusar a los Magistrados que integran aquél (artículo 202 LOPJ) deviene inexcusable implica su proyección ‘en el derecho a tener un proceso público con todas las garantías, el cual exige la presencia de un Juez imparcial’ (STC 282/1993, FJ 2º)”, remitiéndose a la citada STC 282/1993 para precisar los términos en que la infracción de los deberes de comunicación prevenidos en los artículos 202 y 203.2 LOPJ y 326 LEC irradia su trascendencia sobre el derecho consignado en el artículo 24.2 CE bajo el nomen ‘derecho a un proceso con todas las garantías’, según la cual, ‘tal incidencia material, esto es, la trascendencia de las mencionadas faltas de notificación en relación a la posible violación de un derecho fundamental, se ha de apreciar cuando a la denuncia sobre la ausencia de comunicación de la composición de la Sala o del Magistrado Ponente se acompaña manifestación expresa de la parte de la eventual concurrencia de una causa de recusación concreta, de cuyo ejercicio se ha visto impedida a causa de aquel desconocimiento y omisión’ y cuando, además, tal causa de recusación no resulta *prima facie* descartable (STC 230/1992 FJ 4º)”.

En el mismo sentido, la Sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 2004, con referencia a la Sentencia de 13 de marzo de 2000, señala que

“para que este motivo pudiese estimarse sería necesario que el cambio de Magistrado Ponente, que no fue notificado al recurrente, le hubiese producido indefensión, requisito exigido por el núm. 3 del artículo 95.1 de la LJ y para que el cambio de Ponente hubiese producido indefensión al recurrente sería imprescindible que éste alegase que concurre en el nuevo Ponente, que actuó como tal al dictarse la sentencia combatida, una causa de recusación, que no pudo ser invocada en tiempo y forma debido a la falta de notificación del cambio efectuado”.

En este caso puede atribuirse a esa falta de notificación del cambio de Ponente la imposibilidad de ejercicio del derecho de recusación, que unida a aquella irregularidad procesal supone la infracción de las garantías procesales y derechos constitucionales que se denuncian, pues se puso de manifiesto la existencia de una relación con quien actuó en el expediente administrativo como titular de órganos de la Administración que informaron y resolvieron el litigio con la recurrente, lo que no permite descartar la concurrencia de alguna de las causas de recusación a que se refiere la parte, que se vio privada de su ejercicio como consecuencia de la falta de notificación del cambio de ponente, colocándola en una evidente situación de indefensión respecto de su derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de la imparcialidad del Juez.

c) Prueba: la LJCA prevalece sobre la regulación general de la LEC en lo referente al momento de la solicitud del recibimiento a prueba

El artículo 339 LEC se refiere a la solicitud de designación de peritos por el Tribunal y a la resolución judicial sobre dicha solicitud, contemplando su apartado segundo que aquella solicitud habrá de realizarse en el escrito inicial debiendo el Tribunal acceder siempre que lo considere pertinente y útil. Guarda, pues, consonancia con lo preceptuado en el artículo 60.1 de la LJCA respecto a que la solicitud del recibimiento a prueba tendrá lugar en los escritos de demanda y contestación.

La STS de 13 de junio de 2007, Ar. 6407, considera incontrovertible que la LJCA establece específicamente cuál es el momento para solicitar el recibimiento a prueba, lo que debe prevalecer sobre cualquier regulación general que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria. Sin embargo, justamente en el presente supuesto la ley procesal civil contempla la posibilidad de que se interese asimismo el recibimiento a prueba en el escrito inicial. No cabe sostener, como hizo el Tribunal de instancia, que el nuevo tratamiento conferido en la Ley de Enjuiciamiento Civil a la prueba de peritos mediante la posibilidad de la aportación de dictámenes con la demanda o con la contestación a aquélla, fuere excluyente de su práctica en sede procesal mediante la correspondiente insaculación cuando así fuere petitionado. Y si el recurrente interesó el recibimiento a prueba en el momento procesal oportuno, es decir, al formular la demanda, especificando los puntos sobre los que habría de versar, cuya significación para la pretensión ejercitada

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

es desde luego relevante, resulta evidente que cumplió las exigencias de nuestra ley ritual, por otro lado reproducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) Sentencias

a) La motivación es suficiente si se explicita un argumento que sea lógico y racional

Según la STS de 31 de mayo de 2007, Ar. 6327, la motivación exigible a una sentencia existe y es suficiente cuando exterioriza un argumento que sea jurídico, que se refiera a la cuestión a resolver y que no sea ilógico, irracional o de todo punto inhábil para alcanzar la respuesta que se obtiene en base a él.

b) Ejecución de sentencias

a') El procedimiento de ejecución es contradictorio y debe contener una fase probatoria

La STS de 24 de enero de 2007, Ar. 5383, analiza la determinación de las consecuencias de la existencia de una causa de imposibilidad de ejecución de una sentencia por motivos legales o materiales a la luz del vigente artículo 105.2 LJCA del que deduce varias consecuencias:

a) Continúa existiendo, y se consolida, la doble causa, de imposibilidad material o legal, para inexecutar las sentencias dictadas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (“Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia”);

b) La legitimación para el inicio del procedimiento encaminado a la expresada decisión le corresponde al “órgano –administrativo– obligado al cumplimiento” de la sentencia, aunque no puede excluirse la posibilidad del inicio del procedimiento dirigido a tal declaración por los interesados, circunstancia que les habilitaría para el acceso a la vía jurisdiccional, ante una negativa administrativa;

c) El mecanismo o la vía por la cual dicho órgano debe ponerlo en conocimiento del órgano judicial es –como regla general– “a través del representante procesal de la propia Administración”; desapareciendo, obviamente, el monopolio de la Abogacía del Estado;

d) Como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial –fijado en sentencia– al que el mismo precepto se remite, por la vía del artículo 71.1.c), aunque sin tomar en consideración al “plazo inferior” a que hace referencia el núm. 3 del mismo artículo 104 LRJCA; en todo caso, la jurisprudencia ha venido siendo flexible en el cómputo de estos plazos;

e) Desde una perspectiva procedimental, para la comprobación de la expresada causa de imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia, el precepto de referencia se

limita a exigir, a la vista de la solicitud formulada por la Administración, la “audiencia de las partes”, que el precepto limita no solamente a las expresadas partes procesales en el procedimiento, sino también “a quienes considere interesados”. Esto es, el precepto no contempla ni menciona el concreto procedimiento a seguir, debiendo considerarse como tal el procedimiento incidental contemplado en el artículo 109 de la misma LJCA, previsto para “cuantas cuestiones se planteen en la ejecución”, y que, en concreto, menciona la cuestión relativa a los “medios con que ha de llevarse a efecto (el fallo de la sentencia) y procedimiento a seguir”.

Por tanto, no existe duda alguna sobre el carácter contradictorio del procedimiento de inejecución, así como sobre la necesidad de conceder audiencia no solamente a quienes hayan sido parte en el pleito, sino también a quienes, sin haberlo sido, se considere interesados, como podría ocurrir con los comuneros o propietarios –individualmente considerados– de los diversos elementos del edificio cuestionado; así lo ratifica, a mayor abundamiento, el artículo 109.2 de la misma LJCA, que igualmente impone la audiencia de las partes en el genérico procedimiento de ejecución de sentencia.

Aunque no se contempla en el precepto la posibilidad de período probatorio, no debe existir obstáculo para su apertura, con la finalidad de poder practicar las que se consideren pertinentes –en el supuesto concreto que nos ocupa del artículo 105.2– en relación con las tres finalidades legalmente previstas para el mismo incidente, ya que la decisión judicial que en el mismo se adopte debe abarcar tres aspectos diferentes. Primero, la concurrencia o no de la causa material o legal de imposibilidad de ejecución de la sentencia. En segundo lugar, si se apreciare la concurrencia de esa causa de imposibilidad, el órgano judicial deberá adoptar las “medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria”. Y en tercer lugar, habrá de proceder a la fijación “en su caso de la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno” la sentencia dictada.

b') La cuantía fijada en ejecución no es susceptible de ser combatida ex artículo 87.1 LJCA

La STS de 26 de junio de 2007, Ar. 5344, ha reiterado que los autos dictados en ejecución de sentencia sólo son recurribles en casación cuando resuelven cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla, o, también, cuando contradicen los términos del fallo que se ejecuta, de modo que sólo en estos supuestos y no en otros, cualquiera que fuese lo discutido en la ejecución, cabe utilizar el medio impugnatorio previsto en el artículo 87.1.c) LJCA que trata meramente de evitar extralimitaciones en dicha ejecución. En el recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia la comparación no se efectúa con una norma jurídica, al objeto de declarar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, sino con la parte dispositiva de la sentencia que se ejecuta.

La cuantía de una indemnización fijada en ejecución de sentencia no es, por tanto, susceptible de ser combatida o revisada a través del recurso contemplado en el apartado

c) del artículo 87.1 LJCA, de manera que no cabe examinar si la Sala de instancia ha incurrido en error al valorar las pruebas practicadas en el incidente de ejecución, salvo que se alegase que dicha Sala se hubiese apartado así de los conceptos indemnizables establecidos en la sentencia que se ejecuta, en cuyo caso se incurriría en la desviación o extralimitación que el recurso de casación que nos ocupa trata de evitar.

c') Procede la indemnización por lucro cesante como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo un contrato de suministro al que se hubiera tenido derecho

La STS de 6 de junio de 2007, Ar. 6342, sostiene que lesionaría no sólo el artículo 103.2 LJCA en relación con el 105.2 de la misma norma y el artículo 24.1 CE una ejecución ceñida a la literalidad de un fallo no suficientemente expresivo en cuanto a las bases sin efectuar la correspondiente integración con la fundamentación jurídica en que aquél se apoya. En el supuesto analizado se parte de que ha de sustituirse el derecho a explotar temporalmente unos determinados locales en un Aeropuerto por la indemnización de los daños y perjuicios derivados como consecuencia de la falta de adjudicación de los citados locales comerciales.

No es ajeno a nuestro ordenamiento que proceda la indemnización por lucro cesante como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo, por ejemplo, un contrato de suministro al que se hubiera tenido derecho. Tampoco es extraño que tal pronunciamiento se realice en sentencia ante su imposible ejecución por haber sido cumplimentado el concurso (STS de 15 de noviembre de 2004 , recurso de casación 6812/2001). Supuestos en que, ante la ausencia de precepto legal estableciendo unos criterios homogéneos en tales casos o situaciones análogas –al contrario de lo que sí acontece para la resolución del contrato de obras cuando se suspendiesen definitivamente, artículo 151.1 RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, fijando un porcentaje del 6% de beneficio industrial ya presente en la precedente legislación sobre contratos públicos– la jurisprudencia (STS de 15 de noviembre de 2004 con cita de otras anteriores) ha venido aceptando el citado tanto por cien bajo el concepto de beneficio industrial del contratista.

La ausencia de norma legal alguna sobre la materia en que debiera haberse apoyado la Sala de instancia al fallar por sentencia obliga a acudir, por tanto, a lo expresamente decidido en la sentencia firme que se pretende ejecutar que deviene inmodificable. En consecuencia, es intangible que los criterios a emplear para determinar la indemnización fueron fijados en el suplico de la demanda concretándose “en función de los beneficios obtenidos por el adjudicatario” tal cual refleja la STS de 18 de mayo de 2004. Fue la sentencia la que no sólo zanjó la cuestión de la imposibilidad material de su ejecución sino que, además expresó cuáles eran los criterios para obtener o calcular la indemnización que fue solicitada con carácter subsidiario o petición alternativa. No se trata de cuestiones cuyo debate hubiera sido sustraído a las partes en el proceso cuya ejecución se insta ni tampoco de una pretensión distinta a lo pedido. Es claro que el derecho al resarcimiento del daño derivado de la imposibilidad de ejecución de la sentencia así como su contenido fue ya concretado aunque la suma resultante demorase a la fase de ejecución.

E) Extensión de efectos de la sentencia**a) Sólo procede la extensión de efectos cuando la sentencia se basa en situaciones objetivas, no en las subjetivas de las partes**

La STS de 6 de junio de 2007, Ar. 6346, analiza un caso en el que concurre sustancialmente la identidad de situaciones jurídicas necesarias para que pueda procederse a la extensión de efectos de la sentencia pues, como razonan los autos recurridos, la sentencia se basa en situaciones objetivas, atinentes a todos los funcionarios en la misma situación, y no subjetivas exclusivas de los recurrentes.

b) No procede si la normativa aplicada en la sentencia es diferente de la invocada en la extensión de efectos

La STS de 6 de febrero de 2007, Ar. 5385, considera que es inadecuada la valoración jurídica que reconoce la identidad de la situación jurídica de la parte recurrida, que no se ha personado en forma, con la situación jurídica en la que se encontraba en el momento de la interposición del recurso la parte favorecida por el fallo, cuya extensión de efectos se pretendía. Este criterio es coherente con el reconocido en las precedentes Sentencias de 12 de enero de 2004, 27 de enero de 2004, 9, 10, 13 y 23 de febrero de 2004, 25 de mayo de 2004, 3 de julio de 2004, 13 de septiembre de 2004, 23 de diciembre de 2004, 19 de abril de 2005, 14 de diciembre de 2005, y las más recientes de 12 y 28 de abril de 2006, 10 de mayo de 2006, 7 y 9 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 18 de octubre de 2006, que subrayan cómo el artículo 110.1 LJCA es terminante a este respecto y exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad, pues la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro.

c) La identidad de situaciones debe ser fáctica y jurídica

La STS de 1 de junio de 2007, Ar. 5407, nos reitera que el artículo 110 LJCA establece, respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concurra como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo. El artículo 110.1.a) es terminante a este respecto: exige que sean no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas. Naturalmente, tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley Jurisdiccional está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, y la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.

En el caso analizado, el recurrente solicitó de la sala de instancia literalmente:

“la extensión al solicitante de los efectos de la sentencia dictada, con reconocimiento de su derecho al abono del complemento de productividad además del de turnicidad, en la cantidad de 5.000 pesetas mensuales desde el 1 de abril de 1998 hasta el 1 de abril de 2000, y de 10.000 pesetas desde esta fecha y mientras continúe prestando sus servicios en dicho puesto de trabajo, con independencia de las 15.000 pesetas que viene percibiendo mensualmente en compensación por la realización de turnos rotatorios”.

La sentencia dictada estimando el recurso promovido por los allí recurrentes, se limita a declarar el derecho de los actores a que la Administración demandada “les abone el complemento de productividad en la cuantía de 5.000 pesetas mensuales, a partir del 1 de enero de 1998” y ello porque la Sentencia, congruentemente con lo solicitado, considera factible en su FJ 5º que “un funcionario perciba el complemento de productividad y la gratificación por el desempeño de turnos rotatorios, ya que tienen distinta naturaleza jurídica y vienen a retribuir distintos conceptos”, mas la Sentencia concluye en su FJ 6º que “el complemento de turnicidad es compatible con la percepción de la productividad residual, pero no con la productividad funcional (excepto, Radio Patrullas y Oficinas de Denuncias), productividad estructural y por puestos de responsabilidad”, sin que puedan tomarse en consideración para acordar la extensión postulada, conclusiones que no encuentran concreta expresión en la parte dispositiva de la Sentencia, además de no reflejarse en los fundamentos jurídicos de aquélla.

F) Medidas cautelares: es más lógico evitar que se construya cuando existe riesgo de demolición aunque haya que indemnizar a los titulares de la licencia por la demora si hubiere derecho a edificar

La STS de 10 de septiembre de 2007, Ar. 5332, ha declarado que mientras que el posible perjuicio por la demora en construir para la titular de la licencia de obras resulta fácilmente reparable mediante una congrua indemnización en el caso de que la acción ejercitada por la Administración de la Comunidad Autónoma fuese desestimada, tal reparabilidad no resulta predicable de los perjuicios derivables de la edificación llevada a cabo al amparo de una licencia declarada ilegal, puesto que, además de ser imposible reponer el suelo a su estado primitivo, supondría cuantiosas indemnizaciones a cargo del propio Ayuntamiento, que concedió indebidamente la licencia, para reparar todos los perjuicios causados por las demoliciones, siendo más lógico evitar que se construya cuando existe riesgo de demolición, aunque haya que indemnizar a los titulares de la licencia por la demora si hubiese derecho a edificar, que permitir que se construya cuando la indemnización a pagar a aquellos y sucesivos adquirentes, si hubiese que derruir, sería mucho mayor por haberse concedido ilegalmente la licencia, lo que justifica plenamente la ponderación de intereses efectuada por el Tribunal a quo para inclinarse en favor de la suspensión cautelar de los efectos de la licencia.

G) Procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales**a) La garantía de este proceso no suspende el transcurso del plazo para interponer el recurso ordinario**

La STS de 21 de marzo de 2007, Ar. 5387, nos recuerda un criterio jurisprudencial que directamente aborda la cuestión de la mutación del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en un proceso contencioso-administrativo ordinario y la responde de manera negativa declarando literalmente “que interpuesto uno de ellos no puede transformarse en el otro”; y así lo hace después de explicar que uno y otro proceso son completamente distintos no sólo por el contenido de la pretensión, sino por las normas que los regulan, por sus trámites, por los plazos que deben observarse, por el régimen de recursos, por la intervención del Fiscal, etc.

La existencia de ese criterio jurisprudencial se reconoce también en el actual recurso en interés de la Ley, pues en él se cita, además de la mencionada Sentencia de 21 de septiembre de 2001, otras anteriores y, entre éstas, la de esta misma Sala Tercera y Sección Séptima de 24 de noviembre de 1997 que declara lo siguiente:

“(…). Como expresa la Sentencia de este Tribunal Supremo de 6 de julio de 1992, sin ignorar que en alguna ocasión la jurisprudencia se pronunció a favor de que, inadmitido un proceso por el cauce de la Ley 62/1978, era pertinente ofrecer a la parte interesada un plazo para que pudiese formular su pretensión por el procedimiento ordinario, sin embargo, en la actualidad está perfectamente consolidada la doctrina de que la garantía regulada en la citada Ley 62/1978 no suspende el transcurso del plazo para interponer el recurso ordinario, ni implica una reserva del derecho al ejercicio de la acción por esta vía. El motivo pues debe ser desestimado”.

b) No se puede inadmitir el recurso argumentando que el derecho de petición fue satisfecho por la Administración

La razón por la que el auto de la Audiencia Nacional inadmite un recurso contencioso-administrativo estriba en que el derecho de petición, que es el verdaderamente ejercido ante la Administración, fue satisfecho por la respuesta motivada que los actores recibieron del Ministro. Sin embargo, según la STS de 28 de mayo de 2007, Ar. 5210, lo que en realidad significa esta forma de resolver es anticipar la decisión de fondo del pleito sin haber seguido el proceso. Y ese efecto se produce sea el derecho a no ser discriminados fiscalmente los recurrentes el que está en juego, sea el derecho de petición, ya que uno y otro merecen protección constitucional por la vía procesal prevista en los artículos 114 y siguientes de la LJCA una vez que el recurso se ha planteado de ese modo. Por tanto, aun en el caso de que el derecho concernido fuera, como dice el auto de la Sala de instancia, el reconocido por el artículo 29 de la Constitución, eso no hace irrecurribles los actos de la Administración dictados al respecto, ni es razón para no seguir el procedimiento especial. Esto último, porque el de petición es un derecho fundamental. Lo primero, porque

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

la propia Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, que lo regula, afirma expresamente, como no podía ser de otro modo, la recurribilidad de los actos de la Administración dictados en relación con el ejercicio de este derecho, entre otras razones, por la ausencia en ellos de los requisitos mínimos señalados por su artículo 11. Por tanto, al menos, el recurso que fue inadmitido planteaba el problema de establecer si fue respetado el derecho fundamental de petición. Y si la Sala compartió el parecer del Ministro de que era este derecho el que estaba en juego, no se comprende que, en lugar de observar las reglas del procedimiento de protección de derechos fundamentales y oír, también, al Ministerio Fiscal, decidiera seguir el ordinario y resolver oyendo sólo, además de a los recurrentes, al Abogado del Estado. Al actuar de ese modo, se lesionó el derecho a la tutela judicial de los recurrentes por inadmitir un recurso frente a una actuación impugnabile impidiendo de ese modo su acceso a la Jurisdicción y, además, haciéndolo por un cauce que no era el que debía haber observado.

c) No es admisible cuando el recurrente no ejerce el derecho de petición a la Administración, sino el derecho de acceso a los archivos públicos

La STS de 2 de abril de 2007, Ar. 6313, analiza un supuesto en el que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo el recurrente no ejerce un derecho de petición a la Administración, sino que ejerce el derecho de acceso a los archivos públicos, previsto en los artículos 105 de nuestra Constitución y concordantes de la Ley 30/1992, y ello con un objeto concreto, relacionado con un proceso electoral y con la posible impugnación de la inscripción de otras entidades jurídicas.

En consecuencia, es cierto que la normativa que regula el derecho de petición exige un pronunciamiento sobre lo solicitado, pero también lo es que la Administración puede analizar si lo que se solicita puede incardinarse dentro del ámbito del derecho de petición, o por el contrario, alegando la condición de interesado, como ocurre en el presente caso se está ejercitando en realidad otro derecho distinto. En estos supuestos, el silencio de la Administración desde luego es ilegal, conculcándose lo dispuesto en los artículos 42 y concordantes de la Ley 30/1992, pero el efecto jurídico no es sino la posibilidad de impugnar esos actos que se entienden desestimados, sin que exista la violación del derecho fundamental de petición.

Conviene recordar que ya la Ley 4/2001, Reguladora del Derecho de Petición, en su Exposición de Motivos sostiene que las peticiones pueden incorporar una sugerencia, una iniciativa, una información, expresar quejas o súplicas. Su objeto, por tanto, se caracteriza por su amplitud y está referido a cualquier asunto de interés general, colectivo o particular. Ahora bien, su carácter supletorio respecto a los procedimientos formales específicos de carácter parlamentario, judicial o administrativo obliga a delimitar su ámbito a lo estrictamente discrecional o graciable, a todo aquello que no deba ser objeto de un procedimiento especialmente regulado. En concordancia con ello, el artículo 3 de dicha norma dispone que “las peticiones podrán versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento

jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley”. Y se añade en el artículo 8 de dicha norma que no se admitirán las peticiones cuyo objeto deba ampararse en un título específico distinto al establecido en esta Ley que deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, administrativo o de un proceso judicial.

Es verdad que la Ley obliga a que la Administración declare la inadmisibilidad, motivadamente en el plazo de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes al de presentación del escrito de petición, según el artículo 9.1 de dicha norma y, que en el apartado 2 del este precepto se dispone que en otro caso, se entenderá que la petición ha sido admitida a trámite. Sin embargo, en el artículo 11 de esta misma norma, se dispone que una vez admitida a trámite una petición, la autoridad u órgano competente vendrán obligados a contestar y a notificar la contestación en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de su presentación. No se ha hecho así, y prevé la propia Ley en su artículo 12 que el derecho de petición es susceptible de tutela judicial mediante las vías establecidas en el artículo 53 de la Constitución, sin perjuicio de cualesquiera otras acciones que el peticionario estime procedentes, y que podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, establecido en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998: a) La declaración de inadmisibilidad de la petición; b) La omisión de la obligación de contestar en el plazo establecido; c) La ausencia en la contestación de los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior. Esto podría llevar a la estimación del presente recurso, pero sólo en el caso de que la petición que se hubiera hecho en la demanda tuviera por objeto un acto incardinable estrictamente en el objeto del derecho de petición, y no en la emisión de una certificación con un concreto contenido relacionado con un interés legítimo de la recurrente.

En otras palabras, el ejercicio del derecho de petición no puede sustituir el ejercicio de las acciones que los interesados tengan, ni desde luego subsanar la caducidad de los plazos procedimentales o procesales.

d) Procede analizar la cuestión de la admisión de alumnos en centros privados

La STS de 28 de mayo de 2007, Ar. 5060, analiza si una cuestión relativa a la admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos produce o no la vulneración de los derechos fundamentales que invocan los demandantes, en concreto, el derecho a la creación y dirección de centros docentes reconocido en el artículo 27.6 de la Constitución Española. La Sala de instancia concluye que las disposiciones reglamentarias impugnadas contravienen los preceptos legales y vulneran el derecho a la creación y dirección de centros docentes reconocido en el artículo 27.6 de la Constitución, rechazando en cambio que haya sido vulnerado el derecho a la libre elección de centro de enseñanza. Al margen de la respuesta que finalmente deba darse a esa controversia de fondo, para el Alto Tribunal es claro que el debate suscitado ante la Sala de instancia versaba sobre la posible vulneración de un derecho fundamental y, en consecuencia, podía ser encauzado por el procedimiento especial regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

H) Cuestión de ilegalidad: debe admitirse con carácter general aunque la norma haya sido derogada, salvo si hay certeza de la total inexistencia de asuntos concretos pendientes de la aplicación de la norma

La STS de 25 de septiembre de 2007, Ar. 5497, reitera como criterio correcto para despejar el interrogante de “si cabe admitir o no a trámite las cuestiones de ilegalidad cuando la norma a que las mismas se refieren ha sido derogada”, el de que “debe predicarse, con carácter general, la admisión de las mismas cuando no exista certeza de la total inexistencia de asuntos concretos pendientes de la aplicación de la referida norma”.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Motivos

a) No es admisible, al amparo del artículo 88.1.c) LJCA, solicitar la revisión de la denegación de la tacha de un perito

La STS de 3 de julio de 2007, Ar. 4992, afirma que no se puede cuestionar en casación la apreciación por la Sala de instancia de las circunstancias invocadas por la parte que pudieran comprometer la imparcialidad del perito designado, que se refleja en la sentencia de instancia de manera suficiente, señalando las manifestaciones del perito sobre su falta de interés en el asunto ni de beneficiar a ninguna de las partes, que conoce a los demandados de la misma forma que al resto de los servicios médicos del país, que como Jefe del Servicio no ha tenido ninguna relación directa con ellos, concluyendo la Sala que no aprecia causa que comprometa su imparcialidad, ya que no se ha acreditado tal relación directa o de compañeros de equipo, ni amistad que pueda empañar su imparcialidad. Apreciaciones de la Sala de instancia que la recurrente se limita a cuestionar, sin que se justifique la concurrencia de alguna infracción legal o falta de lógica y razonabilidad que, según la jurisprudencia, permitan revisar la apreciación del Tribunal a quo.

b) La subsanación prevista en el artículo 88.2 LJCA puede solicitarse en fase de conclusiones

La STS de 30 de mayo de 2007, Ar. 5398, analiza un supuesto en el que se recibió el proceso a prueba y, cuando se había practicado parte de la declarada pertinente pero no toda ella, se dictó una diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba y otorgando plazo para formular conclusiones contra la que la parte actora no recurrió. Sin embargo, en conclusiones la parte solicitó que se probase el extremo de que se trata mediante diligencia para mejor proveer. Pero el Tribunal no atendió esta solicitud y dictó providencia señalando el proceso para su votación y fallo. Fue entonces cuando la actora recurrió contra esta providencia, según mantiene el Abogado del Estado ya en un momento procesal inoportuno, debiendo tenerse en cuenta que es potestad discrecional de la Sala practicar o no diligencias para mejor proveer.

Siendo esto lo acaecido en la tramitación del proceso, la Sala resuelve sobre la interpretación que debe darse al artículo 88.2 LJCA, según el cual la infracción de las normas

sobre actos y garantías procesales que produzca indefensión sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta de existir momento procesal oportuno para ello. Pues bien, entiende la Sección que la parte pidió la subsanación precisamente cuando tuvo oportunidad procesal de hacerlo. Pues al dictarse y ser notificada la diligencia de ordenación dando por concluido el período de prueba, la parte no podía conocer cuál era el resultado de una prueba que efectivamente se había practicado pero no en su totalidad. Ignoraba por tanto si los extremos que ahora interesan se habían acreditado o no. Fue en el escrito de conclusiones en el que interesó que se llevase a cabo la prueba por el único medio entonces viable. Por lo demás, que su voluntad era que en cualquier caso resultaba indispensable acreditar la cuestión, se desprende además de que presentó recurso incluso contra la providencia de señalamiento para votación y fallo. A la vista de todo ello y teniendo en cuenta que en efecto la práctica de la prueba era decisiva para resolver sobre una de las dos alegaciones esenciales de la demanda, entiende la resolución comentada que en efecto la Sentencia recurrida vulneró las normas que regulan las garantías procesales.

3. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

A) Motivos: la falsedad de documentos puede darse en vía penal, civil o incluso en la “retractación” administrativa

La STS de 12 de junio de 2007, Ar. 5227, nos reitera la Jurisprudencia sobre la causa 2ª de revisión del artículo 510 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que exige que el documento haya sido declarado falso en un proceso penal, cuya falsedad se declarase después penalmente. En cambio el artículo 102, apartado 1, causa b), de la LJCA, no exige que la falsedad sea declarada en un proceso penal, de ahí que la Jurisprudencia de la Sala Tercera haya aceptado la falsedad en procesos civiles e incluso la “retractación” del órgano administrativo, si se tratase de documentos expedidos por él, es decir, el reconocimiento de que ha existido falsedad intelectual o material.

El recurso de revisión, como ha destacado la Jurisprudencia en numerosas sentencias, es un recurso extraordinario y excepcional en la medida que tiende a superar los efectos de “cosa juzgada” de las sentencias firmes, por ello debe aplicarse de modo estricto. La justificación de este recurso se halla en que si el Tribunal que dictó la sentencia hubiera sabido que el documento o documentos que tuvo en cuenta para dictarla era falso es muy probable que el sentido de la sentencia hubiera sido diferente, pero, y esto es muy importante, el recurso de revisión por esta causa exige que el reconocimiento o declaración de falsedad le sea dado al Tribunal, bien en una sentencia firme civil o penal, bien por la retractación o reconocimiento del órgano administrativo que emitió el documento falso.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

E. GARCÍA DE ENTERRÍA

Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud de jurisdicción. ¿Un cambio de paradigma?

[Thomson-Civitas, Navarra, 2007, 148 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este trabajo con el que nos obsequia el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA tiene su origen en el discurso que el ilustre profesor preparó para exponer el día en que se le hizo entrega del Premio Internacional Menéndez Pelayo en el año 2006, pero sin embargo no fue leído en tal acto por falta de tiempo debidas a las solemnidades previas; lo que sin duda fue una pena para los asistentes pues les hubiese gustado poder escuchar de boca de su autor esta interesante disertación que, por otra parte, trata un tema central y nuclear del Derecho Administrativo como es la Jurisdicción contencioso-administrativa.

El autor no sólo nos refresca y adentra en el origen de esta jurisdicción y por tanto del Derecho Administrativo mismo, deteniéndose en todo tipo de detalles jurídicos e históricos que hacen del todo ameno e interesante este libro, sino que además elabora una teoría del todo sugerente para explicar y justificar los cambios que en esta institución se han introducido a finales del siglo XX y principios del siglo XXI en gran parte de los ordenamientos europeos de forma similar y sin previo acuerdo ni imposiciones al respecto desde la Unión Europea, tras exponerlos.

En efecto, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA nos da cuenta detenida del nacimiento peculiar de la Jurisdicción contencioso-administrativa en Francia por efecto especialmente del principio revolucionario de separación entre Administración y Justicia, partiendo de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, y de cómo fue consolidándose con la particularidad que ello arrastró en cuanto a la distinción entre el recurso de plena jurisdicción y de exceso de poder, con especial dedicación a este último y las limitaciones que él ha supuesto en cuanto a las pretensiones y derechos de los recurrentes.

Tras explicar el sistema francés pasa a exponer cómo éste fue recibido en diversos sistemas de nuestro entorno y en el nuestro propio, llegando a afirmar que la generalización del sistema de justicia contencioso-administrativa en los Estados contemporáneos se explica por su perfecta adecuación a los dogmas democráticos del imperio de la Ley y de la responsabilidad por los actos que pretendiesen eludirlo; es seguramente la pieza esencial que viene a hacer operativo lo que Benjamín CONSTANT llamó ya en 1818 la libertad de los modernos, que exige no estar sometido más que a las Leyes, conceptos que permanecen perfectamente vivos casi dos siglos después; y lo que sin duda pone de relieve la importancia de esta institución.

Por lo que al ordenamiento español se refiere cuenta el autor con detenimiento los distintos avatares de esta jurisdicción y de su extensión al socaire de los vaivenes históricos y políticos, dedicando elogios particularmente a la Ley de 1956 en la que considera ha de situarse la verdadera acta del nacimiento del Derecho Administrativo, estricta y técnicamente concebido, y sin olvidar la importancia de la creación siete años antes de la *Revista de Administración Pública*, aunque también a la Constitución y especialmente a los artículos

24: derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 117 en cuanto a la potestad de los Tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que suprimió el privilegio y, en cierto modo, el mantenimiento de una peculiar jurisdicción retenida al dejar en manos de la Administración la ejecución efectiva del fallo, el artículo 106 en cuanto otorga a esta jurisdicción el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican; y a la vigente Ley de 1998 de forma notable por lo que a la ejecución de sentencias se refiere, aunque le reprocha su tratamiento de las medidas cautelares que a su juicio es insuficiente.

El paso siguiente es hacer patente y exponer los cambios que, como ya se ha avanzado, se han producido en esta materia desde finales del siglo XX y principios del siglo XXI, tanto en España como Italia, Inglaterra, Portugal e incluso en Francia, en una misma dirección; coincidencia esta que considera el autor es la expresión clara de una maduración institucional objetiva.

Pues bien, este cambio con sus concretas matizaciones según el ordenamiento de que se trate, que se ha orientado hacia el cumplimiento y obtención por el recurrente de sus pretensiones, y que es de gran calado necesita por ello mismo una nueva explicación. Así, si tradicionalmente se venía explicando desde la Revolución Francesa en la que nace como un recurso en interés de la legalidad objetiva actuando en cierto modo el recurrente como un Ministerio Fiscal, se trata ahora de la proclamación como un verdadero derecho fundamental el “derecho a la tutela judicial efectiva” de cualquier derecho material de que pudiese disponer el ciudadano; así el exceso de poder ha dejado de ser un recurso objetivo para pasar a configurarse como un recurso para la tutela de un verdadero derecho subjetivo, como es el que ejercita ahora todo recurrente en ese proceso; siendo el llamado “cambio de paradigma” el que se produce precisamente en ese punto; de este modo el recurso contencioso-administrativo ha dejado de concebirse como un instrumento en defensa de la legalidad “benévolamente confiado a los ciu-

dadanos” y que concluía en el caso más favorable en el peculiar sistema francés en una declaración de nulidad de la que el recurrente no obtenía un verdadero derecho a obtener directamente un beneficio propio ni un ulterior auxilio judicial para llegar a conseguirlo de hecho, para convertirse en un verdadero derecho subjetivo a pedir justicia al juez para la protección de un derecho material concreto incluyendo la efectividad por medio de la ejecución de la sentencia en manos también del juez, un derecho por tanto que postula como tal su tutela completa y efectiva, algo que en cierto modo se recoge de forma expresa en el artículo 19.4 de la Grundgesetz al establecer que toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales.

Se trata por tanto de un tipo de derechos reaccionales al modo de los del Derecho Privado, por ejemplo, en cuanto a daños de terceros con los que no se tiene ningún tipo de relación o negocio jurídico previo pero que ello no impide la reacción frente a ese perjuicio.

En definitiva, para comprender este cambio que responde a una nueva época en la materia cabe hacerse eco de lo que afirma el autor en su conclusión y que resume lo expuesto al decir “que la subjetivización definitiva de la justicia administrativa, que ha roto el mito histórico de su supuesta objetividad, tras del cual se enmascaraba una superioridad formal de la Administración sobre el ciudadano, considerado aún como súbdito, que debía ceder ante la supuesta superioridad de ‘los intereses generales’ gestionados por la Administración, es ya una ganancia definitiva de nuestro tiempo”.

Sin duda en esta monografía el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA nos vuelve a ofrecer uno de esos libros de referencia que nos zambullen en un mar ideas y reflexiones vitales para el Derecho Administrativo y que no se limitan a conformarse con las teorías dadas por supuestas sino que las reformula y propone otras nuevas dando muestra de su inquietud científica.

**L. MARTÍN REBOLLO y
R.O. BUSTILLO BOLADO** (directores)

Fundamentos de Derecho Urbanístico

[Aranzadi, Navarra, 2007, 1384 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Esta obra colectiva se constituye sin duda en un punto de referencia inexcusable para todos aquellos que deseen adentrarse en el mundo del Derecho urbanístico, tanto prácticos como teóricos, pues no se trata de un mero comentario a la normativa vigente en la materia, como bien advierte el profesor MARTÍN REBOLLO en el prólogo –que además ya nos adentra con gran precisión en el Derecho urbanístico–, sino al contrario es un compendio de todos aquellos temas relacionados con el urbanismo, tratados con el mayor rigor y minuciosidad, pues ha sido desarrollado por casi cincuenta expertos en cada una de las cuestiones tratadas.

Por otra parte, sus directores, los profesores Luis MARTÍN REBOLLO y Roberto BUSTILLO BOLADO, son con toda certeza dos especialistas y muy buenos conocedores de esta materia tan compleja, de ahí que el resultado, tras un largo proceso de elaboración –propio de cualquier obra de esta envergadura–, no sólo haya cubierto con holgura las expectativas generadas sino que éstas se han visto considerablemente superadas.

Este libro, que por otro lado incorpora un práctico CD que será de gran utilidad, especialmente, para los prácticos del Derecho, consta de siete títulos divididos en sus correspondientes capítulos y éstos en epígrafes más concretos, desarrollado cada uno de ellos por uno o varios autores, que serán señalados brevemente para poder hacerse una idea del tratamiento global que se hace del urbanismo.

Así, el Título I, que comprende la Introducción, se divide en los capítulos dedicados al concepto y delimitación del Derecho urbanístico, que a su vez comprende los cinco primeros epígrafes y el referente a la distribución de competencias y sistema de fuentes, que incluye a su vez los epígrafes 06 a 09.

El Título II se refiere al planeamiento, clasificación y calificación del suelo, dividiéndose en cuatro capítulos. El primero de ellos: Planeamiento (I) Introducción, comprende los epígrafes 10 a 15. El segundo capítulo lleva por título “Planeamiento (II): El Plan General de Ordenación Urbana o instrumentos equivalentes”, desarrollado a través de los epígrafes 16 a 20. El tercero concluye el planeamiento refiriéndose especialmente a otros instrumentos. Y el cuarto lleva por título “Régimen jurídico del suelo y del subsuelo”.

En los Títulos III y IV se entra en la gestión; el primero de ellos incluye los capítulos referentes a la Introducción; Las técnicas de distribución de beneficios y cargas, y La materialización física de las previsiones del planeamiento: cesiones, equipamientos y sistemas de ejecución; mientras en el cuarto se integran los capítulos dedicados a los Instrumentos de intervención en el mercado del suelo, y las Técnicas instrumentales.

Es el Título V el que trata el tema de la edificación y el uso del suelo, dividiéndose en los capítulos relativos a las licencias y a otras técnicas de intervención; mientras el Título VI se centra en la protección de la legalidad urbanística, tanto en cuanto a la Inspección y Disciplina Urbanística; como el Control judicial, y Otras instituciones y mecanismo de control.

Finalmente el Título VII se refiere a la interrelación entre el Derecho urbanístico y otros ámbitos del Derecho Administrativo, dedicándose en su primer capítulo a las Propiedades públicas (Aguas; Costas; Puertos; Carreteras; Ferrocarriles; Aeropuertos, y Minas); y el segundo a la Actividad administrativa y particularmente al medio ambiente; al ruido; a diversas infraestructuras; a grandes superficies comerciales e

industriales; patrimonio histórico; turismo; barreras arquitectónicas; montes, y desarrollo rural.

Por tanto, y tras este breve examen de su contenido, al que debe unirse un índice de voces de gran utilidad y el ya citado CD con la legislación estatal y autonómica de aplicación en la materia, no cabe duda de la importancia que esta obra ha de adquirir y su inexcusable lectura por todos aquellos que de un modo u otro están en contacto con el urbanismo.

L. TOLIVAR ALAS

Ayuntamientos, Registro Civil y municipalismo funerario

[Iustel, Madrid, 2007, 211 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Nos obsequia el autor de esta monografía, el profesor Leopoldo TOLIVAR ALAS, con un estudio sobre el Registro Civil y el municipalismo funerario, así como la labor al respecto de los ayuntamientos, pero sobre todo con un repaso por la historia que no sólo hace más interesante este libro, sino mucho más ameno de lo que por el tema podría imaginarse uno ante iniciar su lectura.

Como bien señala el profesor SOSA WAGNER en el prólogo a la obra se añan en Leopoldo TOLIVAR una doble condición: la de catedrático y la de político, precisamente de forma muy especial en la esfera municipal, que le otorgan una posición de privilegio para tratar este tema y ello se comprueba en el extraordinario resultado obtenido.

El tema del municipalismo funerario en concreto fue hace un cuarto de siglo su tesis doctoral en la Universidad de Oviedo, pues previamente se había doctorado en Bolonia, sin embargo, como bien advierte su maestro en el prólogo, vuelve a este tema de una

forma renovada, advirtiéndose fácilmente que ha meditado mucho acerca de las conclusiones a las que en su día había llegado y que pone ahora a prueba. Además incluye el estudio de una nueva cuestión tan interesante pero a la vez poco tratada, al menos por la doctrina administrativista, como es el Registro Civil y sus orígenes ligados al mundo municipal.

Realmente una vez que uno concluye la lectura de esta monografía se da cuenta de la variedad de cuestiones que se tratan en este libro, no sólo cuenta con gran minuciosidad y de forma muy amena los orígenes municipales del Registro Civil, algo que se ha minimizado injustificadamente como bien advierte Leopoldo TOLIVAR, sino que también explica los distintos aspectos de carácter administrativo del Registro Civil, otros registros, inventarios y catálogos, etc., en los que sin duda los Ayuntamientos tienen un papel primordial. En una segunda parte se analiza y explica con detenimiento la licencia de enterramiento, ofreciendo igualmente una interesante evolución histórica en la que tiene un lugar importante la pugna entre el Estado y la Iglesia en materia de entierros y cementerios y en cuanto a las correspondientes inscripciones registrales; como bien se afirma, la licencia de enterramiento se presenta como piedra angular del sometimiento, concreto y tardío, de la Iglesia al Derecho del Estado, en esa batalla por la reducción de los privilegios católicos.

Finalmente y sin ánimo exhaustivo, pues son muchas las cuestiones tratadas en esta monografía, en una tercera y última parte se hace un repaso de la evolución del municipalismo funerario desde sus orígenes hasta nuestros días, deteniéndose con todo detalle en los hitos más relevantes, como, por ejemplo, la Real Orden de 26 de noviembre de 1857, la insólita previsión de esta cuestión en un texto constitucional como fue el caso del artículo 27 de la Constitución Republicana de 1931, si bien se comprende en el enfrentamiento ya anterior entre el poder civil y el eclesiástico, la reacción contrarrevolucionaria de 1938, o la primera ley nacida en el Senado en 1978; y ya más recientemente la importante liberalización que ha experimentado

este sector, pues no debe olvidarse que el cementerio es un bien demanial en el que se ejerce un servicio público que se ha concebido en la propia LBRL como obligación mínima, pues, como bien afirma el autor, los cementerios y los servicios mínimos municipales son dos caras de un mismo poliedro, una figura con aristas cortantes que define las relaciones Iglesia-Estado desde los primeros momentos de recepción de las ideas liberales en España.

Esta liberalización se ha operado especialmente por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; concluyendo con un estudio del “sorprendente” –tal como lo califica el autor– proyecto que en el año 2007 presenta el Ministerio de Sanidad y Consumo respecto a la actualización de la Policía Sanitaria Mortuoria, precisamente a través del mismo y por vía de reglamento –prácticamente independiente, como es frecuente en la materia mortuoria– el citado Ministerio pretende imponer un registro estatal, público y obligatorio, en el que habrían de asentarse todas las empresas funerarias, algo que estima el autor de este libro como un retroceso en la política de remoción de obstáculos en la materia.

En fin, se trata de un libro de máximo interés y no sólo desde el punto de vista jurídico sino también histórico y que trata un tema que a todos más tarde o más temprano nos toca. Y del cabe destacar especialmente la tesis principal sostenida por el autor, es decir, que no fue un mero intento cuando se radicó en los Ayuntamientos el Registro Civil, pues ello no sólo obedecía a razones de identificación y conocimiento del estado de las personas, sino a un deseo de desapoderar a la Iglesia de esas facultades policiales omnímodas sobre la población, lo que a su vez coincide con los momentos liberales del XIX y que es el mismo proceso y la misma batalla Estado-Iglesia de la municipalización de los temas funerarios.

J. BARCELONA LLOP

La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden

[Civitas, Navarra, 2007, 364 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como el propio autor explica en la introducción, éste es un libro sobre derechos humanos, y más concretamente sobre dos de ellos: el derecho a la vida y el derecho a no padecer torturas o malos tratos, ambos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículos 2 y 3, respectivamente, firmado en Roma en 1950 y por cuyo cumplimiento vela el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que precisamente muchas de estas sentencias del Tribunal de Estrasburgo son y han sido esenciales en ésta y muchas otras materias.

No obstante, realmente este libro es mucho más, pues no sólo estudia estos dos importantísimos derechos humanos y el tratamiento que a éstos ha dado, especialmente, el TEDH, sino que además trata las vulneraciones de estos derechos en relación con la acción de las fuerzas del orden, bien por su actuación bien por su pasividad; lo cual aporta mucho más interés a esta monografía, y sin olvidar que además su autor, el profesor BARCELONA LLOP es un reconocido especialista en la materia, y así lo avala su profusa obra. Aunque, como bien señala el autor, el mismo es consciente de que la vulneración de estos derechos puede venir de otras causas, no obstante, se centra en este interesante aspecto.

Para ello esta monografía se divide en tres partes: la primera de ellas, constituida por el primer capítulo, trata los elementos comunes a los artículos 2 y 3 del Convenio, y

de forma más concreta se encarga de cinco aspectos a tener en cuenta en la materia: la exclusión de la aplicación de la cláusula que permite la derogación de las obligaciones inherentes al Convenio en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación; el agotamiento de las vías internas de recurso (artículo 35 CEDH) y las particularidades cuando se trata de demandas que giran en torno a la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio o de uno de ellos; la aplicación del artículo 41 (otorgamiento de una satisfacción equitativa) por las sentencias que declaran la vulneración de los artículos 2 y 3 del Convenio o de uno de ellos; las obligaciones positivas o de hacer que derivan de dichos artículos y no sólo el deber de no agredir dichos derechos; y el criterio de la prueba más allá de toda duda razonable y lo que considera el autor es su práctico abandono en supuestos relacionados con estos dos preceptos.

La segunda parte se refiere a la garantía europea del derecho a la vida frente a la acción de las fuerzas del orden; donde comienza por analizar las tres reglas que se contienen en el artículo 2 del CEDH, es decir, la garantía del derecho a la vida, la previsión –hoy prácticamente desactivada– de la pena de muerte y la enumeración de los casos en los que la muerte no se considera infligida con infracción del citado precepto.

Sobre esta base estudia el concepto de víctima a los efectos del artículo 2 del Convenio, así como el hecho de ser indiferente la intencionalidad, es decir, se aplica igualmente a los casos causados voluntariamente como involuntariamente; el estudio de la valoración en atención al fin legítimo que habilita el empleo de la fuerza y particularmente el ser absolutamente necesario el recurso a la fuerza mortal o potencialmente mortal para la consecución de alguno de los fines legítimos del artículo 2.2 del Convenio; los supuestos en los que el uso de las armas de fuego se ha considerado por el TEDH como “absolutamente necesario” y en aquellos otros que no ha sido así; otros supuestos de vulneración distintos al uso de las armas, y finalmente busca dar solución a dos cuestiones de suma relevancia, si deben las fuerzas del orden utilizar otros

medios de efectos potencialmente menos letales que las armas de fuego y si puede vulnerarse el artículo 2 CEDH aunque el empleo de la fuerza no cause la muerte de la víctima.

Finalmente, la tercera parte o capítulo tercero se dedica a la garantía europea de la integridad física y moral frente a la acción de las fuerzas del orden, y por supuesto la absoluta prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes; centrándose especialmente en aspectos tan interesantes como el principio de proporcionalidad; las normas del Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, y por supuesto la importantísima jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia.

Este riguroso libro concluye además de con la correspondiente bibliografía con un índice de sentencias relevantes del TEDH en estas cuestiones, algo que es fundamental y que completa esta obra de por sí interesante y de imprescindible lectura para todos aquellos que deseen acercarse al conocimiento de una cuestión de tanta relevancia como la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, especialmente por lo que a la actuación de las fuerzas del orden se refiere, y de tanta actualidad.

J.A. MORENO MOLINA y
F. PLEITE GUADAMILLAS

**La nueva Ley de Contratos del Sector Público.
Estudio sistemático**

[Wolters Kluwer, La Ley, 2007, 1196 páginas]

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

El principal objetivo del libro es el análisis de la Ley 30/2007, de 30 de junio, de Contratos del Sector Público, decisiva norma que afecta a uno de los ámbitos medulares hoy de la actuación administrativa y que resulta aplicable por su carácter básico a todas las Administraciones Públicas españolas. Además, frente a la legislación anterior, ex-

tiende sus obligaciones a la contratación de todo el sector público.

La nueva Ley de Contratos incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE, pero no se limita a esa trasposición sino que plantea una reforma global de la legislación contractual pública que incluso le lleva a apartarse de la estructura tradicional de la normativa española en la materia. En efecto, el articulado de la Ley 30/2007 se ha estructurado en un título preliminar dedicado a recoger unas disposiciones generales y en cinco libros dedicados a las distintas fases de la contratación.

Esta nueva estructura y las dificultades que el manejo y aplicación de la Ley 30/2007 plantea a todos los operadores jurídicos y económicos de la contratación pública justifica que el comentario a la LCSP se aborde en esta obra de forma sistemática, por materias, y no artículo por artículo. Se busca así facilitar al lector el análisis y aplicación de la nueva Ley, ayudándole a la comprensión integral de la Ley que de otra forma se hace una labor muy compleja.

En cada una de las partes en que se divide el presente libro, que en la mayoría de los casos coinciden con capítulos o secciones de la LCSP, se recogen además de los comentarios de los preceptos y novedades de la Ley, las concordancias de éstos con los artículos de la propia norma y con todas las disposiciones relacionadas con ellos, en especial, con los preceptos del TRLCAP y del RGLCAP. Además, se comentan en el texto y se relacionan al final de cada bloque de comentarios los Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, estatal y autonómicas, y los Dictámenes del Consejo de Estado que les afecten, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (incluyendo las importantes sentencias condenatorias de nuestro país dictadas en los últimos años y que han obligado a algunas de las más importantes reformas de la Ley 30/2007).

Se dedica también una especial atención a la introducción en la nueva Ley de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en los procedimientos de contratación. Aunque se critica en el libro la técnica legislativa y la sistemática utilizada en la regulación de la contratación electrónica (la LCSP remite a dos disposiciones adicionales la regulación de los principales aspectos del uso de estos medios electrónicos en los contratos), también se destaca la importancia de la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación pues supondrá para las Administraciones un notable incremento de la transparencia y de la eficiencia de los procedimientos de contratación.

Se pueden encontrar también en la obra unos completos y prácticos formularios de contratación adaptados a la nueva normativa que pueden facilitar a los órganos de contratación y a los contratistas disponer rápida y adecuadamente de los instrumentos necesarios para aplicar las normas.

La consulta y manejo de la rigurosa obra comentada se va a convertir pues en obligatoria para la doctrina administrativista y para los aplicadores y operadores jurídicos en el ámbito de la contratación pública.

E. DESDENTADO DAROCA

La expropiación de los enclaves privados en el litoral

[Editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, 195 páginas]

BEATRIZ SETUAIN MENDÍA

En la monografía de la que ahora se da noticia se aborda un tema con cierta antigüedad normativa pero que, sin embargo, sigue suscitando gran interés a día de hoy, tanto desde el prisma estrictamente dogmático como, sobre todo, práctico. Se trata de la expropiación forzosa de los enclaves privados existentes en el demanio costero, a la que se refiere la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas de 1988.

Así, y tras ofrecer un planteamiento histórico de la cuestión, que arranca desde el Derecho Romano y llega hasta el precedente de norma vigente (la Ley de Costas de 2 de abril de 1969), la autora encara en los dos capítulos siguientes cuestiones de tanta enjundia como la naturaleza jurídica real de la expropiación de los enclaves privados o el régimen de la concesión compensatoria.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, se analiza en la obra la referencia constitucional al demanio costero y su extensión (artículo 132.2), la concreción y regulación amplificadora de ésta llevada a cabo por la Ley de Costas de 1988, y el consiguiente impacto que tienen ambas sobre los citados enclaves. Este

hecho, así como el tratamiento que de ellos realiza la normativa costera, le lleva a interrogarse sobre la naturaleza de su expropiación, reflexionando sobre su carácter constitucional, legislativo o administrativo de régimen especial y sobre los problemas dogmáticos que generan estas posibilidades.

En lo que hace al régimen jurídico de la concesión compensatoria de la expropiación, la autora examina su presupuesto, sujetos, obligaciones del concesionario, plazo de vigencia, eficacia, y extinción, terminando con unas consideraciones críticas acerca de su virtualidad como justiprecio suficiente por la privación de los derechos de propiedad sobre enclaves costeros.

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.

